

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“Explotación Hidrocarburifera En El Yasuni ITT Y su Impacto en
Territorios de Comunidades Y Pueblos Indígenas”**

Realizado por:

ANDRES EDUARDO GALARZA LUNA

Director del trabajo:

Ph.D. MARIA AUGUSTA LEON

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Quito, MAYO de 2015

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, ANDRES EDUARDO GALARZA LUNA, con cédula de ciudadanía No. 0925328007, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado de clasificación profesional; y, que ha consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Andrés Eduardo Galarza Luna

C.C:0925328007

Agradecimiento

Agradezco a Dios por haberme dado la fuerza y la bendición de alcanzar este logro en mi vida profesional. También quiero dar gracias a mis padres por su ayuda, consejo y enseñanzas. Sin ellos no hubiera sido posible alcanzar la meta en este arduo camino. Finalmente agradezco a la Universidad SEK por el aprendizaje que obtuve en sus aulas.

Dedicatorias

A Dios, que me ha llenado de bendiciones, que me ha ayudado en los momentos
difíciles, y que nunca me abandona.

A mis padres, que me enseñaron el valor de la constancia, el esfuerzo y el trabajo duro.

RESUMEN

La presente investigación tiene como su principal fundamento demostrar la afectación que existe a las comunidades indígenas adyacentes al parque nacional Yasuni ITT, producto de la explotación petrolera en esta zona. El parque nacional Yasuni ITT, es una reserva natural protegida, por lo requiere un tratamiento especial. Porque cuando se habla de explotación petrolera en esta zona, se dice que existe una posible violación a los derechos de las comunidades indígenas y pueblos no contactados, es básicamente que estos grupos gozan de derechos especiales dada su naturaleza, derechos que se encuentran contemplados tanto en nuestra legislación, así como en los tratados internacionales que han sido suscritos y ratificados por el Estado. Ahora es necesario entender, porque hablamos de que existe una violación a estos derechos, y entender porque esta explotación hidrocarburífera es perjudicial para estas comunidades. Cuando hablamos que el Ecuador es un Estado multiétnico y pluricultural, hablamos de estas comunidades, que son identidad propia del Estado ecuatoriano, es por esta razón que una explotación petrolera, afectaría, sus propias costumbres, así como en su ambiente de desenvolvimiento, lo que afectaría en su estancia, sin embargo, esto solo visto desde el aspecto social. Ahora bien hay que entender, porque en la presente investigación hablamos de violación de derechos, pues visto desde el punto de vista jurídico, existen aspectos legales que no se han tomado en cuenta, ya que como habíamos dicho con anterioridad, cuando hablamos de estas comunidades, hablamos de derechos que son inherentes a ellos, como el derecho a vivir en un hábitat natural, libre de contaminación y adecuado para el desenvolvimiento humano, tal como lo garantiza la Constitución de la República, sin embargo, en el presente trabajo, vamos hacer énfasis en dos derechos fundamentales de estas comunidades, el derecho a la propiedad, que ha sido consagrado tanto en la legislación nacional, así como en los tratados internacionales, el otro derecho fundamental, es el derecho a la consulta, estos dos derechos, han sido el punto de partida para resolver controversias, es así que han existido casos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales ahora son considerados un eje sustancial cuando se discute el tema de las comunidades indígenas y la explotación petrolera, lo cual será desarrollado y explicado a lo largo de la presente investigación.

ABSTRACT

The current research paper had as a main objective to demonstrate the affection that takes place in the native communities close to Yasuni ITT National Park as result of the oil exploitation in that area. The Yasuni ITT National Park is a protected natural reserve that requires of special treatment. For this reason when talking about oil exploitation in this area people say that the might be a possible violation of native communities and no contacted communities rights. Basically these groups have special rights given to their nature. These rights are contemplated in our legislation as well as in international treaties which have been signed and ratified y the government. It is necessary to understand why we talk about an existent violation of the mentioned rights and to understand why this hydrocarbon exploitation in harmful for the communities. When we talk about Ecuador as a multiethnic and multicultural country this is referred to these communities which are the identity itself of the Ecuadorian country. For this reason oil exploitation that affects their traditions, and their natural environment would affect their permanence in that area, this seen from the social aspect. Now seeing it from a legal point of view there are some legal aspects that have not been taken into account. As mentioned before when we talk about these communities we talk about certain rights such the right to live in their natural habitat, in a contamination free zone, adequate for human growth, as the Constitution of the Republic of Ecuador guaranties. For these reasons this paper tries to emphasize two fundamental rights of the communities: the right to property which has been consecrated in the national legislation as well as in international treaties. The second fundamental right is the right to a consultation. These two rights are a referral point to solve controversies of cases that have gotten up to the Inter-American Court of Human Rights which now are considerate as an important resource when speaking about native communities and oil exploitation which will be developed and explained along this research paper.

