



FACULTAD DE DERECHO

“LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA, UN DERECHO
FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS DEL
ECUADOR Y SU EFECTIVA APLICACIÓN EN LA EXPLOTACIÓN DE
RECURSOS MINEROS”.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor guía
Dra. Verónica Arias.

Autor
Jorge Alejandro Velasco Saltos

Año
2014

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL PROFESOR GUÍA

Declaró haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Jorge A. Velasco S. orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación

Verónica Arias

Doctora en Jurisprudencia.

C.C 1705406674

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Jorge Alejandro Velasco Saltos

C.C 1719678276

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haberme guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza, brindarme una vida llena de aprendizaje, experiencias y felicidad.

A mi directora de tesis, Dra. Verónica Arias por su abnegada labor demostrada en la investigación de este trabajo de titulación

Agradezco a mi padre y a mi madre por los valores que me han enseñado, por permitirme tener una excelente educación y sobre todo por ser mi ejemplo a seguir.

Agradezco a mi abuelita Esthercita por ser mi segunda madre y sobre todo por el amor que me ha dado durante toda mi vida.

Agradezco a mis pocos pero grandes amigos que han sido siempre un gran apoyo.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a mi madre por haberme dado la vida ser mi apoyo incondicional y por brindarme su amor en cada momento.

A mi padre por creer en mí y por darme la oportunidad de ser un profesional.

A mi hermana Andrea, por ser mi apoyo absoluto, fuente de mi inspiración, que por ella son todos mis esfuerzos.

RESUMEN

Esta tesis trata sobre la consulta previa, libre e informada, como un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos del Ecuador y su efectiva aplicación en la explotación minera. Siendo un Derecho fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubias, se instituye como una requisito previa para la ejecución de cualquier medida que el Estado pueda tomar.

El objetivo de este estudio es determinar la necesidad de que el resultado de la consulta previa tenga un efecto vinculante para la toma de decisiones y la efectiva aplicación de este Derecho por parte del Estado ecuatoriano en la explotación de minerales y a su vez determinar la efectividad de la consulta previa en la realidad de las comunidades. Para alcanzar este objetivo se plantea como pregunta general ¿El resultado del proceso de consulta previa tiene efecto vinculante a la decisión final que el Estado tome para la efectiva aplicación de este derecho?

Para responder esta interrogante en el presente trabajo se realizó investigación de marcos legales nacionales y marcos legales internacionales a su vez se sustentó la base teórica de esta investigación, mediante consultas a: fuentes bibliográficas, documentos, fuentes informáticas e Internet.

El trabajo concluye con la reflexión de que la consulta previa, libre e informada es necesaria como un instrumento para las comunidades y un derecho colectivo de participación ante las políticas públicas, normas y las decisiones del Estado tome las cuales se implementan en un marco de desarrollo sustentado en la extracción de minerales. La consulta, entendida como participación ciudadana, que se constituye como un derecho y una obligación para las comunidades la cual debería ser garantizada por el Estado y por tanto ser exigible y aplicable. Para este fin, es necesario que el Estado cuente con una ley concreta que regularice este derecho y responda a contextos

económicos, políticos y sociales, inspirada en principios de justicia, igualdad y bienestar social y colectivo.

ABSTRACT

This thesis deals with the free, prior and informed consultation as a fundamental right of indigenous peoples and ethnic groups of Ecuador and its effective application in mining. Being a fundamental right of the communities, indigenous peoples, Afro-Ecuadorian and Montubio nationalities, is established as a prerequisite for the implementation of any action the State can take.

The goal of this study is to determine the need for the outcome of the prior consultation to have a binding effect on decision-making and effective implementation of this right by the Ecuadorian State in the exploitation of minerals and also determine the effectiveness of the prior consultation in the reality of communities. To achieve this goal a general question is raised: Does the result of the consultation process has binding effect to the final decision taken by the State for the effective implementation of this right?

To answer this question, in this work we have carried out an investigation of national and international legal frameworks and the theoretical basis of this research is also supported by consultation of: Text books, documents, and Internet sources.

This thesis concludes with the reflection that the free, prior and informed consultation is needed as a tool for communities and a collective right of participation in rules, policies and decisions to be taken by the State, which are implemented in a development framework attached to the extraction of minerals. The consultation, understood as citizen participation, constitutes a right and an obligation to the communities which should be guaranteed by the State and therefore be enforceable and applicable. To this end it is necessary that the State has a specific law to regularize this right and respond to economic, political and social contexts, inspired by principles of justice, equality and social and collective welfare

ÍNDICE

Introducción	1
CAPÍTULO I	4
1. Evolución Histórica del Estado Pluricultural y Multiétnico, Pueblos Indígenas Afroecuatorianos y Montubios, Pueblos En Aislamiento Voluntario y Pueblos en Contacto Inicial	4
1.1 Evolución histórica del Estado pluricultural y multiétnico.	4
1.2 Pueblos Indígenas, Afroecuatorianos y Montubios..	9
1.2.1 Los pueblos indígenas en el ámbito internacional.	11
1.3 La libre determinación de los pueblos.....	13
1.4 Comunidades no contactadas, en aislamiento voluntario y contacto inicial.	14
1.4.1 Comunidades indígenas no contactadas.	14
1.4.2 Comunidades Indígenas en aislamiento voluntario.	17
1.4.3 Comunidades indígenas en contacto Inicial.	19
1.4.3.1 Ámbito jurídico internacional.	20
1.4.3.2 Ámbito jurídico nacional.	25
CAPÍTULO II	28
2 La Consulta Previa	28
2.1 Consulta Previa, Libre, Informada.	28
2.1.1 La Consulta Prelegislativa, la Consulta Previa y el Consentimiento Previo.....	30
2.1.2 Componentes de las consulta.	34
2.1.2.1 La consulta debe ser previa.	34
2.1.2.2 La consulta debe ser libre.	34
2.1.2.3 La consulta debe ser informada.	34
2.1.2.4 La consulta debe ser oportuna.	35
2.1.2.5 La buena fe en la consulta.	36

2.2 Finalidad de la consulta previa.....	37
2.3 Procedimiento.....	42
2.3.1 Partes del proceso de consulta.....	46
2.3.2 Sujetos de Consulta.....	47
2.3.3 Participación Ciudadana.....	48
CAPÍTULO III.....	57
3. La Eficacia de la Consulta Previa, Análisis de Jurisprudencias.....	57
3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007.....	57
3.2 Sentencia de la Corte Constitucional 001-10-SIN-CC.....	62
3.3 Proyecto minero Mirador.....	70
3.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueblo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de Junio de 2012.....	76
CAPÍTULO IV.....	80
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	80
4.1 Conclusiones.....	80
4.2 Recomendaciones.....	84
Referencias.....	88
ANEXOS.....	92

Introducción

La resistencia a lo largo de la historia por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubias ha permitido el establecimiento de políticas públicas y normas que dejan de lado la exclusión de estas comunidades y convertirse de un Estado nación a un Estado plurinacional, reconociendo los derechos colectivos de estas comunidades y a su vez exigir al Estado el respeto a su autodeterminación y gobernanza de su territorio.

La construcción del Estado permitió el fortalecimiento de una sociedad definida por una identidad particularizada, quitándole importancia a sociedades con identidades diferentes. A lo largo de la historia se establecieron normas y principios que no otorgaron derechos a estos pueblos sino los excluyeron llamándolos “minorías”. Estos hechos dieron lugar a la disputa de los pueblos indígenas en contra de la opresión, explotación y especialmente para la reivindicación de sus derechos y su autodefinición como pueblos y nacionalidades. Con la inclusión de ordenamientos jurídicos, entre los cuales se encuentra el derecho a la consulta previa y a la libre determinación de los pueblos, se empieza a plasmar los derechos que se han establecido en instrumentos internacionales, principalmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es necesario explicar que el derecho a la consulta previa, libre e informada se encuentra escasamente regulado en la legislación nacional, por lo que existen grandes limitaciones para la efectiva aplicación de este derecho, demostrando en la práctica su fragilidad, producto de la paupérrima aplicación en beneficio de los pueblos, generando conflictos tanto internos como socio ambientales.

Una de las formas más efectivas de participación constituye el derecho a la consulta previa, libre e informada, instrumento con el cual los pueblos y

nacionalidades han hecho que se respeten sus derechos. Por esta razón la normativa internacional recoge a cabalidad el derecho de consulta previa, sin embargo la normativa en nuestro país es escasa y no alberga los parámetros establecidos internacionalmente por lo que este derecho no cumple con su propósito real.

Los pueblos indígenas del Ecuador, a partir del avance del reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada, han exigido al Estado la inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, de una ley que regule específicamente este derecho de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas, ratificados por nuestro país.

La minería en nuestro país no tiene grandes precedentes, sin embargo en la actualidad debido al gran potencial minero con el que cuenta, se pretende que sea el centro del desarrollo y fuente de recursos económicos para el Ecuador, lo que en su momento sucedió con la explotación petrolera que ha dejado daños irreversibles. La implementación de proyectos mineros ha generado tensión entre los intereses del Estado y la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas afectadas.

La minería en nuestro país empieza a desarrollarse sin importar los impactos ambientales ni el respeto a las comunidades. Con la promulgación de la Constitución del 2008, se abrió la posibilidad a que el ejercicio de este derecho sea eficaz sin embargo con la expedición de la nueva Ley de Minería, las organizaciones indígenas tuvieron que demandar la inconstitucionalidad de la misma reflejando que el escenario para la vigencia de los derechos humanos no es el mejor.

Lo que este trabajo busca, es evidenciar los límites prácticos del ejercicio del derecho a la participación, a través de la consulta previa, libre e informada. Nuestro país cuenta con un gran número de comunidades indígenas que habitan en zonas ricas en recursos naturales no renovables por lo que son susceptibles a ser explotados debido a la necesidad económica de los

gobiernos y empresas extractivas. Se demuestra la ineficacia en la aplicación del derecho a la consulta previa con los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, que a pesar del nuevo régimen constitucional el procedimiento de consulta previa no se lleva a cabo en su totalidad ya que el ejercicio del derecho a la participación está subordinado a los intereses de desarrollo.

CAPÍTULO I

1 Evolución Histórica del Estado Pluricultural y Multiétnico, Pueblos Indígenas Afroecuatorianos y Montubios, Pueblos En Aislamiento Voluntario y Pueblos en Contacto Inicial.

1.1 Evolución histórica del Estado pluricultural y multiétnico.

De acuerdo al estudio realizado por Miguel Ángel Cabodevilla y Mikel Berraondo (2005, pp13), esta publicación que trata sobre “Los Pueblos no Contactados ante el reto de los Derechos Humanos un Camino de Esperanza para Los Tagaeri y Taromenane”, se puede puntualizar que El Estado ecuatoriano cuando se conformó en 1830, sobre la base de lo que se denominaba Real Audiencia de Quito, mantuvo formas de control que venían desde la colonia. Los burgueses con un discurso liberal en el tema político y económico buscaron siempre legitimarse en el poder y, de esta forma excluyeron a las sociedades indígenas, quedando así marginados.

En el año 1937 se estableció la Ley de las Comunas con la propósito de vigilar a las organizaciones indígenas de esa época, para Antuash A. según la Ley de las Comunas las organizaciones indígenas que dependían administrativamente del Ministerio de Previsión Social, y luego pasaron a manos del Ministerio de Agricultura, de esta forma iban cambiando de acuerdo a la alineación política que se vivía en ese momento (Antuash Tsenkush, 2009, pág. 13).

Cabe recalcar que las Constituciones ecuatorianas a partir del año 1830 al año 1978, hacen referencia a las comunidades indígenas, como los “indios” con un criterio etnocéntrico como individuos inferiores.

El discurso liberal de esta época excluía a la mayoría de la sociedad ecuatoriana, constituyéndose en un Estado monocultural, de esta forma se descartaba al idioma Kichwa (quichua) pero sin embargo se pretendía incluir el idioma como elementos del Estado.

La Constitución de 1945 señala:

“El castellano es el idioma oficial de la República. Se reconocen el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional” (Constitución de la República del Ecuador, 1945, art 5).

Este artículo hace referencia al idioma quechua y a otros como elementos del Estado Nacional, pero sin embargo la educación de la época se realizaba bajo el idioma castellano y quienes se encargaban de impartirla era los clérigos, por lo tanto existía solamente una forma de impartir la educación para la sociedad ecuatoriana, por esta razón la Constitución de año 1945, también menciona:

“En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará a más del castellano, el “quechua” o la lengua aborígen respectiva”(Constitución de la República del Ecuador, 1945, art 143).

Pero en la Constitución de 1946 se reemplaza el artículo anterior suprimiendo el artículo 5 por el artículo 7. (Chiodi, Zúñiga, Amadio, & Citarella, 1990)

“El idioma oficial de la República es el castellano. El Escudo, la Bandera y el Himno Nacional son los determinados por la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 1946, art 7).

La Constitución del 1946, elimina esta idea de impartir una enseñanza bilingüe, pero esto se vuelve a tomar en la Constitución de 1979 ratificando el artículo 5 de la anterior Constitución de 1945. El Ecuador tuvo dos subsistemas de educación el hispano y el bilingüe, recién renombrado intercultural bilingüe el cual desaparece con la actual Ley de Educación.

Gracias al movimiento indígena y a sus exigencias, permitió que se concrete una Educación Intercultural Bilingüe, mediante el Decreto Ejecutivo No. 203, publicado en el Registro Oficial No. 66 el 15 de mayo de 1988, menciona que para acoger las necesidades educativas de las comunidades indígenas es necesaria la modalidad de una educación intercultural bilingüe y de esta forma promover el fortalecimiento y el desarrollo de las lenguas indígenas (Decreto Ejecutivo No. 203, 1988).

A su vez El Convenio 169 de la OIT ratificado por nuestro país el 24 de abril de 1998 y publicado en el Registro Oficial No. 304 menciona:

“Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art. 26).

Para el año 1990 un grupo de indígenas y campesinos se propusieron a recuperar las bases del movimiento indígena, tomándose la iglesia de Santo Domingo, en la ciudad de Quito, cuestionando el Estado uninacional, negándose a subsumirse en la identidad nacional mestiza, quienes fueron los principales adversarios del movimiento fueron el Estado, el gobierno, los hacendados y las élites regionales y nacionales. Según Davalos P. menciona que “La demanda de plurinacionalidad era inaceptable porque implicaba dividir el país” (Dávalos, 2003, pág. 25).

Esta lucha provocó que se establezcan principios constitucionales como la pluriculturalidad y multiétnicidad, los cuales son básicos y permitieron que se reconozcan expresamente a las colectividades o pueblos indígenas como sujetos de derecho.

Con el reconocimiento como nuevos sujeto de derechos a los Pueblos Indígenas Afroecuatorianos y Montubios reconociendo sus diferentes formas de vida, sistemas de estructura social, económica y política, así como también su organización educativa, cultural y religiosa, a su vez la facultad de resolver problemas internos, participar en instituciones del Estado, el reconocimiento de su territorio y su posesión ancestral.

Esta es la razón por la cual la Constitución del Ecuador del año 1998 establece el carácter del Estado plurinacional y multiétnico, mencionado en su primer artículo que textualmente señala:

“El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico [...]” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art 1).

Esta Constitución de 1998 constituyó un evolución muy importante en cuanto a reconocimiento y garantía de la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas, que por primera vez se reconoce que el Ecuador es un país pluricultural, formado por diferentes pueblos indígenas, autodenominados y constitucionalmente definidos como nacionalidades que son parte de un Estado único e indivisible, otorgándoles garantías para mantener sus formas de vida y organizaciones que son distintas a los grupos sociales y culturales hegemónicos en el país. (Shelton, 2012, pág. 121)

En la Constitución del 2008 el artículo primero de la antigua continuación fue ratificado, suponen asumir desde el Estado una política de reconocimiento de la diferencia y por lo mismo, la protección de varias culturas es un espacio territorial común. (Carrión, 2012, pág. 18)

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico [...]” (Constitución de la República Ecuador, 2008, art 1).

A su vez menciona:

“[...] La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador Plurinacional”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 6).

Para comprender estos artículos es necesario entender que la Plurinacionalidad surgió en los años 80 fue propuesta por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la misma que solicitó el reconocimiento de las nacionalidades negras, montubias e indígenas, con iguales condiciones que la nacionalidad mestiza.

Para la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (en adelante CONAIE). “la plurinacionalidad propugna la igualdad, respeto, equidad, reciprocidad y solidaridad de toda las Nacionalidades y Pueblos indígenas que conforman el Ecuador”. (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), 2006)

El concepto de plurinacionalidad ha sido propuesto por el movimiento indígena para superar la condición de racismo, exclusión y violencia que caracteriza al Estado Nación moderno en contra de las nacionalidades indígenas. La plurinacionalidad permite el acceso y la igualdad de derechos tanto para los pueblos indígenas cuanto para los sujetos modernos. Los sujetos más interpelados por la plurinacionalidad, entonces, no son necesariamente los pueblos indígenas sino los sujetos modernos e individualizados. Según Mónica Chuji, Asambleísta Nacional menciona que “la plurinacionalidad atañe a toda la sociedad, es pensada desde lo indígena pero con una proyección nacional.” (Chuji, 2008)

Para Raúl Llasag “La plurinacionalidad es un principio que requiere un nuevo tipo de Estado, institucional, cultural, económico, democrático, territorial, que contenga a todas las personas ecuatorianas, que busquen el bienestar equilibrado de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza, que garantice el Sumak Kawsay (buen vivir)” (Llasag, 2008, pág. 15)

Pero este principio en la Constitución Política de 2008 ha quedado enunciado como principio, pero se demanda un desarrollo de una vía jurisprudencia constitucional, legislativa y políticas públicas para que se garantice su aplicación.

Pese a de los grandes intentos de las comunidades y movimientos indígenas, la visión de un Estado Plurinacional y Multiétnico no se cumple a cabalidad, por la institucionalidad de un Estado tradicional y la falta de aplicación tanto de los Convenios Internacionales como la misma Constitución que ha desequilibrado la aplicación de una Estado Plurinacional y Multiétnico. Sin embargo, el

movimiento indígena aún continúa imponiendo y reivindicando a un Estado Plurinacional como principio fundamental de la Constitución.

1.2 Pueblos Indígenas, Afroecuatorianos y Montubios.

La definición elaborada por Martínez Cobo, en la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación de Minorías menciona que:

“Las Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades invasoras y coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores dominantes de la sociedad en aquellos espacios o parte de los mismos. Las comunidades forman parte de un sector no dominante, que están llevados a conservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como fundamento de su continuidad como pueblos. (Martínez, 1994)

El preámbulo del Convenio 160 de la OIT reconoce a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas como iguales a todos los demás pueblos y menciona el respeto que se debe dar a los pueblos a ser diferentes, de esta forma también menciona que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y a perseguir su desarrollo económico, social y cultural.” (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

No obstante La Declaración de Viena en 1993 como resultado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, no solamente menciona la importancia de los pueblos indígenas y el pluralismo de la sociedad, sino a su vez añade el deber de los Estados a reconocer los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, sus diferentes identidades, cultura y organización social. (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993)

En nuestro país la CONAIE alude que:

“Los pueblos indígenas son poblaciones con identidades culturales que les diferencian de otras divisiones de la sociedad ecuatoriana, regidas por propio sistema de orden social, político, económica y organización jurídica, que conforman una nacionalidad” (CONAIE, 2001, pág. 7)

Con lo antes dicho en nuestro país en el Ecuador por los menos 13 nacionalidades, estas nacionalidades pueden coexistir en pueblos indígenas que pueden formar una comunidad, la CONAIE menciona a su vez que “la comunidad indígena es una forma nuclear de organización tradicional de las nacionalidades indígenas y pueblos indígenas, denominado también ayllus o centros”. Es decir este es un lugar donde la organización social, económica, política y jurídica, ejerce las facultades legislativas y administración de justicia (CONAIE, 2001, pág. 22)

La actual Constitución de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 el 20 de octubre del mismo año, reconoce el Derecho del Afroecuatoriano, Indígena y Montubio a contar con sus territorios ancestrales. La circunscripción territorial permite delimitar claramente los espacios que estos sectores ocupan y que han sido heredados milenariamente. Sus artículos textualmente detallan lo siguiente:

“Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 56).

“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: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.¹⁵ [...] Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los

derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 57).

“Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 60).

Por lo tanto estos artículos contemplan el reconocimiento a las nacionalidades indígenas que forman parte del Estado y a su vez los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias a mantener su propio desarrollo, organización social y cultura siendo el Estado quien tiene que garantizar estos derechos.

1.2.1 Los pueblos indígenas en el ámbito internacional.

Rodolfo Stevehag en, quien fue Nombrado Relator Especial para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas por la Organización de las Naciones Unidas en su texto menciona que, en 1960 los pueblos indígenas, apoyados por las organizaciones de Derechos Civiles y Políticos comenzaron a presentarse de manera diferente, en el ámbito del Derecho Internacional. Inspirados por las luchas anticoloniales reclamaron la liberación de sus pueblos en el proceso del colonialismo interno. (Stevehagen, 2000, págs. 76,89)

La gran influencia por la manifestaciones indígenas, pero aún bajo la perspectiva de que la integración era la mejor forma de eliminar la discriminación en contra de estos pueblos, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías menciona en el informe final de esta Comisión conocido como “Estudio Martínez Cobo” fue publicado entre los años 1981 y 1983, dio sustento a las reivindicaciones de los

pueblos indígenas, impulso las discusiones de estos pueblos al interior de la ONU.

Este informe a su vez menciona que el “Estudio Martínez Cobo” dio soporte a las demandas de los pueblos indígenas, transformándose en un catalizador para las discusiones de estos pueblos en el interior de la Organización de las Naciones Unidas y este informe sobresalió en tres puntos “1.- la difusión de información, sobre la situación de los pueblos indígenas mediante este extenso y documentado estudio; 2.- la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, de la ONU; y por ultimo 3.- el avance en la caracterización de los pueblos indígenas” (Martínez, 1986).

Tal es el esfuerzo de los indígenas y las organizaciones de apoyo en el ámbito internacional, que en Ginebra se llevó a cabo una conferencia por iniciativa de la ONU por medio de Comisión Internacional de Derechos de Pueblos Indígenas de América en el año 1977, el cual trató sobre la discriminación en contra de las poblaciones indígenas y concluyó con la adopción del proyecto denominado “Declaración de Principios para la Defensa de las Nacionalidades Indígenas y los Pueblos del Hemisferio Occidental” cuya declaración contempla que:

“El derecho a la autodeterminación con los principios de supervivencia de estos pueblos como naciones separadas. Toda nación tiene el derecho de tener una población estable, un territorio definido, un gobierno y la capacidad de mantener relaciones con otros Estados de existencia de una personalidad jurídica internacional para los pueblos indígenas. El derecho a la tierra y al territorio ancestral de los pueblos indígenas. Y por fin el derecho al patrimonio y la propiedad intelectual como protección del medio ambiente y de la integridad cultural de los pueblos indígenas” (Organización de las Naciones Unidas, 1977).