INDICE

1.- CAPITULO I: ANTECEDENTES	09
1.1. ANTECEDENTES.....	09
1.1.1. Problemática.....	11
1.1.2. Importancia.....	13
1.1.3. Explotación Petrolera en el Yasuni ITT.....	15
1.1.4. Impacto de la explotación del Yasuni ITT, en pueblos y comunidades indígenas.....	18
2.- CAPITULO II: DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN RELACION A LA EXPLOTACIÓN HIDROCARBURIFERA	21
2.1. PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES Y REGULACIONES INTERNACIONALES.....	21
2.1.1. Convenio No 169 OIT.....	21
2.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	22
2.2. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS DEL ECUADOR.....	23
2.2.1. Antecedentes.....	23
2.2.2. Organizaciones Indígenas.....	24
2.2.3. Las nacionalidades indígenas.....	26
2.2.3.1. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa.....	27
2.2.3.2. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Sierra.....	28
2.2.3.3. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Amazonía.....	29
2.2.4. Sistema legal indígena.....	30
2.3. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS DEL YASUNÍ.....	32
2.4. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS RELACIONADOS CON LA EXPLOTACION DEL YASUNÍ ITT.....	34
2.4.1. Derecho de autodeterminación.....	34
2.4.1.1. Derecho a las tierras, territorios y recursos naturales.....	36
2.4.1.1.1. Convenio N° 169 de la OIT, artículos 17.2 y 19 y Declaración de Naciones Unidas, sobre el derecho al desarrollo.....	38
2.4.1.1.2. Convenio N° 169 de la OIT, artículos 15.1 y 15.2 y Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.....	38
2.4.2.2. Derecho al Autogobierno.....	40
2.4.2.3. Derecho a la Identidad Cultural.....	41
2.4.2.3.1. Derecho de protección contra el genocidio, genocidio cultural y etnocidios.....	41
2.4.2.3.2. Derecho de reparación.....	42

2.4.3. Los límites legales constitucionales frente a la actividad extractiva en el Yasuni ITT.....	43
3.- CAPITULO III: LA CONSULTA PREVIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR.....	48
3.1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	48
3.1.1. La Corte Interamericana de derechos Humanos y los pueblos indígenas.....	49
3.1.1.1. Reseña Histórica.....	49
3.1.1.2. Enfoque.....	51
3.1.2. Análisis de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).....	54
3.1.2.1. Caso Comunidad indígena Mayagna (Sumo) awas Tingni vs Nicaragua-Juicio de 31 de Agosto 2001, Serie C No 79.....	54
3.1.2.2. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay - Sentencia de 17 de junio del 2005, Serie C No 125.....	56
3.1.2.3. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: Interpretación del Juicio por meritos, reparaciones y costos, Sentencia de 6 de Febrero del 2006, Serie C No 142.....	59
3.1.2.4. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Sentencia de 29 de Marzo del 2006, Serie C No 146.....	61
3.1.2.5. Caso Comunidad Saramaka vs Surinam. Sentencia de 12 de Agosto del 2008, Series C No. 185.....	63
3.1.2.6. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, sentencia de 24 de Agosto del 2010, Serie C, No 214.....	66
3.1.2.7. Caso Comunidad Indígena Kichwa del pueblo Sarayaku vs. Ecuador sentencia de 17 de Junio del 2012. Serie C No 245.....	68
3.1.2.8. Caso Comunidad Indígena Mapuche (Norín Catrimán y demás activistas /miembros) vs Chile. Sentencia de 29 de Mayo de 2014, Serie C No. 279.....	75
3.1.2.9. Caso Comunidad Indígena Madungandi y los Emberá, del pueblo Kuna vs Panamá. Sentencia de 14 de Octubre de 2014, Series C No. 284.....	77
3.2. LA CONSULTA PREVIA.....	80
3.2.1. Legislación Comparada.....	82
3.2.1.1. Consulta previa en Bolivia.....	82
3.2.1.1.1. Participación política indígena.....	83
3.2.1.1.2. Participación política indígena y transversalización de asuntos indígenas 2005.....	84
3.2.1.1.3. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena.....	85
3.2.1.1.4. El derecho a la consulta previa, y la participación indígena en actividades hidrocarburíferas.....	87
3.2.1.2. Consulta Previa en Colombia.....	90
3.2.1.2.1. Participación Política Indígena.....	91
3.2.1.2.2. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena.....	92