En 1981, la Organización de las Naciones Unidas decidió establecer el grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en el ámbito de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Este grupo de trabajo mantenía reuniones anuales en forma de conferencias abiertas donde fue permitida la participación de representantes indígenas, y fue encargado de desarrollar nuevos parámetros del Derecho Internacional para la protección de

los pueblos indígenas la cual dio origen a la declaración sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, adoptada por la ONU en el años 2007 (Rojas, Cordero, & Figueroa, 2009, pág. 14)

1.3 La libre determinación de los pueblos.

El derecho a la consulta previa tiene su fundamento en el reconocimiento de la de las colectividades indígenas, a su vez el reconocimiento a su territorio.

La Carta de las Naciones Unidas da origen a la libre determinación de los pueblos proclamada en el año 1945, en la cual en su contenido se declara la libre determinación de los pueblos como un Principio Internacional que debe guiar a los Estados.

Stevehag en seña la que “la autodeterminación es considerada como la sesión política por parte de un pueblo con respecto a un Estado constituido, de los pueblos ejercen su derecho a la libre determinación” (Stevehagen, 2009, pág. 142)

De esta manera se entiende que la libre determinación como un derecho que tienen las comunidades indígenas para establecer libremente su condición política y que sean partícipes de su desarrollo propio, estableciendo sus prioridades económicas, sociales y culturales. Dicho esto lo que este derecho busca es el reconocimiento y el respeto de la relación que tienen que las comunidades tienen con su entorno.

Para los pueblos indígenas el derecho que tienen sobre su territorio y a disponer libremente riqueza natural es determinate, ya que estas comunidades dependen directamente de su entorno. Por esta razón la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a

dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo” (Organización de las Naciones Unidas, 2007, art 20).

Este instrumento recoge los derechos demandados por los pueblos ya antes mencionados pero también en su artículo 43, establece las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos, comunidades y nacionalidad indígenas en el mundo.

Con lo antes señalado se puede concluir que el derecho sobre su territorio, recursos y la libre disposición es la parte integral de la libre determinación de los pueblos, ya que a través de esta se establecen economía, políticas, relaciones sociales, culturales y ancestrales decidiendo sobre su propio desarrollo.

1.4 Comunidades no contactadas, en aislamiento voluntario y contacto inicial.

1.4.1 Comunidades indígenas no contactadas.

En Ecuador una investigación sistemática en torno a la existencia y características de los grupos sin contacto, según los datos del Centro de Investigaciones Culturales de la Amazonía Ecuatoriana de ahora en adelante (CICAME) son los Tagaeri y Taromenane.

Berrando y Cabodevilla (2005) en su estudio sobre “Los Pueblos no contactados ante el reto de los Derechos Humanos” indican que los Tagaeri son un grupo del pueblo Waorani, inicialmente fueron el resultado del fraccionamiento que se produjo a finales de la década de los 60 de un gran clan Waorani, cuando los misioneros evangélicos emprendieron una agresiva campaña de reducción.

Los Tagaeri, seguidores de su líder Tagae renunciaron al contacto, mientras la mayoría del grupo Waorani la aceptó. Los Tagaeri se propusieron mantener su

territorio contra la irrupción de los petroleros, así como de otros indígenas y colonos que invadían su zona. A finales de la década de los 60, se documentan numerosos incidentes de este grupo con obreros de las exploraciones petroleras, derivados en muestras violentas de ambos lados. A lo largo de 20 años se han producido varios incidentes directos, con evidente desproporción de fuerzas, donde los indígenas siendo más débiles corrieron con la peor suerte. (Cabodevilla & Berraondo, 2005, págs. 10-22)

En los años 90 los petroleros utilizaron grupos de los pueblos Waorani contactados con un propósito diferente, ellos servían como defensa para los obreros de los Tagaeri y de esta forma intentar un contacto forzoso. Dentro de este proceso sucedieron varias muertes en el clan asediado y con el convencimiento de grupos Waorani Berraondo y Cabodevilla (2005, p. 24) mencionan que “a raíz de todas estas disputas se creería que la mayoría de los Tagaeri se encuentran exterminados”, evidenciando así que en las manos de una “civilización avanzada” y con su fuerza superior afecta los derechos humanos dentro de su manera hostil de generar un contacto inicial, en el cual los derechos de las comunidades indígenas en aislamiento voluntario no han sido respetados.

Otra comunidad es la de los Taromenane, siendo un pueblo cercano de étnica y culturalmente a los Waorani, se tiene mínima información sobre ellos, pero no se ha podido obtener información de fuentes directas, es decir de personas que forman parte del grupo de los clanes Waorani. En la actualidad se mantiene un conocimiento legendario sobre la existencia de los Taromenane, de quienes hace mucho tiempo ya no se ha renovado la información.

Los Taromenane han estado recientemente bajo amenaza de la explotación petrolera y la tala ilegal en el Parque Nacional Yasuní. “El 15 de febrero del 2008, autoridades del Ecuador acordaron investigar un reporte que indicaba que cinco miembros de los Taromenane y Tagaeri fueron asesinados por taladores ilegales, sin embargo no se ha llegado a ninguna conclusión por parte del Estado ecuatoriano”. (Sarabina, 2013)

El 26 de mayo del 2003, el ataque realizado por los Waorani a los Taromenane llamó la atención de la población ecuatoriana. Según Cabodevilla (2005) este ataque dejó como saldo de cuatro hombres adultos, cinco niños y seis mujeres. Menciona que estos pueblos se enfrentan ante la disyuntiva de interrelacionarse con otros grupos, compuestos por individuos con diversas maneras de mirar el mundo o retirarse a parajes más alejados. Pero los actores ajenos a ellos cada día más se adentran en sus territorios presionándolos para el uso de los recursos naturales contenidos en sus territorios. Lo que se sugiere es que estos grupos pueden reaccionar violentamente ante fenómenos que produzcan cambios en su forma de vida, esto se evidencia la delicada situación en que se encuentran, ante la presión que ejercen los actores externos, diversos en la multiplicidad de sus intereses.

Tras la matanza de los Tagaeri y Taromenane, el 3 de junio del 2003, la “Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana” (en adelante (CONFENIA) y la CONAIE demandaron al gobierno para una comisión técnica para que se demarque definitivamente la Zona Intangible, el 12 de octubre del 2003, Ecuador solicitó al Ministerio de Energía y Ambiente que se defina la Zona Intangible apoyando así la logística del proceso.

El 12 de octubre del 2004, se constituyó la comisión para la delimitación de la Zona Intangible con un plazo de 18 días para el cumplimiento del proceso, el 3 de enero el ex presidente del Ecuador Alfredo Palacios Gonzáles, firmó el Decreto Ejecutivo No. 2187 de una Zona Intangible de 758.051ha.

Cabe mencionar que el gobierno también introdujo la política nacional sobre los Pueblos Indígenas en Situación de aislamiento voluntario, con el propósito de garantizar su integridad física, cultural, social y económica, reconociendo de esta forma que la supervivencia depende directamente de la integridad de su entorno.

En el año 2008 se informó la matanza de un grupo de cinco indígenas de la Etnia Tagaeri Taromenane, que se dio como consecuencia por la tala ilegal de

cedro. La Asamblea Constituyente con esta noticia realizó una declaración condenando la agresión contra estos pueblos y a su vez la alta negligencia y la falta de ejecución de las medidas cautelares concedida por la Comisión Centroamericana de Derechos Humanos en el año 2006 junto al Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Esta declaración llama a los gobiernos a la adopción de medidas para la efectiva aplicación y garantía de los Derechos Humanos, el cumplimiento de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (Andrade, 2009, pág. 179)

La situación de los pueblos en aislamiento voluntario se encuentra amenazada ante la insistencia del Estado y las empresas privadas a la explotación de los recursos naturales que se localizan en los territorios que viven.

1.4.2 Comunidades Indígenas en aislamiento voluntario.

La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas menciona que las comunidades indígenas en aislamiento voluntario son comunidades que han adoptado vivir en un aislamiento voluntario y que no mantienen un contacto regular con la población mayoritaria, y que a su vez intentan eludir de todo tipo de contacto con personas, o grupo de personas que son ajenas a su grupo. La gran mayoría de estos pueblos viven en extensas zonas de bosques tropicales con grandes recursos naturales como maderas preciosas, hidrocarburos, y minerales, además de ecosistemas, fuentes acuíferas, flora y fauna esenciales para su supervivencia, que son de muy difícil acceso. Son pueblos muy vulnerables, en su mayoría se encuentra en grave peligro de extinción, tanto los pueblos indígenas aislamiento como los pueblos en contacto inicial son grupos pequeños, y no están preparados para enfrentar a la población mayoritaria. Por su misma condición de aislamiento, es difícil conocer con seguridad cuántas personas pertenecen a estos grupos, y en dónde habitan. Existen alrededor de 10.000 personas que viven en aislamiento voluntario, y se tiene conocimiento de su existencia en algunos países de América del Sur sobre todo en zonas amazónicas que son de difícil acceso.

(Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACNUDH), 2009, págs. 6-8).

Laura Rival señala que las comunidades indígenas en aislamiento corresponden a una sociedad fundada en una dinámica profundamente autárquica en la unidad de parentesco y afinidad, lo que permite su auto subsistencia y reproducción bajo parámetros de uso de sus territorios propios de gran parte de las sociedades de foresta tropical. Estas sociedades se basan en la cacería, recolección y horticultura itinerante, con un patrón seminómada e interfluvial de asentamiento, su forma de vida se sustenta en una estructura básica de organización social. Este sistema autárquico se mantiene relativamente estable mientras su estructura social y el manejo territorial permanezcan poco alterados, así su crecimiento demográfico y la dinámica de movilidad territorial se produce de una manera ordenada. (Rival, 1992, pág. 137)

El Estado garantiza la voluntad de las comunidades en permanecer en aislamiento no puede irse en contra de este reconocimiento, por lo tanto para identificar a las comunidades es necesario que el Estado a través de sus instituciones, partiendo de la decisiones y contar con la colaboración de pueblos ya contactados y organizaciones para determinar su existencia.

Estas comunidades son muy vulnerables y mantienen una estrecha relación con su entorno, en el cual se desarrolla su vida y cultura, lo que les permite existir de manera autosuficiente, razón por la cual conservar sus territorios es de esencialmente importante. Esta situación entra en riesgo a medida que el Estado busca un contacto inicial con estas poblaciones que generalmente está acompañado de medidas que van a alterar su medio ambiente y, como consecuencia, la modificación de sus formas de vida y prácticas culturales.

La Organización de las Naciones Unidas alude que la vulnerabilidad de estas comunidades empeora, ante el quebrantamiento de los Derechos Humanos que soportan las comunidades habitualmente por quienes buscan extraer los

recursos existentes en sus territorios y ante las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas, que quedan normalmente impunes (Organización de las Naciones Unidas, 2009, pág. 11).

Otra amenaza que enfrentan los pueblos en aislamiento es el riesgo de contagio de enfermedades. Cualquier contacto entre personas que viven en aislamiento y personas de la sociedad mayoritaria exponen a los primeros a muchas enfermedades que pueden convertirse en epidemias fatales, ya que no cuentan con las defensas inmunológicas de la mayoría de la población.

Shelton menciona que con la finalidad de evitar este tipo de situaciones, países como Brasil, Ecuador y Perú han desarrollado áreas territoriales protegidas para tratar de preservar la vida y el modo de vida de los pueblos en aislamiento o en contacto inicial, estas delimitaciones territoriales en teoría prohíben el acceso a toda persona, pero según la autora en la práctica rara vez son respetadas cabalmente estas delimitaciones. (Shelton, 2012, págs. 8,9)

Los gobiernos deben otorgar un cuidado especial a los pueblos en aislamiento y en contacto inicial por su condición de vulnerabilidad. Este escenario exige que los gobiernos tomen acciones concretas y vigorizarlas medidas para la protección de los Derechos humano de estos pueblos.

1.4.3 Comunidades indígenas en contacto Inicial.

Los pueblos en contacto inicial, son pueblos que permanecían en aislamiento, pero se vieron forzados a entrar en contacto con la población por ciertos factores ya sea por decisión de la propia comunidad o por la población ajena a ellos.

Son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población, pueden ser también pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria. Esto puede deberse a que estos pueblos mantienen una

situación de semi aislamiento o a que las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes (Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACNUDH), 2009, pág. 6).

A nivel internacional no existe un acuerdo para dar determinar una situación de comunidades en aislamiento, contacto inicial o contactado por esta razón es necesario dar mayor importancia a la situación de fragilidad en que se encuentran los indígenas, ya que debido a los agentes externos el riesgo permanece incluso llegar a la extinción por los problemas generados la sociedad ajena a las comunidades que es generada desde el momento del primer contacto.

El primer contacto es muy relevante para los pueblos, de ello dependerá su relación con población mayoritaria y a su vez la posibilidad de supervivencia de la comunidad ya que el primer contacto puede traer consigo enfermedades por lo que es necesario tomar medidas especiales durante el proceso de contacto.

1.4.2 Medidas de protección para los pueblos indígenas en aislamiento.

1.4.3.1 Ámbito jurídico internacional.

La Comunidad Internacional debe garantizar y proteger los derechos humanos de estos pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, exigiendo de manera determinante que gobiernos cumplan con sus obligaciones internacionales, los tratados internacionales, el Derecho Internacional y los Derechos Humanos. La comunidad internacional debe actuar apoyando a los gobiernos de los países donde habitan estos pueblos, compartiendo con ellos la responsabilidad de protección de la diversidad cultural.

En el ámbito jurídico internacional, los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento son reconocidos, aunque sólo han recibido atención en los últimos años. Pero entre los instrumentos internacionales relativos a los derechos de

los pueblos indígenas, destaca el Convenio 169 de la OIT mencionado ya anteriormente y también ya mencionada la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estos son los instrumentos principales de derechos humanos con los que cuentan los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT, ha sido firmado y ratificado por Brasil, Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Paraguay, países que conjuntamente han integrado los principios del Convenio dentro de sus marcos normativos; resulta muy importante, porque se reconoce derechos específicos como: la consulta previa, participación, información, territorio otorgando a los Estados obligaciones concretas para garantizar estos derechos reconocidos, el respeto a las formas de vida de las comunidades y que los Estados adopten medidas específicas a la población e instituciones indígenas, este Convenio menciona:

“14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”(Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 14).

Un problema repetitivo que tienen los pueblos en aislamiento y contacto inicial es la irrupción a sus territorios, ante la inexistencia de mecanismos efectivos para la protección territorial sobre sus territorios.

En este sentido, el Convenio 169 señala:

“La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.(Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 18).

En caso de la autodeterminación entre los artículos más destacados para garantizar este derecho el Convenio señala que:

“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales [...]” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 4).

“1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a. Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b. Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c. Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos. d. Toda forma de asimilación o integración forzada [...]” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 8).

“Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales [...]” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 11.1).

Estos artículos sin dejar de lado el artículo 7 numeral 1 mencionado anteriormente, los artículos precedentes del art. 25 al art. 30 que refieren a los territorios de los pueblos y comunidades, y que por medio de estos se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus tierras y recursos que históricamente ocupado, siendo los estados los llamados a asegurar la protección y el reconocimiento jurídico.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007, garantiza el derecho de los pueblos indígenas, entre los artículos más importantes para los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial en su artículo 3 determina: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación”

Esta declaración es fundamental para los pueblos indígenas ya que el derecho a la libre determinación significa el respeto a su decisión de mantenerse en

aislamiento y se convierte en la garantía para el respeto a sus formas tradicionales de vida, costumbres, organización social, económica y política.

La autodeterminación debe entenderse de manera distinta para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial. Los pueblos indígenas en aislamiento la garantía de la autodeterminación es el respeto total a su decisión de mantenerse en aislamiento, es decir el respeto al no contacto. Este principio se convierte en la clave para la aplicación posterior de otros principios y derechos, ya que consiente en la expresión máxima de su voluntad. La decisión voluntaria de no mantener ningún contacto con las poblaciones que les rodean no es una decisión basada en el desconocimiento de la existencia de la sociedad envolvente, de la cual son plenamente conscientes (Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACNUDH), 2009, pág. 26).

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un tratado el cual reconoce derechos de segunda generación y contempla las medidas para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 el 16 de diciembre de 1966, ratificado por Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela y por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

Con este pacto los Estados de la región andina están obligados a:

“adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art 2.1).

Relacionado con los pueblos indígenas en aislamiento, contacto inicial son los artículos:

“1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la carta de las Naciones Unidas”(Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art 1).

Este Pacto está controlado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC) para que se dé su efectivo cumplimiento, este órgano conformado por expertos se ha venido reuniendo dos veces al año desde 1985. Los Estados tienen la obligación de informar periódicamente al CDESC sobre la aplicación del Pacto.

Los Estados que forman parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), junto a los pueblos indígenas han trabajado con el fin de definir una declaración amplia para promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, denominado Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas que incluye el reconocimiento de derechos como: la libre determinación de los pueblos indígenas su organización social, política y económica, a sus sistemas jurídicos, cultura, a practicar sus creencias espirituales, a administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales.

Para proteger los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento, se reconoce y obliga a los Estados miembros de la OEA, a generar políticas para garantizar sus derechos, en su artículo 26 de este proyecto determina que:

“1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tiene derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus cultura”.2. “Los Estados adoptaran políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva” (Organización de Estado Americanos, 1997, art 26).

De esta forma se puede afirmar que los pueblos en aislamiento que habitan en territorios de América, como son los Tagaeri y Taromenane, cuentan con un sistema para la protección de derechos humanos y efectivamente reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas, por tanto estarán más expuestos a medidas de protección.

Como mencionamos anteriormente la relación que llevan los pueblos en aislamiento y los pueblos en contacto inicial con su entorno es fundamental lo cual les permite mantener su vida y cultura casi intactas, gracias al conocimiento profundo que tienen con su entorno. Los artículos antes detallados reflejan las garantías que los pueblos indígenas y en contacto inicial tienen para la protección de sus derechos con relación a su autodeterminación, medio ambiente, cultura. El respeto a de mantenerse en aislamiento es necesario que se garantice y se respete el ejercicio de su derecho sobre su territorio ante cualquier medida que pueda alterar las formas de vida de las comunidades en varios aspectos como: territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, economía, salud y demás que puedan afectar su integridad étnica de las comunidades.

El respeto al no contacto conlleva la toma de medidas efectivas para evitar que agentes externos puedan afectar o influir, ya sea accidental o intencionadamente, con personas pertenecientes a grupos indígenas en aislamiento, cualquier contacto que se realice con los pueblos indígenas en aislamiento que no haya partido de su iniciativa deberá ser considerada como una vulneración a los derechos de estos pueblos.

1.4.3.2 Ámbito jurídico nacional.

En Ecuador la población total es de 13.406.270 habitantes, donde existen 13 nacionalidades originarias o pueblos indígenas, y pueblos afro descendientes, aglutinados en un conjunto de organizaciones nacionales que representan a más de 1 millón y medio de habitantes (Shelton, 2012, págs. 171,172).

En el Ecuador la existencia de grupos indígenas en aislamiento que habitan en la Amazonia ecuatoriana, ocupan un área territorial localizada entre las provincias de Orellana y Pastaza, en la zona sur oriental de Yasuní, es reconocido como el núcleo de la reserva mundial de biosfera. (Ministerio de Ambiente, 2011, pág. 15)

En la región Oriental del Ecuador viven dos pueblos en aislamiento voluntario: los Tagaeri y Taromenane. Cultural y lingüísticamente relacionados con los Waorani, quienes fueron contactados en su mayoría.

Los pueblos aislados del Yasuní, al igual que los Waorani antes de su contacto, están caracterizados por organizarse en pequeño grupos dispersos, su organización política se basa en lazos de parentesco endogámicos.

En la actualidad la actividad extractiva de recursos en el territorio de los pueblos en aislamiento impulsada por el Estado ecuatoriano representa el mayor peligro para la supervivencia de estos grupos.

La Constitución de 2008, en su artículo 57 último inciso no solo garantiza a las comunidades en aislamiento voluntario a permanecer en aislamiento y a la posesión de sus tierras, sino a su vez determina que el Estado es quien va a dotar medidas para garantizar la autodeterminación y la voluntad de estas comunidades a permanecer en aislamiento y considera como delito que el incumplimiento de estos derechos, (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.57).

Como resultado del acuerdo intersectorial entre los Ministerios de Coordinación del Patrimonio Cultural y Natural, Minas y Petróleos y del Ambiente, del Ecuador, se creó el Código de Conducta que observarán las empresas públicas y privadas colindantes a zonas intangibles que realizan actividades hidrocarburíferas en la Región Amazónica de la República del Ecuador. Promulgado 2 de febrero de 1999, a través del cual se declaró la Zona Intangible de Conservación Tagaeri Taromenane, lo cual significa que

esta área está vedada a perpetuidad para operaciones extractivas de recursos naturales.

De acuerdo al Código de Conducta en su primer artículo menciona que:

“Tiene el objeto de asegurar que las actividades y procedimientos de las empresas Hidrocarburíferas colindantes a la zona intangible, se desarrollen bajo estándares de respeto a las formas y expresiones socioculturales de los pueblos en aislamiento voluntario. Supuestamente son categorías máximas de conservación, pero el interés económico y las coyunturas políticas han sido más fuertes” (Código de Conducta, 1999, art.1).

A partir de 2008, el Ministerio de Ambiente lleva adelante un plan de medidas cautelares para la protección de los pueblos indígenas aislados, el mismo que implica: la creación de una estación de control y monitoreo en el río Shripuno, control de tráfico de madera y fauna. Este plan de medidas cautelares se creó como respuesta a la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por las Organizaciones de la Sociedad Civil Ecuatoriana en defensa de los pueblos en aislamiento voluntario, después de la matanza dentro de los clanes Tagaeri Taromenane en manos de los Waorani en el año 2003.

En febrero de 2009, el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Salud Pública firmaron un Convenio de Cooperación Interinstitucional a favor de los pueblos indígenas aislados y las comunidades de influencia en la zona Intangible Tagaeri-Taromenane, zonas de amortiguamiento y áreas de incidencia, en el oriente ecuatoriano.

CAPÍTULO II

2 La Consulta Previa

2.1 Consulta Previa, Libre, Informada.

El Derecho a la Consulta Previa, libre e informada, es consecuencia directa del derecho a la libre determinación, autodeterminación o autonomía de las colectividades indígenas en un Estado plurinacional. Se trata de defender la integridad de las colectividades indígenas.