3.2.1.1.5. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburífera, minera y forestal.....	94
3.2.1.1.6. Casos de incumplimiento del derecho a consulta previa en territorios indígenas afectados por la exploración y explotación de recursos naturales.....	96
3.2.1.3. Consulta Previa en Perú.....	96
3.2.1.3.1. Participación Política Indígena.....	97
3.2.1.3.2. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena.....	98
3.2.1.3.3. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburífera, minera y forestal.....	100
3.2.1.3.4. Legalidad del derecho a la consulta previa.....	101
3.3. LA CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR.....	102
3.3.1. Antecedentes.....	102
3.3.2. Fundamentos Legales de la Consulta Previa.....	104
3.3.2.1. Derechos Humanos de los Indígenas.....	104
3.3.2.2. Constitución de la República 2008.....	104
3.3.2.3. Tratados Internacionales.....	108
3.3.2.3.1. Convenio No 169 de la OIT.....	108
3.3.2.3.2. Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas.....	109
3.3.2.3.3. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.....	110
3.3.3. Derecho a la Consulta Previa en las comunidades indígenas del Ecuador.....	111
3.3.3.1. Derecho a la consulta previa y participación política indígena.....	111
3.3.3.2. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburífera, minera y forestal.....	114
3.3.4. Casos de incumplimiento del derecho a la consulta previa y de participación, en las comunidades indígenas afectadas por la exploración y explotación hidrocarburífera.....	118
3.3.4.1. Antecedentes.....	118
3.3.4.2. Caso Yasuni ITT bloque 43 y pueblos no contactados Tagaeri y Taromenane.....	120
3.4. ANALISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DE DERECHO COLECTIVO Y COMUNITARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DEL YASUNÍ ITT.....	121
3.5. ANÁLISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA ZONA DEL BLOQUE 43 ITT.....	125
3.6. ANÁLISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.....	126

4.- CAPITLO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127.
4.1. CONCLUSIONES.....	127
4.2. RECOMENDACIONES.....	129
BIBLIOGRAFIA.....	131

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA EN EL YASUNI ITT Y SU IMPACTO EN TERRITORIOS DE COMUNIDADES Y PUEBLOS INDIGENAS

1.1. ANTECEDENTES

El Artículo 66 de la Ley forestal y de conservación de áreas protegidas y vida silvestre respalda los bienes patrimoniales que tiene el parque nacional Yasuni, declarado como patrimonio de áreas naturales de Estado; este artículo defiende los bienes patrimoniales de esta área desde varios aspectos como son: (Martínez y Acosta, 2010)

- Los de protección,
- Científico,
- Escénico,
- Educacional,
- Turístico y recreacional;
- Flora y fauna,
- Constituya ecosistemas que contribuyen a mantener el equilibrio del medio ambiente.

En 1979, se crea el parque Yasuní, con decreto oficial 1306, del 27 de agosto de 1971, que facultaba “a los Ministerios de Producción, Recursos Naturales y Turismo para declarar y delimitar áreas de reserva o parques nacionales”. (Registro Oficial No 1306, 1971, p.5)

En 1974, bajo decreto 0322, se elaboraron las estrategias para la conservación de áreas sobresalientes del Ecuador” realizadas por el MAG, en donde se crean 10 áreas protegidas, entre las que se incluía el parque Yasuní. Otra estrategia es que respalda la necesidad de limitar estos parques nacionales así:

Los parques nacionales poseen las siguientes características y propósitos:

- Uno o varios ecosistemas en estado natural comprendidos dentro de un mínimo de diez mil has.
- Diversidad ecológica, especies únicas de fauna y flora, rasgos geológicos y hábitats de gran significado nacional para la ciencia, la educación y la recreación pública.
- Bajo el manejo directo y privativo del Servicio del parque nacional designado por el gobierno, se mantiene el área en su condición natural, para la preservación de la naturaleza y sus recursos naturales en forma permanente e indefinida.
- Se permite la entrada de visitantes bajo condiciones controladas, para propósitos de inspiración, educación, investigación, cultura y recreación. (Decreto interministerial No. 322, del 26 de julio de 1979, publicado en el Registro Oficial 69 del 20 de noviembre de 1979)

Esta estrategia pretende cuidar estos parques aislándolos del turismo indiscriminado manteniendo su condición natural, siendo gestionados únicamente por el estado con fines de conservación, la misma estrategia se aplicó al parque Yasuni.