Este derecho se puede analizar desde dos perspectivas; la primera como un mecanismo de participación para las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades; y la segunda que se configura como un derecho colectivo para los pueblos que es reconocido por la Constitución ecuatoriana y por varios instrumentos internacionales.

La consulta previa es una forma de participación ciudadana, por lo tanto se constituye un derecho que puede ser ejercido por cualquier ciudadano, y su instrumentalización constituye el mecanismo garante de la exigibilidad de los derechos ambientales en los procesos o proyectos impulsados por instituciones del Estado o empresas concesionarias que puedan afectar al medio ambiente y a las comunidades.

Berenice Polit indica que “la incorporación de la participación ciudadana en los procesos de decisión de desarrollo está basada en el reconocimiento de este principio y en la necesidad de instrumentar la intervención ciudadana en los asuntos de interés público, como un ejercicio de democracia más allá del voto”. (Pólit, 2010, pág. 101)

Según el Convenio 169 de la OIT la consulta previa:

“Es un mecanismo que se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de

desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vida, creencias, instituciones, bienestar espiritual, 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” (Grueso, 2009)

Por lo tanto según este artículo la consulta previa no solo concierne a los procesos y planes de desarrollo, sino conjuntamente a la ejecución de políticas públicas que atañan a las comunidades, basándose en su derecho, preservar, decidir y desarrollar su forma de vida de acuerdo al artículo 57, de nuestra Constitución.

El Convenio 169 de la OIT contiene:

“ 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art.7).

Al mencionar estos artículos se puede afirmar que la consulta prelegislativa como su propio nombre lo dice es una situación previa a la ejecución de cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar a una comunidad. La consulta previa se utiliza como mecanismo para respetar los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianas y montubias a conservar una vida afín a sus principios y tradiciones.

La importancia de la consulta previa en el ámbito procesal es fundamental ya que está en juego los derechos de los indígenas, su calidad de vida, conservación cultural, conservación de la naturaleza y territorio. Por esta razón

la consulta previa es un instrumento eficaz para demandar y exigir el respeto los derechos de las comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.

El valor que tiene consulta previa como un derecho autónomo, el cual va más allá de garantizar las formas que faciliten una relación entre el Estado y las comunidades con el objetivo llegar a un acuerdo y que a su vez deben ser capaces para obligarse mutuamente.

La consulta previa se exterioriza a través de un mecanismo de participación social de las comunidades y las instituciones que posean un válido interés en el proyecto que va hacer objeto de consulta, con la intención de salvaguardar y precautelar los derechos colectivos que poseen los pueblos de nuestro país. (Rojas, Cordero, & Figueroa, 2009, pág. 53)

2.1.1 La Consulta Prelegislativa, la Consulta Previa y el Consentimiento Previo

La consulta prelegislativa trata del derecho a ser consultados de manera libre e informada que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades cuando en la creación de la ley están de por medio normas que puedan afectar a sus derechos, es decir, que la creación de la ley influya de manera directa en su modo de vida, lo que implica la variación en sus prácticas ancestrales, sentido de pertenencia, formas de organización, conservación de la propiedad, identidad, lengua, religión, etc.

La Constitución establece que se deben consultar las leyes que pueden afectar sus derechos colectivos, es decir, los que corresponden al grupo como tal y no a sus integrantes individualmente considerados y a su vez la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19.

De igual forma el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa menciona que:

La consulta prelegislativa tiene como finalidad la realización de un proceso de participación ciudadana que permita a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al afroecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos ser consultados para pronunciarse sobre temas específicos incluidos en los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, que podrían afectar de manera objetiva sus derechos colectivos contemplados en la Constitución de la República. (Consejo de Administración Legislativa, 2012, art 2)

Por lo tanto podemos apreciar entonces que el ordenamiento jurídico prevé amplia y reiteradamente que en materia de creación de las leyes es estrictamente necesario realizar la consulta a la población indígena quienes deben prestarlo de manera libre, sin forma alguna de presión y para que sea válida requiere de un tiempo prudencial para que conozcan el contenido de la ley sobre la que serán consultados.

El derecho a la consulta previa, está intrínsecamente relacionado con el consentimiento previo, por lo que es necesario que se tenga en claro la diferencia entre la consulta y el consentimiento.

El Derecho de Consulta Previa es esencialmente el reconocimiento de la autonomía de las colectividades indígenas, a su vez el reconocimiento de sus territorios y recursos naturales.

“La consulta implica el límite al actuar del Estado y por otro lado permite el diálogo con los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígena” indica Patricia Carrión en su análisis sobre la consulta previa, libre e informada en el Ecuador”. (Carrión, 2012, p25).

Este es un derecho propio de las comunidades en el cual se abre un periodo de consulta a los pueblos y sus representantes legítimos y se procura alcanzar el nivel más alto de participación entre los actores que son parte de este proceso. Como mencionamos anteriormente el objetivo fundamental de la consulta es establecer mecanismos para la toma de decisiones ambientales, la creación de políticas de participación, que las comunidades obtengan información oportuna

sobre los planes y programas que se pretenden implementar, de esta forma sirve para alcanzar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos dentro de un sistema de control de poder que se encuentra en la población, lo que el Estado debe buscar no es solamente la legitimación de las decisiones sino la inclusión y vinculación de las comunidades dentro de los proyectos ambientales.

Entonces la consulta previa permite ordenar el proceso y la negociación en la toma de decisiones ambientales, puesto que la consulta permite la aplicación de medidas alternativas, incentivos para las comunidades y garantías internacionales y constitucionales que permiten a estos pueblos desarrollarse de manera racional sin perder su identidad, cultura, y creencias ancestrales.

El Consentimiento Previo, es otro mecanismo para la toma de decisiones ambientales se encuentra principalmente ligado al derecho de la autodeterminación. Como su propio nombre lo dice es el consentimiento de los pueblos y comunidades en situaciones o decisiones que puedan afectar sus tierras, este es un derecho que se ha convertido en obligación para los Estados adheridos al Convenio de los pueblos indígenas y tribales de la OIT.

Entonces lo que pretende el consentimiento previo es el acuerdo por parte de las comunidades para la aprobación o la ejecución de programas de participación ambiental, es la oportunidad de las comunidades para manifestar su acuerdo o aceptación.

La finalidad de los procesos de consentimiento, es la búsqueda de un consenso colectivo (Merino & Robson, 2006, pág. 62) indican que “las comunidades deben tener autoridad y capacidad para manejar sus recursos como decidan, en lugar de concederle a los gobiernos nacionales el poder para consentir y manejar el conocimiento tradicional en nombre de ellas” de esta manera, se da facultad de consentir el uso de sus conocimientos ancestrales dentro de dichos recursos, ya que son parte fundamental de su subsistencia.

El Consejo Económico y Social (en adelante ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas, asiste a la Asamblea General en promocionar la cooperación y desarrollo económico y social internacional, que dio como resultado un informe final el cual menciona que el consentimiento previo, “abarcaba no sólo un procedimiento que había que elaborar, sino también un derecho relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, y con tratados y derechos de los pueblos indígenas respecto de tierras, territorios y recursos naturales. En los procedimientos relativos al consentimiento libre, previo e informado debería reconocerse el derecho consuetudinario indígena” (ECOSOC, 2005, p. 5).

Es importante destacar las características para la aplicación de este mecanismo, entre las cuales se encuentra la búsqueda de la integración e inclusión social de los pueblos en los que se apliquen proyectos culturalmente apropiados para general una participación amplia y extensa dentro del proceso. Asimismo se requiere la intervención de mecanismos de procedimientos que aseguren y garanticen el libre acceso a la información para las comunidades y de esta forma se logre el perfeccionamiento de los proyectos propuestos, es aquí donde ingresan los Estudios de Impacto Ambiental y en donde se evalúan todos los riesgos así como los beneficios de aplicar un determinado proyecto ambiental.

Lo que se busca es que el Estado vaya más allá de una consulta y se obtenga un consentimiento previo e informado de las comunidades afectadas frente a las decisiones que las afecten directamente. Busca profundizar en la obligación que tiene el Estado de abrir espacios para la participación de las comunidades en la toma de decisiones, a través de mecanismos de la consulta previa informada y que los resultados de esas consultas tengan un carácter vinculante y obligatorio, como Mario Melo señala que el consentimiento previo e informado de las comunidades afectadas consistiría en una licencia social para la viabilidad jurídica o en general, para cualquier decisión que se trate. (Melo, 2004, págs. 1,2)

2.1.2 Componentes de las consulta.

2.1.2.1 La consulta debe ser previa.

Como su propio nombre lo dice el componente previo implica suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y proyectos y para que de esta manera se respete la exigencia cronológica de los procesos de consulta con los pueblos indígenas. (Mackay, 2007, pág. 40)

Se trata de que la consulta sea antes de cualquier plan o proyecto que se pueda dar, de manera que estos no son posibles efectuar sin antes dar por concluido la consulta y el acuerdo se haya perfeccionado.

2.1.2.2 La consulta debe ser libre.

Es decir que no existan engaños ni presiones del exterior, como incentivos monetarios o amenazas. Implica que no existan coerciones, intimidación ni manipulación, lo que significa la ausencia de cualquier amenaza o represarías implícitas frente a la decisión final en el caso que sea negativa, y que no existan incentivos monetarios o de cualquier tipo, a menos que sea como parte de un acuerdo entre las partes mas no como táctica para dividir a la comunidad. (OIT, 2009, p. 66).

Sin embargo los principios no se cumplen a cabalidad, es por ello que para garantizar la obtención de la consulta libre, es necesario promover mecanismos con funciones verificadoras que observen que el resultado de la consulta sea obtenido con los requerimientos establecidos.

2.1.2.3 La consulta debe ser informada.

Esto significa que la información se este disponible y sea total y clara, en la cual se expresan todas las opiniones, informes y los diferentes puntos de vista, de

igual forma que se inclúyalos aportes de los ancianos, las personas que están encargadas de llevar la economía y los miembros de la comunidad que son poseedores de conocimientos tradicionales. Esta información tiene que ser entregada con tiempo y con recursos adecuados para poder considerar los riesgos y beneficios.

La consulta previa, requiere de la participación de las comunidades, en la cual incluye la divulgación plena, legal, y correcta de la información del proyecto o actividades propuesta. De forma que la información sobre la consulta albergue: la naturaleza y el alcance del proyecto, la duración de la actividad, las zonas delimitadas afectadas, la evaluación del impacto económico, social, cultural y ambiental, los riesgos posibles así como también las distribución de los beneficios justos y equitativos.

Carrión sostiene que el Estado tiene la obligación de entregar la información completa y oportuna, tanto de las medidas administrativas, como de las legislativas que se pretendan adoptar y, en caso de ser necesario, brindar asesoría técnica o información adicional a los sujetos consultados que la requieran. (Carrión, 2012, p. 29)

La disponibilidad de la información relevante deberá reflejar todas la opiniones y puntos de vista de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, para que sea una información completa, ecuánime y equilibrada que revele los riesgos y beneficios viables, esta información también debe ser precisa, clara, accesible y comprensibles, debe ser realizado en el idioma propio de la comunidad.

2.1.2.4 La consulta debe ser oportuna.

La consulta no solo procede cuando hay peligro inminente, sino cuando se presenta algún tipo de impacto o lesión ambiental como resultado de la actividad de las autoridades públicas o empresas privadas, cuando existen indicios de afectaciones a la comunidad o al ambiente, o cuando ya se

ocasionó y se evidencia el impacto ambiental. La oportunidad con la que debe realizarse es desde el momento mismo que nace el riesgo y cuando una entidad adopta la decisión de emprender una obra.

2.1.2.5 La buena fe en la consulta.

La buena fe, es un principio universalmente reconocido, aceptado, dentro de la consulta que debe hacerse a los indígenas: Principio concebido como aquel con el cual los gobiernos deben proporcionar toda la información sin omisiones, y que pueda ser comprendida completamente por los pueblos indígenas; esto involucra realizar la consulta a los legítimos representantes de las comunidades afectadas, siendo así con las organizaciones e instituciones genuinamente representadas y autorizadas para tomar decisiones o hablar en nombre de aquellos. Estos requerimientos imponen a los gobiernos identificar y verificar que estas organizaciones e instituciones cumplan con las exigencias mencionadas antes de iniciar la consulta y con los cuales tiene previsto tratar. Por lo tanto, la buena fe debe ser realizada con amplitud y que no deje duda de las consecuencias del proyecto o medidas propuestas que vulneren los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT 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 acerca de las medidas propuestas”. Lo que este artículo refiere es fundamental ya que determina que para “lograr el consentimiento de la comunidad” es primordial, ya que para la aplicación del convenio 169 es necesario que este tutelado por el principio de buena fe, por tanto está dirigido a la protección de los derechos de las comunidades para que la decisión de los consultado sea respetada o sirva de cimiento para una negociación acerca de lo que se pretende implementar” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 6).

2.2 Finalidad de la consulta previa.

El derecho a la consulta previa, libre e informada surge ante el acoso de las empresas extractivas sobre los territorios indígenas y sus recursos. En la actualidad este es un derecho fundamental, el cual sirve como garantía para poder ejercitar tanto el derecho al territorio como el derecho sobre los recursos naturales y así limitar la injerencia de los Estados en el ejercicio de estos derechos.

El Estado ecuatoriano debe entablar un proceso de diálogo con los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, de esta manera asegurar su participación en la creación y funcionamiento de la nueva institucionalidad, en condiciones de igualdad, tomando en cuenta sus formas tradicionales de organización (Relator Especial sobre La Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 2010; en Carrión, p. 23).

Este derecho parte del reconocimiento previo de los derechos sobre los territorios y los recursos, supone una condición irrenunciable ante cualquier intento de limitar el ejercicio de estos derechos o de interferir en su desarrollo. Por lo tanto una de sus finalidades es la de regular y limitar la aplicación por parte de los Estados, del interés público o la necesidad social que se han convertido en un instrumento jurídico y político perfecto para subrogar los derechos de los pueblos indígenas y mantenerlos siempre en un segundo plano al primar el ejercicio de los derechos de la mayoría.

En el Ecuador desde 1998 se reconoce el Derecho de la Consulta Previa, Libre, de buena fe e Informada, con mayor énfasis en el tema de extracción de recursos naturales, ratificado por la Constitución del 2008.

El Estado ecuatoriano reconoce y garantiza los derechos colectivos, a los pueblos indígenas y el consentimiento previo e informado y la participación en los beneficios por la extracción de recursos que se encuentren en sus territorios

ancestrales. Este precepto obliga a las instituciones del Estado a informar a la comunidad y solicitarles criterios cuando la acción pueda afectar al medio ambiente.

Este Derecho busca proteger la integridad social, cultural, y económica para que de esta manera puedan mantener una vida de acuerdo a los principios, tradiciones y creencias de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios del Ecuador. Tiene su razón de ser en el mandato de la Constitución de precautelar los derechos de todas y todos a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación.

La participación ciudadana permite cumplir el objetivo del principio de tutela, que es la obligación del Estado de proteger y garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales contenido en los artículos siguientes de la Constitución de la República del Ecuador que mencionan:

“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 14)

Por lo que Carmen Estrella manifiesta que se trata del reconocimiento subjetivo a cada individuo a gozar de un ambiente sano y un derecho colectivo, que reconoce el interés de todos quienes conviven en un ambiente determinado de la sociedad en su conjunto, considerando que la conservación, modificación, degradación, destrucción, consumo sin reposición del medio ambiente, afecta no solo a las generación actuales sino a las generaciones futuras. (Estrella, 2006, pág. 3)

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, afroecuatorianos y montubios debe ejecutarse relacionándolo con la protección

que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural, económica y ambiental de las comunidades.

A su vez nuestra Constitución menciona:

“5. Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad para lo cual esta será debidamente informada. La ley garantiza su participación” (Asamblea Nacional, 2008)

Pero sin embargo la aplicación de este artículo ha estado marcado constantemente por situaciones de conflictividad con las comunidades y pueblos afectados por las decisiones del Estado que se deberían someter a procesos de consulta, dicha conflictividad ha determinado una respuesta siempre reactiva del Estado provocando soluciones parciales, desordenadas y coyunturales que no dan cuenta de su obligación para garantizar y proteger el ejercicio de este Derecho. (Pólit, 2010)

Berenice Pólit refiere que el Estado siendo el eje contralor está llamado a garantizar un manejo integral de sus recursos, y por su parte las empresas privadas tienen un marco de referencia más preciso para activar sus operaciones, y las comunidades y los sectores ambientalistas disponen de “una consistente política de prevención de impactos”. El propósito de la consulta previa en términos objetivos es el de prevenir o amortiguar la voluntad de las comunidades o poblaciones locales respecto de los efectos de los daños ambientales causados por las actividades o programas que afecten los recursos y el ecosistema de sus tierras. (Pólit, 2010, p. 104).

La Consulta Previa es un mecanismo de participación social, con el cual se debe establecer quiénes van a ser sujetos que van participan en la consulta. La participación de los grupos étnicos es vital, que busca el involucramiento de los grupos sobre quienes recaerá los posibles impactos, ya que son los llamados a aceptar o rechazar la propuesta del proyecto o medida que se pretende implementar, son ellos quienes en el futuro van a convivir con los impactos de

toda índole que se pueden suscitar, tratando de acordar soluciones concretas y restar los impactos negativos que se puedan dar.

El derecho colectivo a un ambiente sano, se reconoce el interés de todos quienes conviven en un medio determinado de la sociedad en su conjunto, considerado que la conservación, modificación, degradación destrucción, enrarecimiento, consumo sin reposición del medio ambiente, afecta no solo a la generación actual sino también a las generaciones futuras.

Constituye un enfoque alternativo en relación a los conflictos que se generan entre las comunidades o poblaciones ubicadas en las áreas de influencia, las entidades ambientalistas, y el sector que realiza la obra pública o las actividades productivas privadas, a efecto de proponer alternativas técnicas de producción y desarrollo sustentable. Se trata de un mecanismo de negociación si, en forma consistente, se pueden identificar a los posibles impactos para evitarlos, y si se respetan íntegramente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios.

Una de las finalidades de Consulta Previa es la aplicación del derecho constitucional de la consulta de los pueblos indígenas establecidos en la Constitución en todo lo referente a la prevención, mitigación, control, y rehabilitación, relacionados con los impactos socio ambientales causados por la realización de las actividades de extracción de recursos naturales no renovables, por lo que la actividad minera causa altos impactos sociales, ambientales y culturales en las diferentes fases de su explotación.

Como Jorge Albán hace referencia a la consulta previa como “un mecanismo eficiente para generar confianza, que se revertirá no solo el mejoramiento de la capacidad de análisis y debate, en el ámbito interno, sino en que los programas del sector tengan mayor credibilidad entre los actores” por lo tanto se trata de un equilibrio, tranquilidad y confiabilidad en el orden normativo, es decir la previsión de la situación jurídica”. (Albán, 2003, pág. 149)

A su vez Guillaume Fontaine dice que la consulta previa representa una gran oportunidad de ordenamiento del caos socio ambiental y económico que se asedia al sector petrolero, que constituye la institucionalidad de una práctica democrática, generadora de acuerdos entre la sociedad y el Estado sobre el alcance y prácticas de la operación petrolera” teniendo en cuenta que el autor habla sobre la operación petrolera, en este caso su cita se vería en la necesidad de abarcar en sí, a toda operación extractiva de recursos naturales, es decir como una oportunidad para el manejo de relaciones entre las comunidades y el Estado. (Fontaine, 2003, pág. 80)

Po lo tanto es un derecho que permite a los pueblos indígenas afroecuatorianos y montubios manifestarse sobre cualquier actividad de extracción de recursos, sobre su actividad, proyecto o programa en este caso minero, en forma tanto positiva como negativa, que se pueda realizar en sus tierras.

El Convenio 169 de la OIT, constituye uno de los mecanismos más importantes para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios. Se establece el derecho fundamental que debe ser garantizado y aplicado por el Estado, el ser consultados, a participar libremente, mediante procedimientos apropiados, así recibir beneficios de las actividades.

Este Convenio se convierte en un instrumento previsto para institucionalizar el diálogo y asegurar procesos de desarrollo incluyentes, prevenir, y resolver conflictos, por lo tanto pretende promover una política basada en el diálogo y en la participación de los gobiernos y los pueblos con el fin de garantizar la efectiva participación de los pueblos indígenas en políticas que afectan su desarrollo: “permite un intercambio genuino entre los gobiernos y los pueblos potencialmente afectados, y que debe durar el tiempo necesario para que exista, la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo sobre mediar la propuesta” (Convenio de la OIT, 1989, p.5).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 establece que el fin del proceso de consulta es la obtención del consentimiento libre, previo e informado:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Organización de las Naciones Unidas, 2007, art19)

Tanto el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas reflejan la finalidad de la consulta que en la protección de la existencia de estos pueblos, además que la consulta previa no es un mero procedimiento, la implementación de este derecho busca llegar a un acuerdo en el cual la participación de las comunidades indígenas, afroecuatorianas, y montubias es vital, de esta forma llegar al “consentimiento” por parte de estas comunidades acerca de las medidas propuestas e interpretar este derecho en conformidad con lo establecido en Convenio 169 de la OIT.

2.3 Procedimiento.

En la legislación de nuestro país no existen instrumentos legales con los cuales se pueda regular específicamente el procedimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas, sin embargo está regulada por varios instrumentos, que permiten de cierta forma normarla: la actual Constitución de la República del Ecuador (2008) en sus artículo 57 y el artículo 398; los tratados internacionales ratificados por nuestro país, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derecho de los Pueblos Indígenas, la Ley de Gestión Ambiental, el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental emitido por el Decreto Ejecutivo 1040 del 22 de abril del 2008, así como también el Instructivo al mismo

Reglamento y a su vez la Sentencia de la Corte Constitucional son estos la base legal para determinar el procedimiento de la Consulta Previa.

La Constitución de 1998 contiene por primera vez los derechos colectivos en la aplicación de temas sobre medio ambiente; los derechos de las minorías étnicas y pueblos ancestrales, y a su vez declara al Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico de esta forma acepta que en el Ecuador conviven diversas cosmovisiones.

Este derecho tiene carácter colectivo, en que actual Constitución de 2008 hace alusión, en el capítulo cuarto sobre los derechos de las comunidades pueblos y nacionalidades:

“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 hallen en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deben realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá de acuerdo la Constitución y la ley.” (Constitución de Ecuador, 2008, art. 57).

Este artículo es fundamental para la protección de las comunidades indígenas y el ejercicio pleno de este derecho ya que habla de un plazo razonable sobre proyectos de prospección y explotación de recursos que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlos, obligando a las instituciones del Estado a informar a la comunidad y de esta forma las comunidades expresen su consentimiento para el emprendimiento de un determinado proyecto.