En 1989, a través del programa “El hombre y la biosfera”, la Organización de las Naciones Unidas para la ciencia y la cultura (UNESCO) declaró al parque Yasuní como reserva de la biosfera

En abril de 1990 se modificaron los límites originales del parque Yasuní mediante el Acuerdo No. 0191 del Ministerio de Agricultura y Ganadería, del 2 de abril de 1990, para delimitar el territorio del pueblo Huao. Más tarde en 1992, mediante Decreto No 0202, se confieren ciertas hectáreas del parque Yasuni a las comunidades indígenas.

En enero 2007, se crea la Zona Intangible Tagaeri-Taromenane, la misma que prohíbe la explotación petrolera dentro de esta área cuya extensión es de 758.051 has (Villaverde et al., 2005, p. 88 y 93)

El artículo 1 del Decreto Presidencial No. 522 señala:

Declarase zona intangible de conservación vedada a perpetuidad a todo tipo de actividad extractiva, las tierras de habitación y desarrollo de los grupos huaorani, conocidos como Tagaeri, Taromenane y otros eventuales que permanecen sin contacto, ubicadas hacia el sur de las tierras adjudicadas a la nacionalidad huaorani en 1990 y del parque Yasuní. (Decreto presidencial No. 522, del 29 de enero de 1999, artículo 1, en Ministerio del Medio Ambiente, Unión Europea, 1999.)

La resolución se ampara en una decisión meramente administrativa que prohíbe la actividad extractiva indebidamente mediante decreto y no mediante una ley. Solo mediante ley se podría prohibir la actividad petrolera. (Decreto presidencial No. 522, del 29 de enero de 1999, artículo 1, en Ministerio del Medio Ambiente, Unión Europea, 1999.)

1.1.1. Problemática

Nuestro país tiene noticia de la existencia de varios grupos indígenas en aislamiento que habitan los bosques de la Amazonía ecuatoriana. Estos grupos ocupan un área territorial que se localiza entre las provincias de Orellana y Pastaza, en la zona sur oriental del Parque Nacional Yasuní ITT, reconocido como núcleo de la Reserva Mundial de la Biosfera, según declaración de la UNESCO en 1989.

Los indicios existentes han permitido identificar con mayor precisión a dos de estos grupos: los Tagaeri y los Taromenani. Algunas investigaciones aluden también a la existencia de otros pueblos en aislamiento voluntario como los Huiñitairi (Rivas, 2005), los Zaparoana (Gobierno Nacional 2007) y otros pequeños grupos localizados en el bajo

Nashiño y el bajo Curaray, en la zona de frontera Ecuador – Perú (Brackelaire 2006). A excepción de los posibles grupos Zapara, los datos disponibles permiten establecer que los clanes en aislamiento están cultural y lingüísticamente relacionados con los Huaorani

El 18 de abril del 2007, el presidente Rafael Correa, anunció la adopción de una política gubernamental para salvaguardar la vida de los pueblos que viven en aislamiento voluntario, asumiendo la responsabilidad de proteger sus derechos fundamentales y comprometiéndose a destinar esfuerzos para superar las amenazas de exterminio y garantizar la defensa de los derechos humanos, colectivos e individuales.

Desde diversas organizaciones ambientalistas se levanta la propuesta de no sacar el crudo del subsuelo, Yasuni ITT, bajo el discurso de un “nuevo modelo energético y de desarrollo que enfrenta simultáneamente el cambio climático, la conservación de la biodiversidad y la evolución hacia modelos de producción y consumo perdurables.”

Para ello se propone abrir un proceso de “compensaciones” que deberían ser aportadas por el capital mundial y los países desarrollados, en la línea del discurso de la deuda ecológica. El dispositivo financiero era la constitución de un fideicomiso.

Con ello, más allá del discurso, se abría la puerta a que la propuesta se desplace hacia el campo del mercado de servicios. Correa utilizó esa ambigüedad para moverse en un doble discurso: el Plan A y el Plan B; el discurso de los derechos de la naturaleza y de los pueblos no-contactados y el discurso de la necesidad de explotar los recursos con tecnologías no contaminantes, discursos mediados por la búsqueda de “compensaciones”.