La Constitución incluso va más allá de la consulta previa, libre e informada sino a su vez en su artículo 398 añade la consulta pre legislativa al establecer:

“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la

consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. (Constitución de Ecuador, 2008, art 398)

La consulta previa implica: informar a las comunidades sobre los proyectos o actividad que se pretende realizar en su territorio, conocer la decisión de los pueblos indígenas y respetar los tiempos de mecanismos para la toma de decisiones por parte de las comunidades, sin embargo como se podrá entender posteriormente en el trascurso de este estudio, no existe una ley específica que regule el derecho la consulta previa y pre legislativo, pero sin embargo la decisión de ejecutar o no el proyecto o medida será adoptada por resolución motivada de acuerdo con la ley. Dejando de lado las decisiones de las comunidades.

Entonces según los artículos anteriores.

La Ley de Gestión Ambiental, expedida por el Congreso Nacional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de Septiembre del 2004, establece las normativas fundamentales para la reglamentación del proceso de consulta previa, la participación de la comunidad y el manejo racional de los recursos naturales, estableciendo los mecanismos de participación social que debe tener dicho proceso y menciona que:

“28. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado(...) en el caso de incumplir con este procedimiento será causal de nulidad de los contratos que se hayan realizado” (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 28).

Esta ley establece los principios y lineamientos de la política ambiental en nuestro país, ratificando el principio y la obligatoriedad del Estado de efectuar la consulta previa; su incumplimiento causaría nulidad del contrato o decisión que se tome. Pero en el caso de la consulta de los pueblos indígenas

afroecuatorianos y montubios, no existe una ley específica que regule este derecho.

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 37 del 16 de julio del 2013, el Pleno de la Asamblea expidió la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería. La ley pretende ceñir los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros al Plan Nacional de Desarrollo, a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la defensa y preservación del medio ambiente y de la participación social, debiéndose respetar el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas. En relación al procedimiento de consulta previa en la presente ley, trata el siguiente artículo:

“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 [...]” (Ley de Minería, 2013, art.90).

La Consulta Previa, se puede desarrollar durante todas las fases de cualquier proyecto que se propone, por lo tanto según la Ley Minera, de esta forma para que se dé a conocer a la comunidad que va hacer afectada o sea interesada. Los proyectos que puedan conllevar peligro ambiental, los estudios de impacto, y las posibles medidas de mitigación, o cualquier medida que puede causar impactos de toda índole en la comunidad, debe contar con el requisito previo de la consulta.

La Ley de Minería establece que la consulta se deberá llevar a cabo en cada una de las fases de la actividad minera es decir: la prospección, exploración, explotación, beneficio, función, refinación, comercialización, y hasta el cierre de las minas, dejando de lado la posibilidad de consultar a la comunidad sobre el acto administrativo de la concesión minera.

La Ley de Minería señala:

“Procesos de Participación y Consulta.- La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley”.(Ley de Minería, 2013, art.89).

Esta Ley se convierte un instrumento jurídico que hace referencia a la consulta de los pueblos indígenas. Pero la obligación del Estado ecuatoriano a que el procediendo de consulta no sea meramente un formalismo sino la obligación que el Estado tiene de alcanzar un consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios.

La consulta previa libre e informada no cuenta con un ordenamiento específico que regule este derecho es por esto que es necesario guiarse por el Convenio 169 de la OIT cuyo objeto brindar un marco legal internacional de protección integral para las comunidades indígenas, brindar un instrumento jurídico transfronterizo y vinculante, que garantice el libre ejercicio de sus derechos humanos colectivos e individuales, con un compromiso de respeto a estos derechos por parte de los gobiernos suscribientes de este documento.

Sin embargo a pesar del reconocimiento en instrumentos internacionales del derecho a la consulta previa, libre, e informada y a pesar de su inclusión en la Constitución ecuatoriana, existen dificultades de orden procesal y político que limitan el ejercicio de este derecho. (Carrión, 2012, p23).

2.3.1 Partes del proceso de consulta.

Bajo el amparo del convenio 169 de la OIT, que determina las partes inmersas en el proceso de consulta, se encuentra el Estado a través de sus dependencias y autoridades competentes; y por otro lado los pueblos o comunidades interesadas.

El Estado es quien tiene la obligación de llevar a cabo el proceso de consulta a los pueblos y comunidades, el Convenio 169 menciona:

“1.Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 2).

“Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”(Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 7).

2.3.2 Sujetos de Consulta.

La Constitución de la República, el artículo 398 garantiza el derecho a las comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubios el derecho fundamental a ser consultados previamente, por lo que en definitiva se trata de preservar la integridad de los pueblos que ocupan esos territorios,

Como se ha señalado anteriormente, la Constitución Política consagra el derecho a la consulta previa para de esta manera proteger el derecho difuso al ambiente y el derecho colectivo de los pueblos indígenas en relación a la explotación de recursos naturales en su territorio. De manera particular los directamente afectados, son quienes deben ser convocados al proceso de consulta, sus criterios constituirían el antecedente indispensable para que la autoridad adopte la decisión.

La explotación de recursos naturales en territorios en los que habitan pueblos y comunidades trae como consecuencia un grave impacto en la alteración del entorno del medio ambiente que incide en el modo de vida de estos pueblos, por lo que en el artículo antes citado expresa la obligatoriedad del Estado a consultar a la comunidad, la Constitución protege los derechos colectivos de todos los habitantes y en especial de los directamente afectados.

El Convenio 169 de la OIT, establece el mecanismo con el cual los pueblos indígenas afroecuatorianos y montubios, pueden participar en el proceso de desarrollo, situación que debe ser promovida por los Estados.

“Las partes que conforman el proceso de consulta; por una parte el Estado mediante sus autoridades competentes, y los pueblos, comunidades, comunas interesadas”(Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 7).

“1.Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art 7).

2.3.3 Participación Ciudadana

La Consulta Previa es un mecanismo de participación social, con el cual se debe establecer quiénes van a ser sujetos que participan en la consulta. La participación de los grupos étnicos es vital, busca el involucramiento de las comunidades sobre quienes recaerá los posibles impactos, ya que son los llamados a aceptar o rechazar la propuesta del proyecto o medida que se pretende implementar, son ellos quienes en el futuro van a convivir con los impactos de toda índole que se pueden suscitar, tratando de concretar soluciones y disminuir los impactos negativos que pueden ocasionar.

Dicha participación debería ser el involucramiento de la sociedad, se trata de la posibilidad que la comunidad participe en la toma de decisiones, que les afecten para poder buscar su propio desarrollo, con la finalidad que el Estado ceda su potestad de decisión y otorgarles la facultad de participar en la

organización de un proyecto que pueda o no afectar a las comunidades indígenas.

Según la Declaración de Viena en 1993 “los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en cuestiones que le conciernen”. (Declaración de Viena, 1993, No.20)

Los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, mediante la participación social de las comunidades y, a su vez, las instituciones que tengan un interés válido, se puedan manifestar tanto de manera positiva como negativa cuando se vaya a adoptar una medida administrativa o legislativa en la ejecución de un proyecto público o privado sobre sus tierras, este pasa a ser el tema de consulta, ya que puede afectar las formas de vida de las comunidades en varios aspectos como: territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, economía, salud y demás que puedan afectar la integridad étnica de las comunidades, a fin de establecer si los intereses de las comunidades serían perjudicados antes de iniciar o consentir cualquier medida para la explotación de los recursos existentes en sus tierras, a miras de proteger, preservar y precautelar los derechos colectivos que invisten los pueblos y nacionalidades.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se adoptó en la Conferencia de Naciones Unidas llevada a cabo en Río de Janeiro, en junio de 1992 el principio 10 de esta Declaración menciona:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. (Declaración de Río, 1992 principio 10).

Según Shelton Dinah, Relator sobre Los Derechos de Los Pueblos Indígenas Comisión Interamericana de Derechos Humanos menciona que “El Derecho a la participación ha sido asociado particularmente con el desarrollo sostenible y el manejo de recursos naturales, llama a los Estados a brindar información al público respecto del estado del ambiente, a permitir a aquellos potencialmente afectados a participar en el proceso de toma de decisiones ambientales, y proveer los medios para remediar el daño ambiental”. (Shelton, 2012, pág. 3)

El derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, es un procedimiento mediante las personas que se consideren vulnerados sus derechos e intereses como resultado de decisiones gubernamentales adoptadas, pueden efectuar sus demandas ante las autoridades competentes, con la finalidad de precautelar sus derechos constitucionalmente reconocidos.

El rol de la participación ciudadana dentro de la sociedad es muy importante ya que por este medio determinado las personas o comunidades manifiestan sus criterios. María Espinosa menciona que “La participación pública en la toma de decisiones ambientales puede ser concebida como una serie de medidas que a través de las cuales los individuos o grupos de ciudadanos pueden participar en la toma de decisiones gubernamentales, en un contexto de formulación, instrumentación y evaluación de la política ambiental”. (Espinoza, 2005, pág. 69)

La Constitución de 2008, se reconoce el derecho del Pueblos Afroecuatoriano, Indígena y Montubio en su artículo 57 numeral 16.

“Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 57).

A decir de Narváez, el Estado tiene la obligación de tutelar jurídicamente el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir que

estos derechos inclusive están sobre la soberanía del Estado y cualquier derecho patrimonial (Narváez, 2012; en Carrión 23).

La consulta previa en el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, este reglamento se constituye como antecedente de la consulta previa por lo que es necesario analizarlo, expedido el 2 de diciembre del 2002 mediante el Decreto Ejecutivo 1215, publicado en el registro oficial número 748 el 19 de diciembre del mismo año.

Este Reglamento señalaba que el objeto del mismo era:

“Establecer un procedimiento uniforme para el sector Hidrocarburíferos en la aplicación del Derecho Constitucional de la consulta a los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos en materia de prevención, mitigación, control y rehabilitación relacionados con los impactos socio ambientales positivos causados por la realización de actividades hidrocarburíferas que se realizan en sus tierras, y la participación de dichos pueblos y comunidades en los procesos relacionados con la consulta previa, la elaboración de los estudios de impacto ambiental, incluidos los planes de relaciones comunitarias” (Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, 2008).

Este Reglamento buscaba aplicar el artículo el 15, numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT.

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, 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 de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. (Organización Internacional del Trabajo, 1989, art. 15).

Según Pólit, esto equivaldría a consultar sobre los peligros y ejecutar medidas de mitigación, compensación o rehabilitación, que, de ser técnicamente y económicamente viables y legalmente procedentes, se incorporarán en las

bases de licitación o en los Estudios de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental incluido el Plan de Relaciones Comunitarias. Esto es, en definitiva, daño y luego remedio, que ha sido la política que se ha aplicado en la realización de actividades mineras e hidrocarburíferas. (Pólit, 2010, p. 113), Es decir este Reglamento se reduce en la práctica a identificar los impactos y delimitar su manejo, sobre una decisión previamente adoptada por el Estado o las empresas privadas, aun cuando no se admita la posibilidad absoluta de veto por parte de las comunidades, la obligación de aquellas es respetar su criterio respecto a la posibilidad de realizar o no actividades hidrocarburíferas.

Actualmente, el Reglamento 1215 ha sido derogado por el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social, establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, expedido mediante Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial 332 el 8 de mayo de 2008.

El Decreto Ejecutivo 1040, regula la aplicación de los arts. 28 y 29 de la ley de Gestión Ambiental, cabe recalcar que este Decreto fue expedido antes de ser aprobada la Constitucional actual.

Se define ciertos criterios con el fin de que tenga una correcta aplicación, con respecto a la participación social en el título preliminar:

“La participación social son los mecanismos para dar a conocer a una comunidad afectada/interesada, los proyectos que puedan conllevar riesgo ambiental, así de cómo sus estudios posibles medidas de mitigación y planes de manejo ambiental”(Decreto Ejecutivo 1040, 2008).

“El objeto principal de este Reglamento es contribuir a garantizar el respeto al derecho colectivo de todo habitante a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación.”(Decreto Ejecutivo 1040, 2008, art. 3).

“Sujetos de Participación Social, Sin perjuicio del derecho colectivo que garantiza a todo habitante la intervención en cualquier procedimiento de participación social, esta se dirigirá prioritariamente a la comunidad dentro del área de influencia directa donde se llevará a cabo la actividad o proyecto que cause impacto ambiental, la misma

que será delimitada previamente por la autoridad competente”.(Decreto Ejecutivo 1040, 2008, art 15).

En cuanto a su finalidad el Reglamento tiene como principales fines los siguientes:

“a. Precisar los mecanismos determinados en la Ley de Gestión Ambiental a ser utilizados en los procedimientos de participación social
b. Permitir a la autoridad pública conocer los criterios de la comunidad en relación a una actividad o proyecto que genere impacto ambiental;
c. Contar con los criterios de la comunidad, como base de la gobernabilidad y desarrollo de la gestión ambiental; y, d. Transparentar las actuaciones y actividades que puedan afectar al ambiente, asegurando a la comunidad el acceso a la información disponible”.(Decreto Ejecutivo 1040, 2008, art. 4).

En dicha área, aplicando los principios de legitimidad y representatividad, en cuanto a las partes participantes para el proceso de participación según el decreto son:

“a. Las autoridades de los gobiernos seccionales, de ser el caso; b. Las autoridades de las juntas parroquiales existentes; c. Las organizaciones indígenas, afroecuatorianos o comunitarias legalmente existentes y debidamente representadas; y, d. Las personas que habiten en el área de influencia directa, donde se llevará a cabo la actividad o proyecto que implique impacto ambiental”.(Decreto Ejecutivo 1040, 2008, art 9).

Según estos artículos podríamos decir que el Reglamento de Participación Social se rige por dos principios tanto de legitimidad como el de representatividad, también establece claramente que la información proporcionada del proyecto se debe responder a características socioculturales, es decir que respondan a criterios como lenguaje acorde a la comunidad y la información sea completa.

Pero la participación social no solo es el mecanismo para dar a conocer a una comunidad los posibles peligros de una proyecto, se trata que la participación social, es decir el involucramiento de la población interesada, en este caso

específico el involucramiento de las comunidades indígenas que son quienes van hacer los afectados directos en la realización de un proyecto.

“Procedimiento para Pueblos Indígenas y Afroecuatorianos.- El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos afro ecuatorianos”(Decreto Ejecutivo 1040, 2008, art. 26).

El Decreto Ejecutivo 1040 no establece ninguna disposición que haga aplicable los alcances de la consulta para Pueblos Indígenas establecidos en la Constitución de la República. Tampoco reconoce la iniciativa por parte de la función ejecutiva o legislativa para reformar dichas disposiciones o crear una ley que regule de forma adecuada las disposiciones sobre consulta a Pueblos Indígenas. (Sánchez, 2011, p. 85).

La consulta previa está considerada dentro del proceso de la actividad gubernamental que realiza el Estado ya que la finalidad es que el gobierno ceda su potestad de decisión al reconocer los derechos ratificados por el Estado en convenios y tratados internacionales y de esta forma otorgarles la facultad de participar en la planificación de un proyecto que pueda o no afectar a las comunidades.

Por esta razón es necesario citar la ley de gestión ambiental, la cual alude:

“Son obligaciones de las instituciones del Estado del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental en el ejercicio de sus atribuciones y en el ámbito de su competencia, las siguientes f) Promover la participación de la comunidad en la formulación de políticas para la protección del medio ambiente y manejo racional de los recursos naturales”. (Ley de Gestión Ambiental, 2004, art. 12).

Sin dejar de lado el artículo 28 citado anteriormente, estableciendo así las normativas fundamentales para la reglamentación del proceso de consulta y participación de los recursos naturales.

Desde la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Minería podría ser el único instrumento jurídico con jerarquía de ley, el cual hace referencia a la Consulta a los pueblos indígenas, así como también menciona sus características y fines.

“Derecho a la información, participación y consulta.- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada.

“Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero. En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial. Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras”. (Ley de Minería, 2013, art.87)

“La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley”. (Ley de Minería, 2013, art.87)

La Ley Minera, no ampara la obligación que el Estado tiene de alcanzar el consentimiento libre e informado como menciona el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, como derecho de las comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubias tienen. El derecho a la participación no solo debe restringirse a que las comunidades sean consultadas sobre proyectos y aceptar sus recomendaciones, sino se trata de una participación en la cual las comunidades indígenas posean las capacidad de tomar decisiones, e incluso de oponerse al proyecto, cuando este se considere que pueda originar un impacto negativo en la comunidad y sobre todo en su cultura, es decir cuando el costo sea mayor que el beneficio, no solamente para las comunidades sino también para la naturaleza y para quienes necesitamos de ella, de esta forma

se garantiza lo determinado el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, pero lamentablemente aún no existe una ley específica que pueda regular el procedimiento de consulta previa, libre e informada.

CAPÍTULO III

3 La Eficacia de la Consulta Previa, Análisis de Jurisprudencias.

3.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

El pueblo Saramaka es descendiente de esclavos africanos, que se caracterizaron por ser afrodescendientes que llegaron a Surinam durante la colonización. Los gobiernos de Surinam han permitido sin el derecho a consulta previa la autorización y explotación de recursos y a su vez el fácil acceso de las empresas extractivas mineras y madereras.

Por esta razón la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó el 23 de junio de 2006, una demanda ante la Corte en contra del Estado de Surinam, esta demanda se encuentra amparada en los artículos 50¹ y 61² de la Convención Americana de Derechos Humanos. La demanda se originó por la denuncia que fue presentada por la Asociación de Autoridades Saramaka y nombre del pueblo Saramaka en general, esta denuncia fue remitida a la Secretaria de la Comisión.

La demanda somete a jurisdicción de la Corte las violaciones que el Estado de Surinam había cometido contra el pueblo Saramaka, la comisión mencionó que el Estado no ha adoptado las medidas efectivas para reconocimiento del derecho al uso y goce del territorio que han habitado el pueblo de Saramaka tradicionalmente; que el Estado presuntamente vulneró el derecho a la protección judicial del pueblo Saramaka por no haberles brindado acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos, particularmente el

¹ De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado (...).

² Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones, y finalmente que el Estado no ha adoptado disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar los derechos de los Saramaka. (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2008)

Esta es la razón por la cual la Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad del Estado por la violación sobre el derecho a la propiedad sus territorios que han sido habitados tradicionalmente y han sido ocupados por el pueblo Saramaka que son quienes tienen privilegio sobre la tierra que han ocupado y continúan en ella.

Este reconocimiento a la propiedad se lo realizó pensando precisamente en la personalidad y reconocimiento jurídico de las comunidades y nacionalidades indígenas, y el artículo 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. A su vez la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado la adopción de medidas para reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

El Estado presentó la contestación a la demanda, fundamentándose en que “no es responsable por la violación del derecho de propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, puesto que el Estado reconoce a la comunidad Saramaka ha ocupado y usado tradicionalmente; que no ha quebrantado el derecho a la protección judicial ya que la legislación de Surinam dispone de recursos legales efectivos, y el Estado ha cumplido con sus obligaciones conforme a los artículos 1 y 2 de la Convención” (CIDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 185, párr. 5).

En resumen la Corte entre los puntos resolutivos por unanimidad declara que:

“(1) El Estado vulneró, derecho de propiedad, del artículo 21 mencionado anteriormente, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho.

(2) Que el Estado violó en perjuicio del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la CADM. El derecho a la propiedad establecidos en el artículo 21; el derecho a la protección judicial contenido en el artículo 25 de la misma y finalmente las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno estos derechos, en de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. (3) En último lugar que el Estado violó el artículo 21 en relación a la obligación del Estado a respetar y garantizar este derecho”.(CIDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 185, párr. 214).

De esta manera demostrada las obligaciones que tiene el Estado a favor del pueblo Saramaka para la efectiva aplicación, respeto y ser garante de derechos a la propiedad, protección judicial, y el reconocimiento de personalidad para hacer valer y respetar sus derechos.

El tema de participación efectiva en el establecimiento de un mecanismo de consulta con el Pueblo Saramaka, la Corte establece que el Estado tiene el deber y la obligación de consultar a las comunidades indígenas en temas que están relacionados la exploración y extracción de recursos naturales que se encuentren en sus territorios ancestrales, por esta razón la Corte menciona seis puntos significativos con los cuales se debe llevar a cabo el proceso de consulta, para que de esta forma no se transgreda nuevamente estos derechos.

“(a) El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka. (b) El proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran. (c) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o toda índole que sean necesarias con el fin de reconocer, resguardar, responder, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos colectivo del territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado.” (d) El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres”. (e) Asegurar que se ejecuten de acuerdo a las disposiciones legales los estudios de impacto social y ambiental. (f) En relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del

pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que efectúen dentro de su territorio”. (CIDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 185, párr. 194).

La Sentencia de la CIDH, establece la obligación del Estado no solo consultar y garantizar el derechos de la consulta al pueblos Saramaka sino a su vez obtener el consentimiento en los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podría afectar la integridad sus tierras y recursos naturales (CIDH, 2008; en Carrión p. 11).

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado tiene la obligación de consultar al pueblo Saramaka, de buena fe y de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, cuando se trate de decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlos entre los puntos más importantes la Corte resuelve que:

“ (1) El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. (2) El Estado debe otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones”. (3) El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka, [...] sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales. (4) [...] El derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka. (5) El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social [...] e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la

capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka” (CIDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 185, párr. 214).

Por lo tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que existió violación del Derecho a la Propiedad colectiva, pero entendido en el marco del Convenio 169 de la OIT en su artículo 14 que menciona el reconocimiento “a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” la propiedad colectiva se entiende el vínculo que tiene la comunidad con su entorno.

En este sentido la Corte estableció la relación entre el territorio y la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas especiales para su protección señalada que:

“En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención. Los estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en términos del artículo 21 de la Convención leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, 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”(CIDH, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto 2008. Serie C No. 185, párr. 92).

Dicho esto podemos concluir que la Corte no solo puntualiza el vínculo que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas poseen con sus territorios que ha sido reconocido internacionalmente y es primordial comprender los impactos de los proyectos y el derecho a la consulta previa a las comunidades. A su vez permite que se configure el derecho a la consulta y es determinante mencionar que la sentencia permite que se configure el derecho en el cual las comunidades indígenas afroecuatorianas y montubias puedan otorgar o a su vez abstenerse de conceder su consentimiento previo, libre e informado, respecto a los planes o proyectos de desarrollo o de inversión en el cual estos

puedan afectar su territorio, y a de igual manera puedan las comunidades compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka.

La Sentencia de la Corte es fundamental ya que puede ser utilizada como base para determinados caso que han ocurrido y actualmente estas ocurriendo en nuestro país, es fundamental hacer valer y garantizar los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades, indígenas, afroecuatorianas y montubias con el fin de hacer prevalecer los derechos humano y la estrecha relación y posesión que guardan su entorno.