Pero en realidad el juego de fondo del Gobierno y las transnacionales petroleras y mineras está en el modelo extractivista. El signo está en los dos proyectos estrella del régimen: la Refinería del Pacífico en el Aromo, en alianza con PDVSA; y el eje multimodal Manta-Orellana-Manaos, con el dragado del Río Napo para convertirlo en hidrovía, como parte de los proyectos IIRSA.

Los dos necesitan la aplicación del Plan B, la explotación del ITT y la intervención en el Yasuní ITT. Ante los problemas de liquidez fiscal del régimen ésta es la única salida, es la realidad. El Parque Yasuni ITT, se encuentra actualmente en un conflicto jurídico, ya

que la explotación petrolera en sus áreas protegidas es condenada y al mismo tiempo respaldada por la nación ecuatoriana.

Así lo establece la Constitución Política de la República del Ecuador, en donde el Artículo 408, confirma el derecho del Estado a la explotación hidrocarburífera, y al mismo tiempo, el Artículo 407, confirma el derecho de excepción de la explotación petrolera en áreas protegidas, respaldándose en el Plan Nacional del Buen Vivir que exige el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al Sumak Kawsay (derechos de la naturaleza), y a los principios ambientales.

Las comunidades amazónicas adyacentes al parque Yasuni ITT, son pueblos indígenas que están respaldados por 21 derechos constitucionales que constan en el capítulo IV "Derechos de las Comunidades, Pueblos y Naciones", y además de estos, está el Artículo 57, de gran trascendencia para la naturaleza y pueblos indígenas en el Yasuni ITT, que dice:

Los pueblos indígenas del Yasuni, que viven en aislamientos voluntarios son dos, los Tagaeri y los Taromenane, y es el Artículo 57, el único que explícitamente los defiende de cualquier tipo de invasión a su territorio para realizar actividades de extracción petrolera, minera, etc.

La permanente contradicción entre las políticas públicas de conservación y extracción del crudo ecuatoriano ha evidenciado particularmente el fraccionamiento en la competencia ambiental del Estado, esto alineado dentro del análisis de la institucionalidad de la iniciativa Yasuni ITT; implica la "definición de una política de conservación eficiente, que dependa de una estructura de poder estable, que se articule con los procesos de toma de decisión públicos y privados." (Torres, 2011, p.58).

1.1.2. Importancia

La explotación petrolera en el Yasuni ITT, es de relativa importancia para los pueblos afectados que son comunidades y pueblos indígenas entre los que están aquellos que están en aislamiento voluntario y pueblos no contactados como los Waorani, Tageri y Taromenane, ya que dichas actividades de exploración y explotación petrolera afectarían

de una o de otra forma a su hábitat ancestral violando sus derechos a la propiedad, a la vida, a la salud, y principalmente vulnera el derecho de participación y consulta previa.

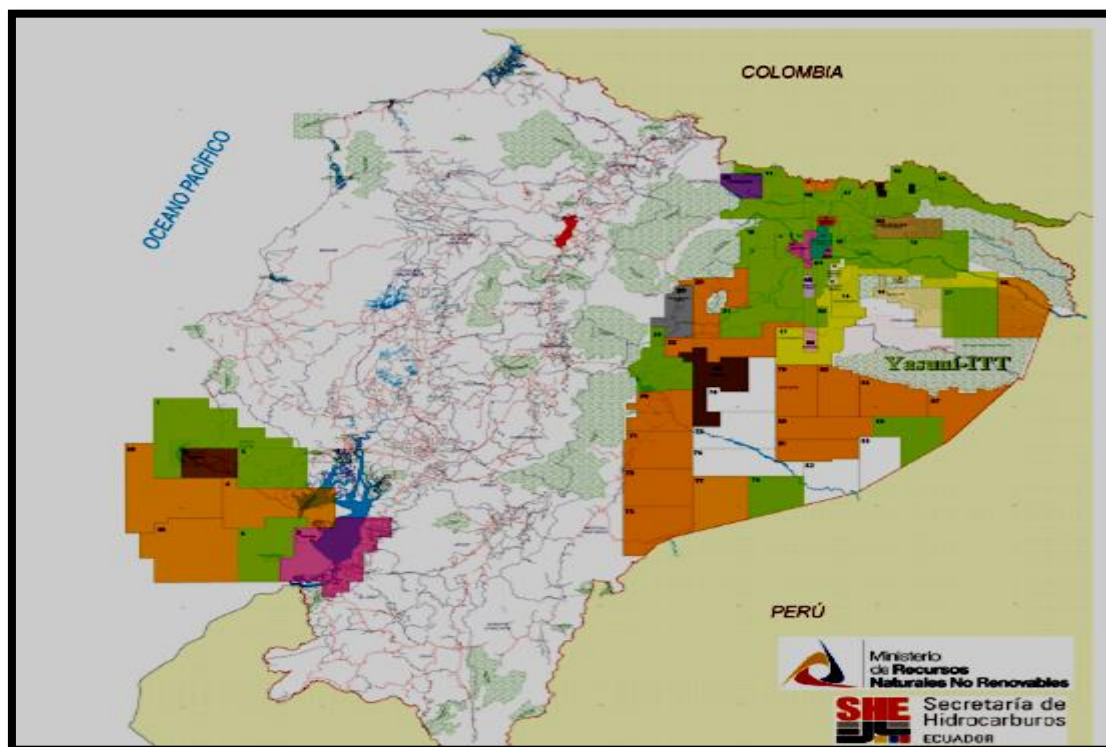
En el campo de los derechos humanos y ambientales, la explotación petrolera en el Yasuni ITT en territorios ancestrales, analiza aquellos factores críticos que determinan la inconstitucionalidad plena de este proyecto, de donde tanto en lo que disponen los tratados internacionales de derechos humanos como en la Constitución Política 2008 y leyes ambientales, es deber de todo estado bajo el Convenio No 169 de la OIT, respetar los derechos territoriales de las comunidades indígenas que estén afectadas indirectamente por actividades de exploración y explotación de recursos no renovables.