3.2 Sentencia de la Corte Constitucional 001-10-SIN-CC.

Según Carrión el Ecuador a partir del año 2000 abrió las puertas a la extracción minera como una de las actividades económicas importantes para el desarrollo del Estado, que a su vez ha generado graves conflictos, en especial por la oposición de las comunidades a los proyectos mineros, por amenazar o vulnerar sus derechos humanos y colectivos, entre ellos el derecho a la consulta previa libre e informada. (Carrión, 2013, p 50)

La actual Constitución del Ecuador en su primer artículo determina el carácter constitucional del Estado ecuatoriano mientras que en su artículo 11 inciso 3 determina lo siguiente:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]” (Constitución de Ecuador, 2008, art. 11).

Es decir que los derechos son completamente justiciables es decir que cualquier persona podrá demandar al Estado para el efectivo cumplimiento de los derechos contenidos en la Constitución, y a su vez no existirán condiciones ni requisitos que no estén incluidas en la misma Constitución para demandar su cumplimiento.

A su vez nuestra Constitución como ya mencionamos anteriormente pero es necesario citar de nuevo el Artículo 57, numeral 17 de la Constitución establece:

“El derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (Constitución de Ecuador, 2008, art. 57).

Es por esta razón y amparados en este artículo que la CONAIE y comunidades del Azuay apoyada en la Norma Constitucional, sobre el derecho que tienen las comunidades en que “las medidas legislativas deber ser sometidas a consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas” y a su vez “ordena realizar consultas pre legislativas en temas que afecten a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”.

La CONAIE interpuso la demanda ante la Corte Constitucional y requirió que la Ley de Minería aprobada por la Asamblea Nacional en el año 2009 sea sometida a dicho proceso, sin embargo no tuvo efecto alguno ya que de igual forma esta ley fue aprobada haciendo caso omiso a este pedido.

Esta demanda se encuentra amparada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que establece “consultar a los pueblos afectados, mediante procedimientos y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se efectúen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169, 1989,art. 6).

De igual forma la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas también alude la consulta prelegislativa mencionando que:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art 19).

Existen otras normas vigentes en nuestro país que refieren al derecho de consulta prelegislativa; como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) aprobado el 11 agosto 2010 en segundo debate en el Pleno de la Asamblea Nacional, el cual no incluye mecanismos y procedimientos por lo tanto pasaría a ser un vacío legal el cual limita el ejercicio de este derecho, el cual menciona:

“Consulta prelegislativa.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y los convenios internacionales reconocidos por el Ecuador, deberán establecer un proceso de consulta prelegislativa respecto de aquellas normas que directa y objetivamente pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales [...]”. (COOTAD, 2010, art. 325).

La Corte Constitucional el 18 de marzo de 2010, después de un año de que la CONAIE y comunidades del Azuay presentarán su demanda por inconstitucionalidad de la Ley de Minería, dicta la Sentencia 001-10-SIN-CC que decidió desechar la demanda y declarar la constitucionalidad de la Ley, pero “argumenta la forma en la cual la consulta previa debería realizarse sin mencionar ningún tipo de esquema internacional”.

A pesar de que en Sentencia la Corte argumenta el carácter en que se debe realizar la consulta previa en nuestro país no se llevó ningún tipo de consulta a los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, para la aprobación de la Ley de Minería, aun cuando la Constitución en su Artículo 57 lo dispone, de esta forma, por lo tanto la Ley en mención debió ser declarada inconstitucional. Entre los puntos más importantes los demandantes solicitaron de manera concreta mencionan que las normas constitucionalmente vulneradas por la Ley de Minería son los artículos: “11, numeral 2; 57, numerales 4, 7, 8, 11, 17; 66, numerales 4, 22, 26; 133, 316, 326, 408 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador”. (Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010, p9).

La Ley de Minería, adicionalmente, atenta normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales:

“artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); adicionalmente, los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2, numeral 1 del pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.”(Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010 p.5).

Como señalamos anteriormente el artículo 57 de nuestra Constitución establece como requisito procedimental para la adopción de una ley el ser consultados, la Ley Minera atenta contra el Derecho a la consulta previa y pre legislativa que garantiza a las nacionalidades indígenas; la Ley Minera transgrede los derechos colectivos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, por las actividades mineras concesionadas y las que se pueden concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios.

A su vez puesto que no se llevó ningún tipo de consulta pre legislativa estaría también atentando con el Convenio 169 art. 6 respectivamente y de igual modo contra la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en contra de su artículo 19.

Pero a pesar de que nuestra Constitución, los Convenios y Tratados internacionales la Sentencia 001-10-SIN- CC entre lo principal la Corte declara lo siguiente:

“(1) Desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería por la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería.
(2) a. son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas, y montubias. b.Toda

actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades, afroecuatorianos y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de la consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley”. (Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010, p59).

En Sentencia la Corte reconoce que la consulta prelegislativa, al ser un derecho constitucional a favor de las nacionalidades, debe ser observada antes de la aprobación de una ley que afecta los derechos indígenas, sin embargo no fue efectuado, pero la Corte sostiene que:

“En circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos [...]” (Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010, p 31).

A pesar de este reconocimiento por parte de la Corte no hubo un proceso de consulta pre legislativa para la aprobación de la Ley de Minería, pero argumenta que la falta de este procedimiento se produjo por la transición del régimen constitucional y a su vez por falta de legislación que regule los procesos de consulta, y valida como mecanismos de información y participación los oficios enviados por el Ministerio de Minas y Petróleo a organizaciones sociales, oficios enviados por la Comisión Legislativa, y la Corte en su Sentencia reconoce expresamente que “esos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta pre legislativa”. (Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010, p38).

La Corte en su Sentencia en su primero numeral declara la falta de cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma. Los derechos fundamentales deben ser garantizados en toda circunstancia. La Corte reconoce que los derechos son de directa e inmediata aplicación y de acuerdo al artículo 11 numeral 3 de la Constitución:

“[...] No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. (Constitución de Ecuador, 2008, art11)

La Corte Constitucional en su Sentencia emite normas de carácter general y de aplicación inmediata para la aplicación del derecho de consulta, la Corte establece las reglas y procedimientos, cuando menciona que “hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos mínimos que deben cumplir se para los casos que requiera consulta prelegislativa” (Corte Constitucional, Sentencia 001-10-SIN-CC del 18 de marzo de 2010), p39).

Pero la corte se esta forma se estaría atribuyendo inconstitucionalmente facultades inherentes del poder legislativo y por lo tanto la Corte Constitucional comete el mismo error de la Asamblea Constituyente al expedir una Ley sin consulta prelegislativa.

Cabe mencionar que el procedimiento que describe la Corte en su Sentencia es única y exclusivamente a la consulta pre legislativa en el cual manifiesta que; la consulta pre legislativa deberá ser realizada por la Asamblea Nacional, dentro del proceso de expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente pueda ser afectado pero este procedimiento no menciona sobre los proyectos, programas o políticas que puedan violentar los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, por tanto la Sentencia de la Corte tampoco fue abordada en su entera dimensión.

El Pleno de la Asamblea Nacional, con 105 votos afirmativos, 14 negativos y 14 abstenciones, aprobó en segundo debate el proyecto de reformas de la Ley de Minería (Casinelli, 2013), la Confederación Kichwa del Ecuador ECUARUNARI, pidió que se haga valer la sentencia emitida en el año 2010 mencionada anteriormente, fundamentándose en que la reforma aprobada no cumplió el mandato constitucional de la consulta pre legislativa.

Según Carlos Pérez Guartambel, presidente de la ECUARUNARI menciona que: “la reforma contradice lo dispuesto mediante una Sentencia del propio Tribunal Constitucional, que declaraba una constitucionalidad condicionada de la Ley de Minería aprobada en el año 2007 no fue consultada a las comunidades indígenas, y que según la demanda presentada, contenía disposiciones expresas que no se han cumplido por parte del Ejecutivo y de la Asamblea Nacional a la hora de aprobar la reforma. En esencia, menciona Prez, lo que se pide es que la Corte ejecute la sentencia del 2010 porque se han vulnerado derechos colectivos que están amparados en la Constitución y en instrumentos internacionales”. (El Hoy, 2013)

De otro modo la Ley Orgánica Reformatoria a Ley de Minería del 2007 incluye el derecho a la información, participación y consulta. En su artículo 72 y establece que:

Como establece nuestra Constitución los instrumentos internacionales ocupan un lugar privilegiado en la pirámide jurídica conforme al artículo 424 de la Constitución que disponen que los tratados internacionales de derechos humano humanos ratificados por nuestro país y que reconozcan derechos más favorables a los ya contenidos en la Constitución, predominarán sobre cualquier otra norma jurídica del acto o poder público” (Constitución de Ecuador, 2008. Art. 72).

Por lo tanto este precepto constitucional da un lugar favorable a la eficacia y exigibilidad del derecho a la consulta previa, que va más allá de la consulta previa libre e informada garantizada por la Constitución del 2008, ya que los tratados internacionales albergan el contenido concreto del derecho a la consulta previa y prevalecen en la protección de los derechos humanos.

Con la mención de estos artículos podemos concluir que el Estado ecuatoriano reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar activamente en la administración y uso de sus recursos ubicados en su territorio y el derechos de ser consultados en relación a la actividad de exploración o explotación de los mismos por pertenecer al Estado la propiedad de los recursos del subsuelo.

La ley no puede limitar el contenido de los Derechos Humanos constituidos en la Constitución y en los Convenios Internacionales, por lo tanto, cualquier Ley que apruebe la Asamblea Nacional tendrá que tomar en consideración todas las características de la consulta previa, libre e informada y la consulta prelegislativa. Pero como podemos evidenciar no se cumple a cabalidad, violentando los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

Carrión concluye que la Sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente jurídico importante, ya que analiza y puntualiza el significado de la consulta prelegislativa a su vez también señala que en Sentencia se reconoce que esta consulta no es un mero procedimiento formal, sino un derecho constitucional de carácter colectivo que es parte de los elementos indispensables para la aprobación de las leyes que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativas que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de los pueblos. (Carrión, 2012, p51).

La sentencia establece los parámetros para realizar la consulta prelegislativa, dejando de lado la obligación de consultar medidas administrativas, tampoco garantiza el espíritu que la consulta previa tiene en los instrumentos internacionales de alcanzar el consentimiento de los pueblos.

La sentencia a su vez estableció que se establezca por acto administrativo el procedimiento de la consulta pre legislativa por esta razón se aprobó un Instrumento para la aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional. Este instrumento recoge las disposiciones de la Sentencia de la Corte que refiere al contenido mínimo de la consulta.

Cabe recalcar que el contenido mínimo de la consulta previa y prelegislativa, debe cumplir las disposiciones constitucionales y las discusiones establecidas en instrumentos internacionales, por lo tanto no es suficiente el contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional para regular este derecho.

Por lo que Carrión menciona que este Instrumento si bien es cierto regula el proceso de la consulta prelegislativa pero no cumple a cabalidad las disposiciones y principios del Convenio 169 de la OIT así como también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tampoco se verifica el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, en especial el principio de reserva legal, que obliga a regular exclusivamente por medio de ley, los derechos constitucionalmente reconocidos. (Carrión, 2012, p.39).

En conclusión la Ley de Minería fue adoptada v atentando en contra el artículo 57 de la Constitución y el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, y en contra de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, por lo tanto al no haberse seguido el procedimiento adecuado contenido y ordenado por la Constitución, la Ley de Minería pasaría a ser inconstitucional por la forma y debió ser declarada como tal por la Corte Constitucional.

3.3 Proyecto minero Mirador.

La minería en nuestro país se ha convertido en una actividad económica que se viene desarrollando con mucho interés, Ecuador tiene un potencial minero muy elevado, al igual que la explotación petrolera tuvo en su momento hoy en día la minería es el punto de desarrollo económico del Ecuador. Lo que para las organizaciones, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas incluso ecologistas han cuestionado enérgicamente ya que proponen buscar otras alternativas.

Este proyecto está ubicado en las parroquias de Tundayme y El Guisme, cantón El Pangui, provincia de Zamora Chinchipe. Los cambios propuestos se localizan en el sector de San Marcos, parroquia Tundayme donde se concentrará la operación minera durante los primeros años de vida útil de la mina.

El proyecto Mirador, considerado entre los cinco proyectos estratégicos mineros de nuestro país³, siendo este proyecto el primero en explotación de cobre a gran escala, se evidencia que antes de la fase de explotación no se efectuó un proceso de consulta previa, libre e informada y de buena fe a los pueblos indígenas de la zona.

En este sentido se destaca el reconocimiento del derecho a la consulta libre, previa e informada, contemplado en el Convenio 169 de la OIT, tiene como objeto el de garantizar la participación de los pueblos indígenas en el diseño e implementación de políticas que puedan afectarlos directamente, pero también, el de garantizar su derecho a elegir y controlar sus propias formas de desarrollo (Convenio 169 de la OIT, 1989, art.6).

Según el Estudio de Impacto Ambiental Ampliatorio de Ecuacorriente S.A, se establece que el proceso de difusión de información fue llevado a cabo a través de reuniones informativas, centros informativos y la página web de Ecuacorriente S.A. el Estudio de Impacto Ambiental un documento de carácter técnico y muy extenso que para obtener su comprensión es necesario de análisis y conocimiento sobre el tema, de esta forma ¿Cómo se garantiza al pueblo Shuar obtener el conocimiento del estudio y a su vez las consecuencias del proyecto minero?, igualmente la difusión de información a través de una página web donde el pueblo Shuar no tiene acceso a señal telefónica y peor aún acceso a internet. Por esta razón no se consideran un mecanismo apropiado para el acceso a la información de esta comunidad.

El proyecto Mirador debió ser llevado bajo el amparo de la Constitución ecuatoriana y el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la consulta nunca se llevó a cabo a los pueblos de nacionalidad Shuar que habitan en la zona.

³ Con la firma en marzo del 2012, del “Contrato de Explotación Minera” del Proyecto “Mirador”, entre el consorcio chino CRCC-Tonguag, actuales propietarios de “Ecuacorriente” y el Gobierno Nacional del Presidente Rafael Correa Delgado, se ha manifestado públicamente que se daba inicio a la “minería gran escala” en la República del Ecuador. La declaración se conecta con la perspectiva del consorcio chino de explotar inicialmente 30 000 toneladas diarias de rocas mineralizadas con contenidos bajos de cobre y oro.

Según el Estudio de Impacto Ambiental realizado por Ecuacorriente S.A afirma:

“Se ha puesto especial atención en este Convenio ya que guarda directa relación con las actividades del Proyecto Mirador, y por estar emplazado en un área habitada por pueblos indígenas. De allí que para el desarrollo de las actividades mineras deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Tales medidas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por ellos.” (Ecuacorriente S.A., 2006, pág. 7)

Por lo tanto según el Convenio 169 de la OIT la consulta se tuvo que haber llevado antes de tomar las decisiones para otorgar las concesiones del territorio habitado por poblaciones indígenas, las poblaciones tenían que haber sido consultadas sobre las alcances del proyecto para que de esta forma puedan llegar a un acuerdo.

La Comisión Económica de Derechos Humanos (2010) menciona que la Federación Interprovincial de Centros Shuar (en adelante FICHE) y a la Federación Independiente del Pueblo Shuar en adelante del Ecuador (FIPSE) son los pilares de la organización política de la Nacionalidad Shuar. La Federación Interprovincial de Centros Shuar fue constituida en 1964, y agrupa a alrededor de 120.000 miembros de 490 centros, quienes están ubicados en las provincias de Zamora Chinchipe, Pastaza, Morona Santiago y Napo. (Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), 2010) Mientras que la Federación Independiente del Pueblo Shuar está conformada por 47 centros ubicados en la denominada región del Transcutucú, que abarca las provincias de Morona Santiago, Zamora Chinchipe y Pastaza. (Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), 2010, pág. 30).

El Convenio 169 de la OIT como mencionamos en el anterior en su artículo 6 establece; “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas.” Por lo tanto en cuanto a la representatividad de las organizaciones ya mencionadas tanto la FIPSE como la FICHE mencionadas no fueron llamadas a un proceso

de consulta previa libre e informada, sin embargo la empresa llegó a un acuerdo llamado “memorando de entendimiento” con el cual la empresa Ecuacorriente S.A otorga ciertos privilegios que no se pactó en ningún momento con los representantes legítimos.

La ley claramente establece que el sujeto consultante sea el Estado a través de las autoridades competentes, restringiendo la facultad de las empresa a llevar a cabo las consultas. En cuanto al sujeto consultado, la Constitución busca el consentimiento y de no obtenerlo se procederá “conforme a la Constitución y la ley” por lo que deja a la legislación secundaria el desarrollo del de este derecho, según sea el caso al presentarse dudas sobre el alcance y desarrollo de este derecho puede ser solucionado por el Convenio 169 de la OIT, que no limita la consulta previa.

El proceso de consulta previa que debió ejecutar el proyecto minero Mirador pretende ser desplazado por el Estudio de Impacto Ambiental y no obstante un proceso de información no se equipara al proceso de consulta previa libre e informada “[...] una simple reunión informativa no constituye una consulta real; tampoco una reunión celebrada en un idioma que los pueblos indígenas presentes no comprenden”. (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1989)

En este sentido, y especialmente para el caso de concesiones mineras concedidas a terceros sobre territorios ocupados por pueblos indígenas, podemos citar la misma sentencia del Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que menciona que cuando la concesiones mineras afectan de igual forma a otros recursos naturales necesarios para los pueblos, por lo tanto la consulta debe ser inclusive previa a la concesión por lo que es necesario recurrir a la sentencia del pueblos a favor del Pueblo Saramaka, que establece que el Estado es llamado a consultar al pueblo en conformidad con las costumbre y tradiciones respecto a toda concesión minera dentro de tu territorio.

Frente a que no hubo respuesta alguna por parte del Estado, la comunidad decidió marchar el primero de diciembre del 2006 al campamento de la empresa Ecuacorriente S.A. como protesta y presión al gobierno para que de esta forma su posición sea escuchada, pero estos fueron reprimidos por miembros del Ejército Nacional, lo cual fue denunciado tanto a nivel nacional como internacional.

Paul Cisneros menciona que las protestas por la explotación minera y la fuerte represión de la fuerza pública por las manifestaciones, provocaron que el Presidente Rafael Correa declare estado de emergencia en la región. (Cisneros, 2008, pág. 9) La militarización de la zona tuvo como consecuencia nuevas movilizaciones, pero ahora dirigidas a la ciudad de Quito donde las autoridades frente a esto dieron lugar al llamado "Diálogo Minero", para que de esta forma se dé el espacio para el debate entre: la comunidad, empresas mineras y autoridades estatales.

Este diálogo no consiguió ningún acuerdo y ninguna de las partes quedó satisfecha a sus expectativas, pero esto sirvió para que las autoridades noten el desacuerdo existente por las concesiones mineras y lo primordial se reconoció la ausencia de procesos de consulta previa, libre e informada. Como consecuencia el Estado tomó algunas medidas, otorgando plazos para que las empresas presenten Estudios de Impacto Ambiental y que se lleve a cabo procesos de consulta que no fueron realizados, obviamente esto fue cuestionado por la comunidad y organizaciones que se oponían a la actividad minera quienes consideraban que la falta de estos requisitos eran insubsanables por ser inconstitucionales.

La Asamblea Constituyente posicionada mediante consulta popular el 15 de abril del 2007, con el fin de resolver las tensiones que el "diálogo minero" no pudo resolver emitió el mandato número 6, llamado Mandato Minero el cual menciona:

“Se declara la extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre 2007 o que no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no hayan realizado los procesos de consulta previa [...]” (Mandato Minero, 2007, art. 1).

De esta forma quienes estaban siendo afectados por el proyecto minero mirador, vieron recogidos en este mandato sus aspiraciones, pero sin embargo este mandato no se ejecutó en su totalidad puesto que no se extinguieron concesiones mineras en las que no se llevó a cabo consulta previa a pesar que la norma constitucional establece que la consulta debe ser obligatoria y oportuna.

La ausencia de consulta previa en este proyecto, el escaso proceso de difusión, el rechazo y criminalización a la oposición logro que se evidencien los límites del proyecto de participación que se pretendían que fuesen superados bajo un nuevo marco constitucional y una nueva legislación minera que contemple el derecho a la consulta previa, libre e informada y el derecho a las comunidades a participar en las decisiones relacionadas con la actividad minera que los pueda afectar directamente.

La nueva Constitución de 2008 acarreo consigo la expectativa de un marco constitucional y legal para la consulta previa, libre e informada y el derecho a la participación se efectivice, sin embargo como mencionamos anteriormente la expedición de la Ley Minera sin un proceso de consulta prelegislativa no se ha garantizado un mejor ejercicio del derecho de participación de las comunidades pueblos y nacionalidades.

El proyecto Mirador es clasificado como proyecto estratégico nacional, inicio su fase de explotación sin haber llevado a cabo un proceso de consulta previa lo que evidencia que el derecho de los pueblos ha sido vulnerado y transforma la consulta en un mero requerimiento para emprender un proyecto extractivo, en que su principal objetivo es la obtención de beneficios económicos, sin considerar los derechos de las comunidades indígenas que son afectados por

estas medidas por lo tanto se justifica la extracción de recursos naturales por la noción imperante de desarrollo.

3.4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueblo Indígena Kichwa Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de Junio de 2012.

La comunidad kichwa de Sarayaku que su nombre en español significa “Rio del Maíz”, perteneciente organización a la Coordinación Kichwa de Pastaza (en adelante OPIP). Esta comunidad ubicada en la región Amazónica ecuatoriana, en el área del bosque tropical a 65 km de la ciudad de El Puyo, cuenta aproximadamente de 1200 habitantes.

El pueblo de Sarayaku está fcompuesto por cinco centros poblados: Sarayaku Centro, Cali Cali, Sarayakillo, Shiwacocha y Chontayacu. Estos centros no constituyen comunidades independientes, sino que están adscritos al Pueblo de Sarayaku y en cada uno existen grupos de familias ampliadas o “ayllus”, los que a su vez están divididos en “huasi”, que son las viviendas formada por una pareja y sus descendientes. Los Sarayaku viven de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo a sus costumbres ancestrales. (CIDH, Sentencia de 27 de junio de 2012, caso Pueblo Sarayaku vs. Ecuador párr. 52-54).

En el año 1996 el Esto ecuatoriano concesiono el bloque 23 a favor de la Compañía General de Combustibles (CGC) de Argentina, esta concesión realizada sin que se haya realizado por parte del Estado ecuatoriano ningún tipo de proceso de información previa que afecta aproximadamente el 60% del territorio de los Sarayaku.

En 1996, el Estado Ecuatoriano concesionó el Bloque 23, que afecta un 60% del territorio del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku a favor de la Compañía General de Combustibles (CGC) de Argentina. Esta concesión fue realizada sin que haya precedido por parte del Estado Ecuatoriano ningún proceso de información, consulta o pedido de consentimiento al Pueblo de Sarayaku para

la realización de actividades petroleras en el territorio de su propiedad. (Fundación Pachamama, 2014)

Por esta razón la lucha del Pueblo Originario Kichwa Sarayaku remota a partir del año 1996, con el gobierno en ese entonces precedido por Sixto Duran Ballén, quien sin realizar dichos procesos adjudicó contratos para la exploración y explotación del bloque petrolero 23. Con el gobierno de Lucio Gutiérrez la situación de este pueblo se agrava, ya que con el uso de fuerza militar impidió los intentos de acuerdos entre el Estado y la comunidad indígena. Por esta razón el pueblo Sarayaku se ve forzado a tomar acciones legales para de esta forma detener desmedida acción pública. Agotándose todas las instancias judiciales nacionales y al no obtener ningún resultado por las autoridades estatales se vieron en la necesidad de acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La petición inicial fue presentada ante la Comisión el 19 de diciembre de 2003 por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, el Centro de Derechos Económicos y Sociales y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado y a solicitud de la Comisión, el Tribunal ordenó medidas provisionales a favor del Pueblo Sarayaku y sus miembros.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos dicta su sentencia el 27 de junio de 2012 al gobierno ecuatoriano por la no aplicación del Convenio 169 de la OIT que determina la obligación de los estados a “llevar a cabo procesos de consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas sobre medidas legislativas o administrativas que les pueda afectar cultural, social y ambientalmente”.

Según la Corte, el Estado ecuatoriano es responsable por haber puesto gravemente en peligro los derechos a la vida e integridad de los miembros de

la comunidad Sarayaku, a su vez por la violación de los derechos internacionalmente reconocidos; el derecho a la consulta previa, libre e informada, la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural. (CIDH, 2012)

En resumen la Sentencia de la Corte determina que el Estado ecuatoriano debe neutralizar, desactivar y retirar la pentolita⁴ en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku y a su vez que el Estado debe realizar la consulta al Pueblo Sarayaku de forma efectiva.

Entre los puntos más importantes la Sentencia de la CIDH resuelve que:

“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 [...]” (CIDH, Sentencia de 27 de junio de 2012, caso Pueblo Sarayaku vs. Ecuador).

“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 [...]”(CIDH, Sentencia de 27 de junio de 2012, caso Pueblo Sarayaku vs. Ecuador párrafos 52-54).

Por lo tanto se establece el reconocimiento del derecho a la consulta, previa libre e informada a las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, el respeto a mantener su propia identidad cultural. También insiste en la protección del derecho a la propiedad comunitaria puesto que es necesaria para garantizar la integridad física, cultural, social, política y tradiciones que deben ser respetadas por los Estado, guardando estrecha relación con el artículo 21 de la Convención Americana que protege el vínculo que tienen las comunidades indígenas con sus tierras.

⁴ Explosivo resultado de la mezcla entre el TNT y la Pentrita, en proporción 50/50 (% en peso).

El asesor jurídico de la Presidencia de la República, Alexis Mera, anunció que el Gobierno del Ecuador acatará la sentencia a favor de la comunidad Sarayaku dictada por la Corte IDH. Por su lado, la comunidad Sarayaku expresó su satisfacción por la condena emitida por la Corte por la vulneración de sus derechos.

Esta Sentencia es de vital importancia para las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas para que sus derechos sean respetados ya que la sentencia de la Corte sienta precedente jurisprudencial para futuros casos en la explotación de recursos no renovables que se encuentran en zonas vul

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1 Conclusiones

1. El propósito central del derecho a la consulta previa es sin lugar a duda, el llegar a un acuerdo entre el Estado y las comunidades afectadas, pero a su vez se constituye en el límite del actuar de las actividades extractivas.
2. De acuerdo a la investigación realizada del tema, la jurisprudencia y la realidad actual se evidencia que a las comunidades indígenas no se les reconoce un poder de decisión sobre su futuro e imponerse frente a las autoridades estatales, en temas que les puede afectar directamente, decisiones que pueden perjudicar a su cultura y en especial su territorio ancestral, por esta razón es de vital importancia que el Estado ecuatoriano de fiel cumplimiento a lo que dispone el Convenio 169 de la OIT, la Constitución y demás normas jurídicas sobre la consulta previa para una aplicación real y efectiva, a través de un proceso debidamente consultado a las comunidades indígenas, de una ley que ampare su derecho a ser consultados y que su decisión sea debidamente respetada ante medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.
3. Es fundamental la necesidad de mencionar la problemática de la política minera que pone en riesgo a las comunidades indígenas no contactadas, en aislamiento voluntario y comunidades contactadas. La minería es un factor crítico debido a los grandes intereses por parte del Estado y las empresas extractivitas y la desventaja en que se encuentran estas comunidades. Lo primordial es visibilizar la causa que origina esta compleja situación que forma parte de la responsabilidad que el Estado no ha asumido correctamente.

4. Los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades han sido excluidos sistemáticamente por el Estado, con la finalidad de proteger intereses de las empresas y sus contratos de exploración y explotación de recursos naturales. Los llamados grupos minoritarios en nuestro país son los legítimos habitantes naturales en la Amazonia y siendo estas tierras consideradas como sagradas, el Ecuador debe preservar.
5. El contenido esencial del derecho de consulta previa, libre e informada se encuentra regulado en el Convenio 169 de la OIT así como también en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ambas marcan la pauta para que este derecho sea regulado en la normativa de nuestro país, no obstante el Ecuador no ha cumplido de manera adecuada los parámetros mínimos que establecen estos instrumentos internacionales, demostrando en esta investigación una clara discrecionalidad en la aplicación del mismo.
6. La normativa vigente en nuestro país que regula el derecho a la consulta previa y que también se encuentra establecida en varios instrumentos legales es insuficiente y no mantiene coherencia con la Constitución, viola el principio de reserva legal, por lo tanto no refleja el derecho de consulta previa, libre e informada.
7. La consulta constituye un derecho humano exigible y es para todos los ciudadanos un mecanismo de participación social que garantiza el total ejercicio de los derechos colectivos con el cual las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias confrontan proyectos y medidas que puedan afectarlos.
8. En la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Ecuador se demuestra la importancia para que nuestro país cuente con una política clara sobre la consulta previa. La Sentencia de la CIDH es un precedente jurisprudencial para el ejercicio de este

derecho ya que define tanto los objetivos, características y el alcance de la consulta previa y a su vez establece obligaciones al Estado ecuatoriano para la efectiva aplicación de este derecho, puesto que al ser vinculante está obligado a reparar los daños ocasionados, y también implementar las normas necesarias para asegurar el goce de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

9. En la jurisprudencia analizada se puede evidenciar el gran conflictivo socio ambiental y la constante lucha entre el Estado y las comunidades que demuestra que en la práctica del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada en nuestro país; así como en algunos países latinoamericanos, el Estado no cumplen con el deber de consultar. Los Estados deben garantizar el total cumplimiento del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada con la finalidad de recoger el pronunciamiento de las comunidades, ya que tienen amplia legitimidad social.
10. La Corte Constitucional en Sentencia establece las reglas y procedimientos mínimos que deben cumplirse en los casos que se requiera consulta prelegislativa, sin embargo se han expedido reglamentos y decretos y adoptado sentencias que afectan directamente a las comunidades, y fueron aprobadas, expedidas y resueltas sin antes contar con el consentimiento y el procedimiento de consulta a las comunidades, por lo tanto se evidencia la falta de armonía entre las realidad y el texto Constitucional.
11. La consulta previa, libre e informada no es un mero procedimiento, debe llevarse a cabo de buena fe, con la finalidad de respetar e incluir los resultados de la decisión tomada por parte de la comunidad, que sea vinculante y sirva de base para los procesos de negociación acerca del proyecto que se desee implantar. Es decir que tenga un significado real y que su finalidad sea la posibilidad de influir positivamente en el

resultado de un proyecto, modificarlo e incluso evitarlo; y de esta forma que garantice la participación. Tanto la consulta previa como la participación ciudadana están interrelacionadas; la participación es un requisito fundamental para que las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias mantengan su identidad cultural y, además, garantiza el derechos de la autodeterminación de los pueblos.

12. La protección a las comunidades indígenas se ve reflejada en instrumentos internacionales que intentan que las llamadas “minorías étnicas” tengan reconocimiento pleno de sus derechos, de esta forma puedan hacerlos efectivos mediante todas las instancias de la justicia nacional y, a su vez, acudir a instancias internacionales para que se dé el efectivo reconocimiento de estos derechos.
13. Para las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de nuestro país, el Derecho a la consulta previa libre e informada es un requisito esencial, un derecho inherente a la libre determinación. Es un elemento fundamental de la capacidad de los pueblos indígenas para ejercitar la soberanía y proteger sus tierras y costumbres, para establecer y participar en procesos que reparen violaciones a sus derechos.
14. El Derecho a la Consulta Previa, es el resultado directo del Derecho a la libre determinación, autodeterminación o autonomía de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Estado plurinacional, y quienes que se sientan sus derechos e intereses vulnerados por la resultado de decisiones gubernamentales, puedan hacer efectivas sus demandas ante las autoridades, con el fin de precautelar sus derechos constitucionalmente reconocidos.

4.2 Recomendaciones

1. Los pueblos indígenas, a partir del avance del reconocimiento del derecho de consulta previa libre e informada, han exigido al Estado la inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, de una ley que regule este derecho de acuerdo a las disposiciones del convenio 169 de la OIT y la declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los pueblos Indígenas. El Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas con el fin de hacer efectivo este derecho en un plazo razonable, para el ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales a su vez modificar aquellas medidas que impidan su libre ejercicio, para esto se debe asegurar la participación de las propias comunidades.
2. La implementación de medidas que estén destinadas a regularizar y delimitar el problema territorial, mediante posesiones de las tierras y el respeto de los derechos de las comunidades asentadas. Este es el punto de partida, ya que los conflictos radican en la presencia de las comunidades, lo cual obliga al Estado y sus entidades a comprender adecuadamente la lógica territorial de los pueblos.
3. El movimiento indígena consiguió una transformación en el significado de la nación, a través de un proceso que se extendió desde el levantamiento de 1990 hasta el reconocimiento constitucional del Estado plurinacional en el 2008, el mismo que declara que nuestro país es un Estado plurinacional, pero este contexto no ha sido desarrollado en la normativa de nuestro país, quedando simplemente como un principio enunciado. El Estado tiene la obligación de desarrollar el principio de Plurinacionalidad tanto en actos administrativos, legislativos y judiciales. Por esta razón, es necesario que el Ecuador cuente con una Corte Constitucional integrada por personas imparciales que estén decididas a aplicar la Constitución.

4. La necesidad que las consulta previa a las comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias cumpla con los parámetros de: previa, libre, informada y de buena fe, garantiza que el objetivo de las consultas sea lograr el consentimiento, es decir obtener un acuerdo claro, convincente y democrático, siguiendo los procedimientos en donde las colectividades indígenas sean las beneficiadas.
5. A nuestro país le falta crear condiciones mínimas que busquen regular la minería de modo que sea sostenible y no solo busque el beneficio económico, sino beneficie a las comunidades afectadas y mas no a las economías privadas y empresas extractivitas. El Ecuador se basa en un modelo de desarrollo del buen vivir, lo que envuelve a la obtención de recursos económicos sin comprometer el patrimonio natural.
6. El carácter de estratégico que nuestro país ha dado a los proyectos mineros a gran escala son considerados como decisivos; con miras a la transición y profundización de la redistribución económica, por lo tanto se evidencia que nuestro país intenta establecer un modelo extractivista, lo cual se constituye en una restricción política y económica que no puede dejar de lado el derecho de participación de las personas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.
7. La necesidad de que el Estado Ecuatoriano busque otras alternativas de desarrollo económico, con la finalidad de ponderar los derechos de las comunidades y los derechos de la naturaleza, provoca que la Corte Constitucional, que es la Institución encargada resolver los conflictos de derecho, atienda las necesidades de los pueblos indígenas aplicando el principio pro Natura y pro Derechos Humanos que forman parte de la Constitución del Ecuador.

8. El Derecho de la consulta previa libre e informada debe ser institucionalizada no por medio de un decreto sino por una Ley que además debe contener las limitaciones respecto al territorio e integridad de los pueblos y nacionalidades indígenas.
9. El Ecuador debe incorporar el pronunciamiento de la CIDH referente al caso Sarayaku, previo a tomar decisiones para evitar que cualquier medida legal pueda afectar los derechos o los territorios de los pueblos, nacionalidad y comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubias.
10. La legislación nacional debe contar con políticas, leyes y reglamentos que guarden armonía con la legislación internacional, especialmente con los convenios y tratados que nuestro país ha ratificado.
11. En los proyectos que no han efectuado el derecho de consulta previa, el Estado debe evaluar los daños a la comunidad y al medio ambiente, e impedir nuevos proyectos que puedan dañar irreversiblemente a las comunidades indígenas que se encuentran en la zona de vulnerabilidad.
12. Que las comunidades, pueblos y nacionalidades que van hacer sujetos de consulta cuenten con asesoría legal y técnica para que conozcan de manera eficaz los pro y los contra de los proyectos que se pretenden realizar.
13. La necesidad que el resultado de la consulta sea vinculante en la toma de decisiones, y a la eficaz aplicación del proceso inicial previo como está establecido.
14. el fortalecimiento de la vigencia de este derecho mediante normas nacionales e internacionales para que de manera obligatoria permita la aplicación del derecho de consulta previa en el sentido de

fortalecer los procesos de consulta y establecer los mecanismos para exigir el cumplimiento y estos estén al alcance de las comunidades ya que en la actualidad se refleja lo contrario, resultan limitados y apartados

Referencias

- Albán, J. (2003). *Petróleo y Desarrollo Sostenible y Consulta Previa, Participación Petrolera*. Quito: FLACSO.
- Andrade, K. (2009). *La Opinión Pública como Mecanismo de la Sociedad Civil para ejercer Influencia en La Agenda Pública de Hidrocarburos en el Ecuador Y Perú, los Casos Itt y Camisea*. Quito: FLACSO.
- Antuash Tsenkush, A. (2009). *La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazónico del Ecuador..* Quito, Ecuador: Tesis de Maestría no Publicada Universidad Simón Bolívar.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitucion Política del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.
- Cabodevilla, M. Á., & Berraondo, M. (2005). *Pueblos No Contactados Ante el Reto de los Derechos Humanos Un Camino de Esperanza para los Tagaeri y Taromenane*. Quito: CICAME.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa, legislación y aplicación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- Casinelli, J. C. (14 de 06 de 2013). *Juan Carlos Casinelli*. Recuperado el 01 de 12 de 2013, de Juan Carlos Casinelli:
<http://www.cassinelli.com.ec/prensa-escrita/item/asamblea-aprobo-con-105-votos-afirmativos-las-reformas-a-la-ley-de-mineria.html>
- Chiodi, F., Zúñiga, M., Amadio, M., & Citarella, L. (1990). La Educación. En F. Chiodi, M. Zúñiga, M. Amadio, & L. Citarella, *La Educación* (pág. 395).
- Chuji, M. (09 de 04 de 2008). *América Latina en Movimiento*. Recuperado el 01 de 11 de 2013, de América Latina en Movimiento:
<http://alainet.org/active/23366&lang=es>
- CIDH (Dirección). (2012). *Audiencia Pública. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Parte 5* [Película].
- Cisneros, P. (2008). *El diálogo minero en el Ecuador: Señales de una nueva relación entre comunidades, empresas extractivas y Estado*. Quito: FLACSO.

- Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU). (2010). *Intervención Minera a Gran Escala y Vulneración de Derechos Humanos Caso Corriente Resources*. Ecuador: CEDHU.
- CONAIE. (2001). *Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la Legislación Nacional e Internacional*. Quito: CONAIE.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). (2006). *Formas de Organización Social Comunitaria o Colectiva*. Quito: Fundación Kawsay-Ecuadorunari.
- Consejo de Administración Legislativa. (2012), Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). *Declaración de Viena*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). *Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. CIDH.
- Dávalos, P. (2003). Plurinacionalidad y poder político en el movimiento indígena ecuatoriano. En P. Dávalos, *Plurinacionalidad y poder político en el movimiento indígena ecuatoriano* (pág. 25). OSAL.
- Ecuacorriente S.A. (2006). *Estudio de Impacto Ambiental Ampliatorio, Proyecto Mirador*. Quito: Terrambiente Consultores Cía. Ltda.
- El Hoy. (11 de 07 de 2013). Otra demanda contra la Ley Minera. *El Hoy*.
- Espinoza, M. (2005). *Reflexiones sobre participación social y gestión ambiental en Ecuador en Participación y Consulta en la Gestión Ambiental*. Quito: FLACSO.
- Estrella, C. (2006). *El Principio de Precaución en Materia Ambiental en la Constitución Política del Ecuador*. Quito: s/e.
- Fontaine, G. (2003). *Petróleo y Desarrollo Sostenible en Ecuador*. Quito: FLACSO.
- Fundación Pachamama. (29 de 03 de 2014). *Fundación Pachamama*. Recuperado el 01 de 04 de 2014, de Sarayaku: un caso emblemático de defensa territorial: <http://pachamama.org.ec/que-hacemos/programa-plurinacionalidad-y-derechos-de-la-naturaleza/sarayaku/#sthash.fyI7AU6H.dpuf>.

- Grueso, L. (2009). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Llasag, R. (2008). *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Mackay, F. (2007). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial*. Estados Unidos: Forest Peoples Programme.
- Martinez, J. (1994). *Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*. Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas.
- Melo, M. (2004). *De la consulta previa informada al consentimiento previo informado: un camino que urge recorrer*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales.
- Merino, L., & Robson, L. (2006). *El manejo de los recursos de uso común: Derechos Indígenas, Desarrollo, un Modelo de Recursos Comunitarios CSMSS*. México: Fundación Ford.
- Ministerio de Ambiente. (2011). *Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní*. Quito: Ministerio de Ambiente.
- Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACNUDH). (2009). *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, El Gran Chaco y La Región Oriental de Paraguay*. New York: Naciones Unidas.
- ONU. (2000). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Naciones Unidas.
- Organización de Estados Americanos. (2012). *Informe de Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales de los pueblos Indígenas*. OEA.
- Organización de las Naciones Unidas. (2009). *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Directrices de Protección para los Pueblos*

- Indígenas en Aislamiento Voluntario y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco*. New York: Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (01 de 01 de 1989). *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Recuperado el 01 de 12 de 2013, de Convenio N° 169: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>
- Pólit, B. (2010). *La Consulta Previa en Materia Ambiental a Los Derechos Colectivos de las Comunidades y Nacionalidades*. Quito: Cevallos.
- Registro Oficial. (2004). *Ley de Gestión Ambiental*. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Registro Oficial. (2009). *Ley de Minería*. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Registro Oficial. (2009). *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. Quito: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Rival, L. (1992). *Huaorani y Petróleo*. Quito: Abya Ayala.
- Rojas, B., Cordero, D., & Figueroa, I. (2009). *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Fundación Pachamama.
- Sarabina, P. (05 de 10 de 2013). *Yasuni ITT*. Recuperado el 01 de 12 de 2013, de Yasuni ITT: <http://prezi.com/zlu0vzbavgru/yasuni-itt/>
- Shelton, D. (2012). *Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial*. IWGIA.
- Shelton, D. (2012). *Relatoría Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Stevehagen, R. (2000). *Indigeius Movements and Politics in Mexico and Latin America*. Quebec: Quebec University Press.
- Stevehagen, R. (2009). Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, la Cuestión de las Minorías. *Insitituto Interamericano de Derechos Humanos Vol.4*, 142.

ANEXOS

ANEXO 1
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam
Sentencia del 28 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

En el *Caso del Pueblo Saramaka*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces⁵:

Sergio García Ramírez, Presidente;
Cecilia Medina Quiroga, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García Sayán, Juez
Leonardo A. Franco, Juez;
Margarette May Macaulay, Jueza, y
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;

presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta;

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención" o "la Convención Americana") y con los artículos 29, 31, 37, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante, "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia.

⁵Por razones de fuerza mayor, el Juez *ad hoc* Alwin Rene Baarh no participó en la deliberación y firma de la presente Sentencia.

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 23 de junio de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") presentó ante la Corte una demanda en contra del Estado de Surinam (en adelante "el Estado" o "Surinam"). Dicha demanda se originó en la denuncia número 12.338 remitida a la Secretaría de la Comisión el 27 de octubre de 2000 por la Asociación de Autoridades Saramaka (en adelante "AAS") y doce capitanes Saramaka en su nombre así como en nombre del pueblo Saramaka que vive en la región superior del Río Surinam. El 2 de marzo de 2006, la Comisión aprobó el informe de admisibilidad y de fondo No. 9/06, en los términos del artículo 50 de la Convención⁶, el cual contiene determinadas recomendaciones para el Estado. El 19 de junio de 2006, la Comisión concluyó que "el asunto no había sido resuelto" y consecuentemente, sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte⁷.

2. La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka - una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de

⁶En el informe, la Comisión concluyó que el Estado era responsable por: la violación al derecho de propiedad establecido en el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio del pueblo Saramaka al no adoptar las medidas efectivas tendientes a reconocer el derecho comunal a las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente, sin perjuicio de otros pueblos indígenas y tribales; el derecho a la protección judicial consagrado

⁷La Comisión designó a Paolo Carozza, Comisionado, y a Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, como delegados, y a Ariel E. Dulitzky, Víctor Madrigal Borloz, Oliver Sobres y Manuela Cuví Rodríguez como asesores legales.

adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 21 (Derecho a la Propiedad) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de varias medidas de reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

4. Los representantes de las presuntas víctimas (en adelante, “los representantes”), a saber, el señor Fergus Mac Kay, del Forest Peoples Programme, el señor David Padilla y la Asociación de Autoridades Saramaka presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), en los términos del artículo 23 del Reglamento. Los representantes solicitaron a la Corte que declarara que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos alegadas por la Comisión, y adicionalmente alegaron que el Estado había violado el artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Persona Jurídica) de la Convención al “no reconocer la personalidad jurídica del pueblo Saramaka”. Adicionalmente, los representantes presentaron hechos y argumentos de derecho adicionales con relación a los supuestos efectos continuos asociados con la construcción de una represa hidroeléctrica en la década de los sesentas que supuestamente inundó territorios tradicionales de los Saramakas. Asimismo, solicitaron la adopción de determinadas medidas de reparación y el reembolso de las costas y gastos incurridos en el procesamiento del caso a nivel interno y a nivel internacional.

5. El Estado presentó el escrito de contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante, “contestación de la demanda”). En dicho escrito, el Estado alegó que “no es responsable por la violación del derecho de propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, porque el Estado reconoce a la comunidad Saramaka [un privilegio sobre la tierra que] ha ocupado y usado tradicionalmente[;] que no ha violado el

derecho a la protección judicial porque la legislación de Surinam dispone de recursos legales efectivos[, y] el Estado [...] ha cumplido con sus obligaciones conforme a los artículos 1 y 2 de la Convención y, por ello, no ha violado dichos artículos”. Asimismo, el en el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del pueblo de Saramaka, al no proveer al pueblo acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, y la falta de cumplimiento por parte del Estado con los artículos 1 y 2 de la Convención al no reconocer y dar efecto a los derechos colectivos del pueblo Saramaka sobre sus tierras y territorios.

Estado presentó las siguientes excepciones preliminares, las cuales la Corte ha dividido en las siguientes categorías: falta de legitimación de los peticionarios originales ante la Comisión; falta de legitimación de los representantes ante la Corte; no agotamiento de recursos internos; duplicidad de procedimientos internacionales, y la falta de “legitimación de la Comisión para presentar el [caso] ante la Corte”. Finalmente, el Estado se refirió a otros alegatos sobre admisibilidad en cuanto a la representación legal de las presuntas víctimas y el rol del señor David Padilla y del señor Hugo Jabini en el presente caso.

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

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 de gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁸.

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica⁹. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, 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.

B.2) Interpretación del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso

92. La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua¹⁰ y Paraguay¹¹, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional

⁸Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni, supra nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.

⁹Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni, supra nota 49, párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párrs. 118-121, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que "la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas"), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que "los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.")

¹⁰Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni, supra nota 49, párrs. 148, 150 y 152-153.

¹¹Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 138-139, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párrs. 122-123.

del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, “Convenio OIT 169”)¹²

93. Como se discutirá seguidamente (*infra* párrs. 97-107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas¹⁴. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”¹⁵. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos¹⁶. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (*supra*, párrs. 80-86)¹⁷.

¹²Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 127-130, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 117.

¹³Surinam ratificó ambos el 28 de marzo de 1977. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 Diciembre 1966, 99U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 23 de marzo de 1976), y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 Diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976).

¹⁴Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”.

¹⁵Artículo 1 común del PIDCP y PIDESC.

¹⁶Cfr. Artículo 29 de la Convención Americana. Cfr. también *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 113-115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del *corpus juris gentium* del derecho internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual).

¹⁷Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 77, párr. 133.

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría"¹⁸.

REPARACIONES

(APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)¹⁹

A) OBLIGACIÓN DE REPARAR

186. Es un principio del Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²⁰. Esa obligación de reparar está regulada en todos los aspectos por el

Derecho Internacional²¹. La Corte ha fundamentado sus decisiones en materia de reparaciones en el artículo 63.1 de la Convención Americana.

187. De conformidad con el criterio establecido y reiterado en la jurisprudencia de la Corte respecto de la naturaleza y el alcance de la obligación de reparar²², así como de las mencionadas consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en los capítulos anteriores, la Corte

¹⁸ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrs. 1 y 3.2.

¹⁹El artículo 63(1) establece que: "[c]uando [la Corte] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

²⁰Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz*, supra nota 50, párr. 156, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, supra nota 50, párr. 131.

²¹Cfr. *Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 44; *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz*, supra nota 50, párr. 165, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, supra nota 50, párr. 131.

²²Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, supra nota 205, párrs. 25-26; *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 43, y *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, supra nota 49, párrs. 76-79. Cfr. también *Caso La Cantuta*, supra nota 179, párrs.200-203, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, supra nota 8, párrs. 414-416.

procederá a analizar los argumentos de las partes relativos a las reparaciones, a fin de ordenar las medidas relevantes para reparar los daños.

B) PARTE LESIONADA

188. El Tribunal ha sostenido, anteriormente, que en los casos contenciosos ante la Corte, la parte interesada debe nombrar individualmente a los beneficiarios de las posibles reparaciones²³. Sin embargo, dado el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka²⁴ y, en especial, la naturaleza colectiva de las reparaciones que se ordenarán en el presente caso, la Corte entiende que no es necesario nombrar individualmente, en este caso, a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada. No obstante, la Corte observa que los miembros del pueblo Saramaka son identificables de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaka, dado que cada uno de los miembros individuales Saramaka pertenece a sólo uno de los doce *lös* de linaje materno en los cuales está organizada la comunidad.

189. Por lo tanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte respecto de los pueblos indígenas y tribales²⁵, la Corte considera como “parte lesionada” en el presente caso a los miembros del pueblo Saramaka quienes, en su carácter de víctimas de las violaciones establecidas en la presente Sentencia (*supra* párrs. 116, 154, 156, 158, 175 y 185), son los beneficiarios de las formas colectivas de reparaciones que fije el Tribunal.

C) MEDIDAS DE REPARACIÓN

190. La Corte procederá a resumir los argumentos de las partes respecto de las reparaciones y luego determinará las medidas a ordenarse a fin de reparar el

²³Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 98, y *Caso Goiburú y otros*, *supra* nota 11, párr. 29. Cfr. también *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasiTingni*, *supra* nota 49, párrs. 162-167.

²⁴El pueblo Saramaka está compuesto por aproximadamente unas 30,000 personas. Dada la escasez de información de censos ciertos acerca de la composición de la comunidad Saramaka, se estima que ésta estcompuesta por entre 25,000 a 34,482 integrantes. El pueblo Saramaka también está disperso a través de la región superior del Río Surinam, en el Distrito Brokopondo, y en otras áreas de Surinam, incluyendo la capital, Paramaribo (*supra* párr. 80).

²⁵Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasiTingni*, *supra* nota 49, párr. 164; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 189, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 204.

daño producido a los integrantes del pueblo Saramaka por las violaciones establecidas en la presente Sentencia.

191. A fin de reparar el daño ocasionado a los Saramakas, la Comisión solicitó, *inter alia*, que la Corte ordene al Estado revocar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho de propiedad del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna, y a través de consultas efectivas y plenamente informadas con dicho pueblo, las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para proteger, a través de mecanismos especiales, el territorio en que este pueblo ejerce su derecho a la propiedad comunal, de conformidad con las prácticas consuetudinarias del uso de la tierra, sin perjuicio a otras comunidades tribales e indígenas; se abstenga de todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con el consentimiento o tolerancia del Estado, afecten el derecho a la propiedad o la integridad del territorio del pueblo Saramaka; reparar el daño ambiental causado por las concesiones madereras otorgadas por el Estado en el territorio tradicionalmente ocupado y usado por el pueblo Saramaka y hacer lo necesario a fin de adoptar, de conformidad con los procedimientos constitucionales de Surinam y las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otra índole que puedan ser necesarias para brindar protección judicial y hacer efectivos los derechos colectivos e individuales del pueblo Saramaka en relación con el territorio que tradicionalmente ha ocupado y utilizado. Asimismo, la Comisión solicitó indemnización pecuniaria por el daño a la propiedad causado como resultado de las violaciones establecidas, agregando que “no se puede pensar la indemnización desde el punto de vista individual, dado que las víctimas son miembros de una comunidad y la Comunidad en si ha sido afectada”.

192. Los representantes solicitaron, de manera similar, que la Corte ordene al Estado, *inter alia*, adoptar las medidas necesarias para delimitar, demarcar y otorgar títulos de las tierras tradicionales y recursos del pueblo Saramaka de acuerdo con su derecho consuetudinario y valores; adoptar o modificar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para

reconocer y asegurar el derecho del pueblo Saramaka a otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento libre, previo e informado para aquellas actividades que afecten sus tierras, terrenos y recursos; ofrecer una disculpa pública oficial al pueblo Saramaka y establecer un fondo de desarrollo con suficiente capital para invertir en salud, educación, gestión de recursos y otros proyectos en el territorio Saramaka, todo determinado e implementado con la participación y el consentimiento informado del pueblo Saramaka. Los representantes, asimismo, solicitaron medidas de reparación pecuniaria por la degradación ambiental y la destrucción de su territorio por parte de los concesionarios madereros, agregando que todo daño material o inmaterial se debería sumar al fondo y ser utilizado para los fines mencionados.

193. El Estado negó toda responsabilidad internacional por los hechos alegados en la demanda y manifestó que los Saramakas no han probado que han sufrido daños materiales o inmateriales o que dichos daños sean atribuibles al Estado. En consecuencia, el Estado solicitó a la Corte desestimar el pedido de los peticionarios de reparación y costas.

C.1) Medidas de Satisfacción y Garantías de No Repetición

194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas:

a) delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la

existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka. El Estado deberá comenzar el proceso de delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional Saramaka dentro del período de tres meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, y deberá completar dicho proceso dentro de los tres años luego de dicha fecha;

b) otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo razonable;

c) eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación dentro de un plazo razonable;

d) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. El Estado debe cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable;

e) asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, y.

f) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable.

195. Además, la Corte considera que la presente Sentencia es una forma *per se* de reparación²⁶ que debería entenderse como una medida de satisfacción que reconoce que el Estado ha violado los derechos de los miembros del pueblo Saramaka establecidos en la presente Sentencia.

²⁶ Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 72; *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz*, *supra* nota 50, párr. 180, y *Caso Zambrano Vélez y otros*, *supra* nota 50, párr. 142.

196. Asimismo, como una medida de satisfacción, el Estado debe realizar lo siguiente:

a) traducir al holandés y publicar el Capítulo VII de la presente Sentencia, sin las correspondientes notas al pie, así como los puntos resolutiveos del número uno al quince, en el Boletín Oficial del Estado y en otro diario masivo de circulación nacional, y

b) financiar dos transmisiones radiales en lengua Saramaka de los contenidos de los párrafos 2, 4, 5, 17, 77, 80-86, 88, 90, 91, 115, 116, 121, 122, 127-129, 146, 150, 154, 156, 172 y 178, sin las correspondientes notas al pie, y de los puntos resolutiveos números uno al quince de la presente Sentencia, en una estación de radio que sea accesible al pueblo Saramaka. Se deberá informar la hora y fecha de dicha transmisión a las víctimas o a sus representantes con suficiente anticipación.

197. El Estado debe publicar las partes relevantes de la presente Sentencia, de conformidad con el párrafo 196(a), al menos una vez en cada publicación en un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. El Estado también deberá llevar a cabo la transmisión radial de las partes relevantes de la presente Sentencia, de conformidad con el párrafo 196(b) de la misma, en un plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia.

C.2) Medidas de Indemnización

198. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material e inmaterial y los supuestos en que corresponde indemnizarlos²⁷. Por lo tanto, a la luz de dicho criterio, la Corte procederá a determinar si estas medidas de

²⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 205, párr. 50; *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párrs. 53 y 57, y *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 49, párr. 43. Cfr. también *Caso La Cantuta*, *supra* nota 179, párrs. 213 y 216, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 8, párrs. 423 y 430.

indemnización pecuniaria deben ser otorgadas en el presente caso y, en caso de ser así, las sumas a fijarse.

C.2.a) Daño Material

199. De acuerdo con la prueba presentada ante este Tribunal, se extrajo una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización (*supra* párr. 153). Además, la prueba del caso indica que las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo Saramaka (*supra* párrs. 150-151). Por estas razones y con fundamento en equidad, la Corte fija, por el daño material directo que estas actividades causaron, la cantidad de US\$ 75.000 (setenta y cinco mil dólares estadounidenses) a favor del pueblo Saramaka. Esta suma deberá agregarse al fondo de desarrollo descrito *infra* (párrs. 201-202).

C.2.b) Daño Inmaterial

200. En el capítulo anterior la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo Saramaka tiene con su territorio (*supra* párrs. 80-85 y 150-151). Asimismo, existe prueba que indica el sufrimiento y la angustia que el pueblo Saramaka ha atravesado como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado durante siglos (*supra* párrs. 64(a), 64(b), 64(c), 64(f), 64(h), 65(a), 65(b) y 65(f)), así como la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho (*supra* párrs. 178-185). Todo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización.

201. Por estas razones, la Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares estadounidenses) a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka. El Estado deberá designar dicha cantidad para el establecimiento de este fondo de desarrollo de conformidad con lo establecido en el párrafo 208 de la presente Sentencia.

202. El Estado deberá crear un comité, compuesto por tres miembros, el cual será responsable de designar cómo se implementarán los proyectos. El Comité de implementación estará compuesto por un representante designado por las víctimas, un representante designado por el Estado y otro representante designado, conjuntamente, por las víctimas y el Estado. El Comité deberá consultar con el pueblo Saramaka antes de que las decisiones se tomen e implementen. Además, los miembros del comité de implementación deberán ser elegidos dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el Estado y los representantes no lleguen a un acuerdo respecto de la composición de los miembros del comité de implementación dentro del plazo establecido de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, la Corte podrá convocar a una reunión para resolver este asunto.

D) COSTAS Y GASTOS

203. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana²⁸.

²⁸ Cfr. *Case Garrido y Baigorria*, *supra* nota 207, párr. 79, y *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*, *supra* nota 49, párr. 212. Cfr. también *Caso La Cantuta*, *supra* nota 179, párr. 243, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, *supra* nota 8, párr. 455.

204. La Corte toma en cuenta que los representantes incurrieron en gastos durante el transcurso de los procedimientos internos e internacionales del presente caso. En consecuencia, los representantes solicitaron que se les reintegre todos los gastos incurridos en la preparación y el procesamiento del caso a nivel interno, así como también ante la Comisión y la Corte. Sin embargo, no buscan ningún tipo de reintegro en concepto de honorarios de los abogados en el presente caso, dado que han renunciado a ese derecho. La Asociación de Autoridades Saramaka solicitó el reembolso de las costas legales y de los gastos incurridos durante el período de 2000 al 2007 por la suma de US\$ 108.770,27. Además, los representantes solicitaron que se les otorgue, en equidad, al *Forest Peoples Programme* la suma de US\$ 30.000 por sus respectivas costas y gastos.

205. El Estado afirmó que no existe justificación alguna para otorgar una compensación

por las costas legales y gastos incurridos en el presente caso. Asimismo, objetó los comprobantes presentados por la Asociación de Autoridades Saramaka y manifestó que las inconsistencias que encontraron en dicha documentación impide que la Corte llegue a una decisión equitativa al respecto.

206. Respecto al pedido de un monto en equidad de US\$ 30.000 (treinta mil dólares estadounidenses) a favor del *Forest Peoples Programme* por las costas legales incurridas en el presente caso, esta Corte considera que una suma, en equidad, de US\$ 15.000,00 (quince mil dólares estadounidenses) es razonable y consistente con los montos fijados por este Tribunal en casos anteriores de características similares y, por lo tanto, ordena al Estado abonar dicha suma directamente al *Forest Peoples Programme*.

207. La Asociación de Autoridades Saramaka, por otro lado, solicitó el reintegro de las costas y gastos incurridos por la suma de US\$ 108.770,27 y, además, presentó comprobantes que presuntamente respaldan dicha solicitud. Este Tribunal analizó dichos comprobantes y ha encontrado varios problemas con

ellos. Por ejemplo, las cantidades establecidas en muchos de los comprobantes no corresponden con la suma reclamada por la Asociación.

Asimismo, muchos de los comprobantes no fueron presentados o se encontraban ilegibles. La relación entre algunos de los comprobantes y el presente caso es también cuestionable. No obstante, la Corte considera que la Asociación ha presentado prueba suficiente para respaldar el reclamo de costas y gastos sustanciales en relación con el procedimiento interno y el internacional. De conformidad con el propio análisis de la Corte de dichos comprobantes, y con base en criterios de equidad y razonabilidad, el Tribunal ordena que el Estado reintegre directamente a la Asociación de Autoridades Saramaka la suma de US\$ 75.000 (setenta y cinco mil dólares estadounidenses).

E) MODALIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN MONETARIAS

208. Dentro de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado deberá designar al menos US\$ 225,000.00 (doscientos veinticinco mil dólares estadounidenses) para el fondo de desarrollo mencionado en los párrafos 199 y 201, y el resto deberá ser designado dentro de tres años, contados a partir de la notificación de esta Sentencia.

209. El pago ordenado en los párrafos 206 y 207 en concepto de reembolso de las costas y gastos incurridos por los representantes deberá realizarse directamente a cada organización dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

210. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares estadounidense o en la cantidad equivalente en moneda de Surinam, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, el día anterior al pago.

211. Los pagos establecidos en la presente Sentencia en concepto de indemnización por el daño material e inmaterial y el reintegro de las costas y gastos no podrán quedar afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros.

212. En el caso que el Estado se atrasara en el establecimiento del fondo de desarrollo, deberá pagarse la cantidad adeudada con sujeción al interés bancario moratorio en Surinam.

213. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad, inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar la ejecución íntegra de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, Surinam deberá presentar ante la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

IX

Puntos Resolutivos

214. Por tanto,

La Corte

Declara,

por unanimidad, que:

1. El Estado violó, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los

artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 78 a 158 de esta Sentencia.

2. El Estado violó en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma, así como en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 159 a 175 de esta Sentencia.

3. El Estado violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad reconocidas en los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 176 a 185 de esta Sentencia.

Y Decide:

por unanimidad, que:

4. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, en los términos del párrafo 195 de la misma.

5. El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka,

Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194(a) de esta Sentencia.

6. El Estado debe otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones, en los términos de los párrafos 174 y 194(b) de esta Sentencia.

7. El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales, en los términos de los párrafos 97 a 116 y 194(c) de esta Sentencia.

8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que

sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir,

razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia.

9. El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e) de esta Sentencia.

10. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal, en los términos de los párrafos 177 a 185 y 194(f) de esta Sentencia.

11. El Estado debe traducir al holandés y publicar el Capítulo VII de la presente Sentencia, sin las correspondientes notas al pie, así como los puntos resolutiveos del número uno al quince, en el Boletín Oficial del Estado y en otro diario masivo de circulación nacional, en los términos de los párrafos 196(a) y 197 de esta Sentencia.

12. El Estado debe financiar dos transmisiones radiales en lengua Saramaka de los contenidos de los párrafos 2, 4, 5, 17, 77, 80-86, 88, 90, 91, 115, 116, 121, 122, 127-129, 146, 150, 154, 156, 172 y 178, sin las correspondientes notas al pie, y de los puntos resolutivos números uno al quince de la presente Sentencia, en una estación de radio que sea accesible al pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 196(b) y 197 de este Fallo.

13. El Estado debe asignar las cantidades fijadas en esta Sentencia como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su propio territorio tradicional, en los términos de los párrafos 199, 201, 202, 208 y 210 a 212 de este Fallo.

14. El Estado debe efectuar el pago por concepto de reintegro de costas y gastos, en los términos de los párrafos 206, 207 y 209 a 211 de esta Sentencia.

15. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para la cumplir con la misma.

Redactado en inglés y español, el texto en inglés siendo el auténtico, en San José, Costa Rica, el 28 de noviembre de 2007.

Sergio García Ramírez
Presidente

Cecilia Medina Quiroga
Robles

Manuel E. Ventura

Diego García Sayán

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay
Blondet

Rhadys Abreu

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Adaptado: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

(P.P. 1-2, 28-29, 58-67)

ANEXO 2



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Quito, D. M., 18 de marzo del 2010

SENTENCIA N. ° 001-10-SIN-CC

CASOS N. ° 0008-09-IN Y 0011-09-IN
(ACUMULADOS)

JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE: Dr. PATRICIO PAZMIÑO
FREIRE

JUECES CONSTITUCIONALES ADHERENTES: Dr. EDGAR
ZÁRATE ZÁRATE Y Dr. ROBERTO BHRUNIS LEMARIE

LA CORTE CONSTITUCIONAL para el periodo de transición:

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Las presentes acciones de inconstitucionalidad fueron interpuestas ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 17 y 31 de marzo del 2009, respectivamente.

De conformidad con el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, dentro del caso No. 0008-09-IN, el Secretario General certificó que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada.

En providencia del 22 de abril del 2009, la Corte Constitucional avoca conocimiento de la causa N. ° 0008-09-IN y admite a trámite la acción, disponiendo que se proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de la misma.

cc

Casos Nos. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados)

1

El 30 de abril del 2009 se efectuó el sorteo correspondiente, de conformidad con lo prescrito en los 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, según consta a fojas 47 del expediente, en donde el presente caso signado con el N. ° 0008-09-IN, correspondió actuar a la Dra. Nina Pacari Vega como Jueza Sustanciadora.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante auto del 06 de mayo del 2009, avoca conocimiento de la causa N.º 0011-09-IN y admite a trámite dicha acción (de fs. 1424), disponiendo la acumulación a la causa N.º 0008-09-IN en virtud de la identidad de sujeto pasivo, objeto y de acción de las mismas, indicando que se remita el expediente a la Segunda Sala, que es la que previno el conocimiento de la causa mediante el sorteo correspondiente.

Mediante auto del 06 de mayo del 2009, la Segunda Sala avoca conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, disponiendo que se cite con el contenido de este auto al señor Presidente de la comisión Legislativa y Fiscalización, al señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador y al señor Procurador General del Estado, para que en el término de quince días emitan sus criterios sobre el contenido de la demanda; y de igual manera, que se remita al Registro Oficial un extracto de la demanda para su publicación, a fin de que en el término de quince días cualquier ciudadano emita su opinión respecto a la inconstitucionalidad de la Ley de Minería a la Corte Constitucional.

De la Solicitud y sus argumentos

Los legitimados activos: Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, conforme consta en el nombramiento que en copias certificadas adjunta; Carlos Pérez Guartambel, en su calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay fundamentados en los artículos 436 numeral segundo y 84 de la Constitución de la República del Ecuador, presentan esta acción.

El legitimado activo, Marlon René Santi Gualinga, comerciante manifestando:



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

“Las autoridades que expidieron y sancionaron la norma impugnada son: la COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL, cuyo representante legal es su Presidente, Arquitecto FERNANDO CORDERO CUEVA y el Presidente Constitucional de la República, Economista RAFAEL CORREA DELGADO. El cuerpo normativo impugnado por la forma es la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009; y por el fondo los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316.

Las normas constitucionales supuestamente violadas por la Ley de Minería son los artículos: 11, numeral 2; 57, numerales 4, 7, 8, 11, 17; 66, numerales 4, 22, 26; 133, 316, 326, 408 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador. La mencionada Ley de Minería, adicionalmente, atenta normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); adicionalmente, los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2, numeral 1 del pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, la antes mentada Ley Minera es violatoria del Derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas; la Ley Minera afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; la Ley en cuestión atenta contra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, atenta contra el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal.

Adicionalmente, existe violación al principio de división y jerarquía de las leyes en la especie; la Disposición Final Segunda de la Ley Minera es inconstitucional y arbitraria, puesto que manifiesta que las normas de la Ley

cc



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución; que la Ley Minera vigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera.

En la Ley Minera se consagra la “libertad de prospección”, por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en el territorio de las nacionalidades indígenas para realizar las actividades de prospección.

En el Ecuador, las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con los pueblos Sionas, Secoyas y Cofanes, afectados por la explotación petrolera, tras el paso, por treinta años, de compañías nacionales y extranjeras, cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco). No se conocen casos de una empresa minera o petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena, que lo haya inhabilitado para su finalidad.

Con la Constitución del 2008, el Estado ecuatoriano fue declarado como “estado constitucional de derechos y justicia”, por lo que sus preceptos constituyen normas jurídicas vinculantes del más alto nivel jerárquico, y obliga a los órganos del Estado a respetar sus preceptos, incluida la función legislativa. Esta obligación del legislativo de respeto a la Constitución se encuentra expresamente recogida en el artículo 84 de su texto.

En la perspectiva de los pueblos indígenas, lo esencial es esa conjunción que abarca no solo la integralidad de su territorio, sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 de la OIT califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro, por lo que no es concebible la posibilidad del pago de una indemnización por la constitución de servidumbres a una nacionalidad indígena, cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio.

La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la indivisibilidad; la segunda razón de inconstitucionalidad es porque varios artículos de la Ley de Minería permiten que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son “inalienables” e “inembargables”. Aquello permite el

desplazamiento forzado de las nacionalidades indígenas de sus territorios sin seguir el procedimiento excepcional señalado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, el conocimiento informado previo. Que estas normas han sido hechas bajo el supuesto occidental de intercambio comercial de bienes, lógica que no comparten las comunidades indígenas, cuyo territorio es irremplazable y mucho menos susceptible a valoración económica.

Que la declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley Minera establece para permitir que en esos territorios, libres de impedimento legal, se realicen actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, no solo que atenta contra el principio de consentimiento informado previo, sino que se contraponen al principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que forman parte del bloque de constitucionalidad, en observancia al artículo 3, en concordancia con el artículo 57 de la Constitución.

La tercera razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería es el hecho de que imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, atentando al texto constitucional, que manda a que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio. Que el uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos internacionales, por lo que el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas.

La cuarta razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería implica que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera *"tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales"*; consecuentemente pueden realizar aquella actividad en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. Que la libertad de prospección en estos términos atenta contra el derecho a la propiedad, protegido en el artículo 66, numeral 26 de la Constitución de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21; que, también atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 6, numeral 22 de la Constitución, y es discriminatoria, puesto que a las zonas



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

urbanas y centros poblados sí se los protege, dejando a las zonas rurales en vulnerabilidad, violentando lo dispuesto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución.

Que, la materia que regula la Ley de Minería entraña sistemas complejos, en donde coexisten derechos de las nacionalidades indígenas y la naturaleza, la misma debió apegarse a los preceptos que consagra la Constitución, y que al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanada por la Corte Constitucional.”

Por otra parte, el Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, de igual manera deduce acción de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la Ley de Minería, y en la especie determina: “Que se ha violado el derecho a la consulta contenido en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República, adicionalmente violaciones al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, artículos 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El artículo 26 de la Ley de Minería ratifica la explotación en territorio ecuatoriano sin más que una simple autorización de la autoridad estatal (delegado del gobierno); y en la especie dejando vía libre para la concesión y luego explotación o agresión a la naturaleza y concretamente en fuentes de agua, como dispone el mismo artículo indicado en su literal *f*.

Que se evidencia la naturaleza de la Ley de Minería la misma que no respeta el agua; que, jamás se han hecho estudios serios y responsables de impactos ambientales; que, aquellos solo son modelos que se copian adaptando pequeños datos a la realidad concreta. Que para la concesión minera en lugares que alumbren el agua subterránea ni siquiera se requiere autorización, al tenor de lo que dispone el artículo 96 de la Ley Minera.

La Ley de Minería dispone, en su artículo 79, que todo cuerpo de agua debe ser devuelto al cauce del río o de la cuenca, de donde fue tomada libre de contaminación; que, en el artículo 80 de la Ley de Minería se permite la destrucción de la capa vegetal y tala de árboles, encontrándose una contradicción con otras disposiciones de esta Ley, que manifiesta que se protegerá el ecosistema.

d
ec

Los articulados de la Ley de Minería son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza, y explícitamente elevarle al agua a la categoría de derecho humano; por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua.

La mejor garantía para la actual generación como para las siguientes es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que, se debe dejar prohibida expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos.

Existe violación al principio de excepción de la actividad privada en sectores estratégicos; que, los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería no definen en qué casos se podrá realizar esa delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad de cada concesión”; que, aquello implica que empresas privadas, extranjeras, transnacionales entren en igualdad de condiciones que empresas nacionales, estatales y pequeñas empresas asociativas o cooperativas; y por lo tanto, manifiesta que no puede haber igualdad entre desiguales.

Que el legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada, violenta el artículo 316 de la Constitución, por lo que estas normas deben ser declaradas inconstitucionales de fondo.

Que existe una violación al principio de división y jerarquía de las leyes al categorizar como orgánica la Ley de Minería, al disponer que las disposiciones de esta Ley “*prevalecerán sobre otras leyes y solo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines*”.

La Ley de Minería, por un lado, se extralimita, y por el otro, va en dirección contraria a la Constitución, que se pretende confundir a los ecuatorianos con una ley orgánica siendo en esencia una ley ordinaria, razón suficiente, según el legitimado activo, para que toda la Ley de Minería sea declarada inconstitucional.

Pretensión concreta

Con los fundamentos expuestos, y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 436 y el artículo 84 de la Constitución de la República del



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

tampoco puede haber servidumbre de tránsito en áreas protegidas o en zonas declaradas como intangibles, puesto que el artículo 407 de la Constitución es claro; sin embargo, manifiesta que aquello no significa que en el resto del país no puedan establecerse las servidumbres de paso con el consentimiento de cada dueño del predio; que el derecho de dominio o propiedad también es un derecho amparado en la Constitución, y no es solo un derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Considerar todo el territorio del Ecuador como de nacionalidades indígenas es desconocer el derecho de propiedad de más del 90% de los habitantes del país, que por ende no existe afectación a la indivisibilidad, no es impositiva ni abusiva, pues el artículo 57, numeral 7 de la constitución les garantiza el derecho a la consulta previa.

Los demandantes no han considerado que la Ley de Minería es esencialmente un instrumento jurídico que posibilita la extracción de minerales y por ende la afectación es eminentemente ambiental; que, el hecho de la consulta previa no solo implica la afectación ambiental, sino económica, social, en qué va a beneficiar a la comunidad, o si ésta no es sustentablemente económica o ambientalmente.

Los demandantes pretenden que en todas las fases de la minería exista consulta previa; que siendo la norma constitucional la de mayor jerarquía, se aplica sin necesidad de que en cada momento se hable de esta consulta, sino cuando se requiera. Que, los demandantes han pretendido coartar el derecho constitucional de libertad de empresa que puede efectuar cualquier ecuatoriano o extranjero, pues si se cumplen los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley, no existe impedimento para que pueda efectuarse y desarrollarse las actividades mineras. No existe limitación al derecho a la información de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, pues es deber del concesionario informar en cada etapa de la concesión minera, por lo que no existiría violación al derecho a la consulta previa.

Respecto a la violación de la excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos como la Minería, excepcionalidad establecida en el artículo 316 de la Constitución, la Comisión manifiesta que toda actividad económica es plenamente válida en el país, pues son derechos y libertades: el comercio, la empresa y el trabajo; que, el Estado no tiene la capacidad de efectuar por sí solo todas las actividades, caso contrario, se estaría en un régimen totalitario.

d

cu

Las normas de los artículos 27 y siguientes de la Ley Minera facultan la actividad minera a la iniciativa privada, y si el pensamiento sería como lo manifiestan los demandantes, ni siquiera las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas podrían realizar actividades en sectores estratégicos, ya que todo lo haría el Estado.

Se alega violaciones a los derechos de la naturaleza, al derecho humano al agua y el derecho al buen vivir, sin que se determine con precisión la presunta inconstitucionalidad, según la Comisión, argumentándose “criterios ambientalistas anti ley de una manera absurda, “ya que la Ley Minera tendría todos los controles ambientales posibles.”

Que en virtud de aquello alega la aplicación del principio de correspondencia y armonía, argumentando que la Constitución es un cuerpo jurídico integral y que en la interpretación debe excluirse cualquier interpretación que induzca a anular o privar de eficacia alguna de sus normas.

Adicionalmente, la Comisión de Legislación y de Fiscalización (fs. 104) presenta documentación en la cual constan los criterios y observaciones de las comunidades, pueblos indígenas de la amazonía, cooperativas y asociaciones mineras, cámaras de minería, entre otros; con lo cual se evidencia que el proyecto de la Ley de Minería tuvo conocimiento general

Finalmente, manifiesta la Comisión que, ante la evidente falta de sustento jurídico, se deseche la demanda por ser improcedentes e infundadas las solicitudes de los legitimados activos.”

Contestación del Procurador General del Estado

El Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, comparece dando contestación a las demandas de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de varios artículos de la Ley de Minería, y en lo principal manifiesta: se opone a la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 59, 67, 87, 88, 90, 96, 100, 103, 316 y la Disposición Final Segunda de la Ley Minera, publicada en el Registro Oficial N.º 517 del 29 de enero del 2009.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma señala:

“Las demandas de inconstitucionalidad planteadas manifiestan que la Ley Minera viola el derecho a la consulta previa pre-legislativa de las



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo.

Para fundamentar esta aseveración, a continuación la Corte considera necesario desarrollar y conceptualizar determinados términos y frases incorporadas por el Constituyente en el Capítulo IV de la Carta Fundamental.

3. ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?

Una definición básica de derechos colectivos entiende que estos derechos son atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial, y no solo formal.

En el Ecuador, la Constitución Política de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio que abarcaba por lo menos tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad entre hombres y mujeres, igualdad de derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legitima, de manera exclusiva y preferente, como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador (artículos 57, 58 y 59 C.E).

Sobre la cuestión de la titularidad de estos derechos tenemos que a diferencia de los clásicos derechos individuales y colectivos, éstos recaen sobre un grupo humano considerado no como agregado de intereses individuales, sino como verdadero sujeto moral autónomo.

d

aw

del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en relación a la consulta previa, dispone:

[...] 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; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; adicionalmente [...] 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.

A partir de lo expuesto, es evidente que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, constituye el marco genérico de regulación de las consultas previas a realizarse con anterioridad a la adopción de medidas legislativas o administrativas. En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación

d

u



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...

Artículo 57. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Ahora bien, una vez definida la existencia de dos tipos de consulta en tanto derechos colectivos, esta Corte no puede dejar de clarificar, de manera breve, uno de los argumentos esgrimidos dentro del proceso por parte de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, y que resultará sustancial dentro del presente test de constitucionalidad:

(...) "si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la una sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas⁴".

Dicho argumento confunde distintos niveles de participación que existen en cuanto a la adopción de medidas legislativas o administrativas. Específicamente, confunde tres tipos de consulta: la consulta popular

⁴ Fs. 87 del proceso.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

información y participación atinente a la Ley de Minería, es también deber del máximo órgano de la Justicia Constitucional ecuatoriana, en tanto garante de la vigencia de la Constitución y de los contenidos axiológicos previstos en ella, precautelar y prevenir la eficacia de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y precisamente por ello, hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos mínimos que deberán cumplirse para los casos que requieran consulta prelegislativa.

6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?

Esta Corte determina que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que deberá llevar a cabo la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales.

- 1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.
- 2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.
- 3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

Establecidos los requisitos para el cumplimiento de la consulta previa prelegislativa, esta Corte establece el procedimiento mínimo que se deberá observar para garantizar la constitucionalidad del proceso consultivo respecto de los actores y las fases del proceso. Se insiste, estas reglas deberán aplicarse para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades

del Ecuador, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

I. De los actores

A quién se consulta

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa, en tanto derecho colectivo, está dirigida única y exclusivamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos, de manera práctica y real, por efectos de la aplicación de una ley.

La consulta prelegislativa respetará los procesos de deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, de conformidad con su cultura, costumbres y prácticas vigentes. Admitirá que los resultados de la consulta se expresen en los idiomas propios de cada entidad consultada.

La Asamblea Nacional identificará, previamente, a las entidades a ser consultadas, para lo cual requerirá el apoyo técnico del CODENPE o la entidad que haga sus veces, sin perjuicio de que pueda requerir el apoyo técnico de otras instituciones públicas, según el caso.

El resultado de la consulta estará suscrito por los representantes legítimos de las entidades consultadas, sin desmedro de que se adjunten listados de participantes en el proceso de deliberación interna, de conformidad con sus costumbres, tradiciones y procedimientos propios.

Quién realiza la consulta

La Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta, para lo cual podrá disponer la colaboración de distintas instancias estatales como el Consejo Nacional Electoral, el CODENPE o la entidad que haga sus veces, y otras instancias gubernamentales que considere pertinentes para un cabal cumplimiento de la consulta.

II. De las Fases de la consulta prelegislativa

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa se desarrollará en cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro,

Casos Nos. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados)

40

Adaptado de: http://www.inredh.org/archivos/casos/mineria/mineria_sentencia.pdf. (P.P. 1-8, 11-12, 27, 30-31, 39-40)

ANEXO 3

3.3.4.4 Ley de Caminos¹

La ley establece que son caminos públicos todas las vías de tránsito terrestre construidas para el servicio público y las declaradas de uso público. Se consideran, además, como públicos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona.

Todo proyecto de construcción, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos, formulado por cualquier entidad o persona, deberá someterse previamente a la aprobación del Ministerio de Obras Públicas, sin cuyo requisito no podrán realizarse los trabajos, salvo que se trate de caminos internos de una propiedad particular.

3.3.5 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales²

El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales reconoce la aspiración de éstos 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 del Estado en que viven.

Este convenio fue establecido para precautelar los derechos humanos fundamentales de estos pueblos, ya que en muchas partes del mundo no pueden gozar de los mismos derechos que el resto de la población de los Estados en que viven, por lo que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas a menudo han sido vulnerados.

Así mismo, se tomó en cuenta la contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

Se ha puesto especial atención en este Convenio ya que guarda directa relación con las

¹Decreto Supremo No. 1351. Publicada en el Registro Oficial No. 285 del 7 de julio de 1964.

²Ratificado por Ecuador el 15 de mayo de 1998.

actividades del Proyecto Mirador, y por estar emplazado en un área habitada por pueblos indígenas. De allí que para el desarrollo de las actividades mineras deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Tales medidas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por ellos.

Así mismo, según este Convenio los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

En el caso del Proyecto Mirador la Empresa EcuCorriente deberá tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

El artículo 15 de este Convenio establece los derechos de los pueblos indígenas a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Si bien la propiedad de los minerales o los recursos del subsuelo le pertenecen al Estado ecuatoriano, éste debe establecer un procedimiento con miras a consultar a los pueblos

interesados a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los

recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

3.4 REGLAMENTOS DE APLICACIÓN A LAS LEYES CONSIDERADAS

3.4.1 Reglamento del Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA)³

El Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), vigente desde su publicación en el Libro VI del Texto Unificado de la Legislación Ambiental Secundaria constituye la estructura reglamentaria matriz para cualquier sistema de evaluación ambiental a nivel nacional.

3.4.2 Reglamento Ambiental para Actividades Mineras⁴

Este reglamento regula, en todo el territorio nacional, la gestión ambiental en las actividades mineras en sus fases de exploración inicial y avanzada, explotación, beneficio, fundición, refinación y comercialización; así como también en las actividades de cierre de labores, con el fin de prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales negativos derivados de tales actividades.

Adaptado de: <https://www.elaw.org/system/files/Cap.3+MARCO+LEGAL.pdf>. (P.P. 3-7 – 3-8)

³Registro Oficial No. 1 Edición Especial 31 de marzo de 2003.

⁴Publicado en el Registro Oficial 151, del 12 de septiembre de 1997.

ANEXO 4

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012

(Fondo y Reparaciones)

El 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado del Ecuador es 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 (en adelante “Pueblo Sarayaku” o “el Pueblo” o “Sarayaku”), por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente.

El Estado también fue declarado responsable 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, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku. Ello en relación con actos desde las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena.

Asimismo, el Estado fue declarado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

I. Antecedentes y procedimiento

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado⁵. Desde el 6 de julio de 2004, y a solicitud de la Comisión, el Tribunal ordenó medidas provisionales a favor del Pueblo Sarayaku y sus miembros, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención y 25 del Reglamento de la Corte⁶.

d) Hechos relacionados con las actividades de prospección sísmica o exploración petrolera de la empresa CGC a partir de diciembre de 2002.

A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la Asociación del Pueblo Kichwa Sarayaku declaró una “emergencia”, durante la cual la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares cotidianas por un período de entre 4 a 6 meses. Miembros de Sarayaku organizaron seis denominados “campamentos de paz y vida” en los linderos de su territorio, constituido cada uno por 60 a 100 personas. Durante dicho período, vivieron en la selva y se agotaron los alimentos.

Entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, los trabajos de la empresa petrolera avanzaron un 29% al interior del territorio de Sarayaku. En ese período, la empresa CGC cargó 467 pozos con aproximadamente 1433 kilogramos del explosivo “pentolita”, tanto a nivel superficial como a mayor profundidad. Al momento de dictar la Sentencia, los explosivos sembrados permanecen en el territorio de Sarayaku.

⁵ La petición inicial había sido presentada ante la Comisión el 19 de diciembre de 2003 por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (*Tayjasaruta*), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

⁶ Cfr. *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales respecto de Ecuador*. Resolución de la Corte de 6 de julio de 2004 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_01.pdf). Mediante resoluciones de 17 de junio de 2005 y de 4 de febrero de 2010, la Corte ratificó la vigencia de las medidas (resoluciones disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_02.pdf y http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sarayaku_se_04.pdf).

El 6 de febrero de 2003 la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador informó que la CGC declaró un estado de “fuerza mayor” y suspendió los trabajos de exploración sísmica.

En relación con las afectaciones al territorio Sarayaku, la empresa destruyó al menos un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo Sarayaku, en el terreno del *Yachak* Cesar Vargas. Del mismo modo, la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la afectación y suspensión, en algunos periodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo Sarayaku.

e) Alegados hechos de amenazas y agresiones en perjuicio de miembros de Sarayaku

Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.

El 4 de diciembre de 2003 unos 120 miembros del Pueblo Sarayaku habrían sido agredidos por miembros de otro pueblo indígena, en presencia de agentes policiales, cuando se dirigían a una “marcha por la paz y la vida” que se realizaría dos días después en Puyo. Resultaron heridos varios miembros de Sarayaku. Los hechos fueron denunciados e insuficientemente investigados.

f) Hechos posteriores a la suspensión de actividades de la empresa CGC

Desde agosto de 2007 el Estado realizó varias gestiones para proceder al retiro de la pentolita del territorio Sarayaku, en relación con las medidas provisionales ordenadas por la Corte. A la fecha de emisión de la Sentencia, el Estado habría retirado 14 kg de la pentolita enterrada en superficie.

El 19 de noviembre de 2010 PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23.

En el presente caso, no fue controvertido que la empresa destruyó o afectó zonas de alto valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku u ocasionó la suspensión de algunos actos y ceremonias ancestrales culturales, todo lo cual significó una vulneración a su cosmovisión y creencias culturales. La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones y cosmovisión, así como a la conservación de las características propias de su cultura y de su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos.

El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su vida cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En consecuencia, la

Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado.

B. Derechos a la vida e integridad personal

Desde que fueron ordenadas las medidas provisionales en este caso en junio de 2005, la Corte ha observado con particular atención la colocación de más de 1400 kg. de explosivos de alto poder (pentolita) en el territorio Sarayaku, por considerar que tal hecho constituye un factor de grave riesgo para la vida e integridad de sus miembros. En virtud de ello, la Corte ordenó al Estado que retirara dicho material explosivo, disposición que se mantuvo vigente hasta la fecha y que el Estado cumplió de manera parcial. Hasta el momento, el Estado ha extraído entre 14 y 17 kgs de los 150 kgs que se encontrarían en superficie. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar, por lo que el incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado que el Estado es responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del Pueblo Sarayaku, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención, en relación con la obligación de garantía del derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 de aquel tratado.

C. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

Además de reiterar su jurisprudencia relativa a la obligación de los Estados de proveer recursos, el Tribunal observó que fueron interpuestas varias denuncias en relación con alegadas agresiones u amenazas a integrantes del Pueblo Sarayaku. La Corte observó que no se iniciaron investigaciones en cinco de los seis hechos

denunciados y que, en cuanto a la investigación iniciada, se evidencia inactividad procesal con posterioridad a la realización de algunas diligencias. Por ello, el Tribunal encontró que en este caso las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia, por lo que el conjunto de las investigaciones no constituyó un medio efectivo para garantizar el derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con la obligación del Estado de garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku afectados en determinados hechos.

Por otro lado, en lo que se refiriere al recurso de amparo interpuesto por la OPIP el 28 de noviembre 2002, el Tribunal observó que el tribunal de alzada constató irregularidades en el trámite del recurso y ordenó subsanarlas, pero no consta que lo señalado por ese tribunal de alzada fuera cumplido a cabalidad por el juez respectivo y, por ende, que dicha providencia fuera efectiva, por lo que el recurso quedó inconcluso y careció de efectividad. Tampoco consta que la medida precautoria ordenada fuera ejecutada.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara la situación jurídica infringida, ni garantizó que la autoridad competente prevista decidiera sobre los derechos de las personas que interpusieron el recurso y que se ejecutaran las providencias, mediante una tutela judicial efectiva, en violación de los artículos 8.1, 25.1, 25.2.a y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

IV. Reparaciones

Por último, además de considerar que la Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, el Tribunal dispuso diversas medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensaciones e indemnizaciones.

El Estado debe: a) neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de la Sentencia; 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, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio; c) 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; d) 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; e) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; f) realizar publicaciones de la Sentencia; y g) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos. Además, se dispuso que el Estado debe rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sin perjuicio de los plazos dispuestos para el retiro de la pentolita.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención

Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

La composición de la Corte para la emisión de esta Sentencia fue la siguiente: Diego García-Sayán (Perú), Presidente; Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Vicepresidente; Leonardo A. Franco (Argentina); Margarete May Macaulay (Jamaica); Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana); Alberto Pérez Pérez (Uruguay); y Eduardo Vio Grossi (Chile).

Adaptado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf.

(P.P. 1, 4, 99-101.)