Por tanto e estudio del Yasuni ITT y sus actividades petroleras en territorios indígenas, propenderá a diagnosticar las causas y consecuencias de la violación de los derechos civiles y comunitarios de sus miembros, teniendo presente que bajo el Artículo 57 numeral 17 de la Constitución se defiende el derecho a la consulta previa, que es la más básica de las normativas para su cumplimiento, siendo aún este derecho escaso de una ley única que la represente ante el pleno del poder judicial, siendo víctima los pueblos indígenas en conflicto, quienes acuden a instancias internacionales de derechos humanos como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la CIDH, y la Declaración de las Naciones Unidas, sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, entre otras.

En lo referente al campo de los derechos humanos internacionales este estudio es de relevancia ya que bajo la presentación de casos en los que muchos pueblos indígenas y sus comunidades se han visto afectados, por la incursión de empresas ccesionarias petroleras en sus territorios ancestrales, se evalúa aquellos juicios resueltos por la CIDH en estos últimos quince años, en donde estos pueblos demandan al estado por violar sus derechos civiles y humanos, al permitir el desarrollo de actividades productivas con recursos naturales los cuales son reconocidos como inconstitucionales por observadores de derecho internacional.

1.1.3. Explotación Petrolera en el Yasuní ITT

Según la Secretaria de Hidrocarburos (2014), Petroamazonas y Petroecuador poseen los bloques petroleros 1, 5, 6, 7, 11, 12, 15, 18, 20, 21, 28, 31, 44, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 78, 86, detallados en el siguiente mapa actualizado a Agosto 2013:



Estos bloques petroleros se distribuyen entre diversas empresas, pero según la Constitución 2008, el estado es dueño de todos los bloques de petróleo ; sin embargo, se han explotados en su gran mayoría que son los bloques 1, 5, 6, 7, 11, 12, 15, 18, 20, 21, 28, 31, 44, 48, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 78, 86; por Petroamazonas - EP (Empresa Pública - Empresa Pública), marcada en el mapa con el verde limón, gris y colores color turquesa brillante.

Las empresas privadas tienen dos bloques a lo más, debido a los cambios en la Ley de Hidrocarburos. Sin embargo, todos los bloques petroleros de color naranja (22, 29, 70, 71, 72, 73, 79, 80, 81, 83, 84, 87) siguen estando disponibles para el proceso de licitación, lo que significa que no se han explorado todavía. En el mapa también se

observa los bloques 16, 31 y 43 que establece el Parque Nacional Yasuní, que actualmente son fuente de controversia por su explotación y daño a su área protegida.

La explotación en el Yasuni ITT, comienza en el año 2010, bajo el plan de explotación petrolera presentado por Petroamazonas, sobre los campos Tiputini y Tambococha, de donde el campo Tambococha fue el primero en iniciarse en el 2011, con perforación horizontal, para no afectar la reserva ecológica del parque Yasuní. La explotación del bloque 31 a cargo de Petroamazonas es el que integra la producción de los campos Tiputini y Tambococha.

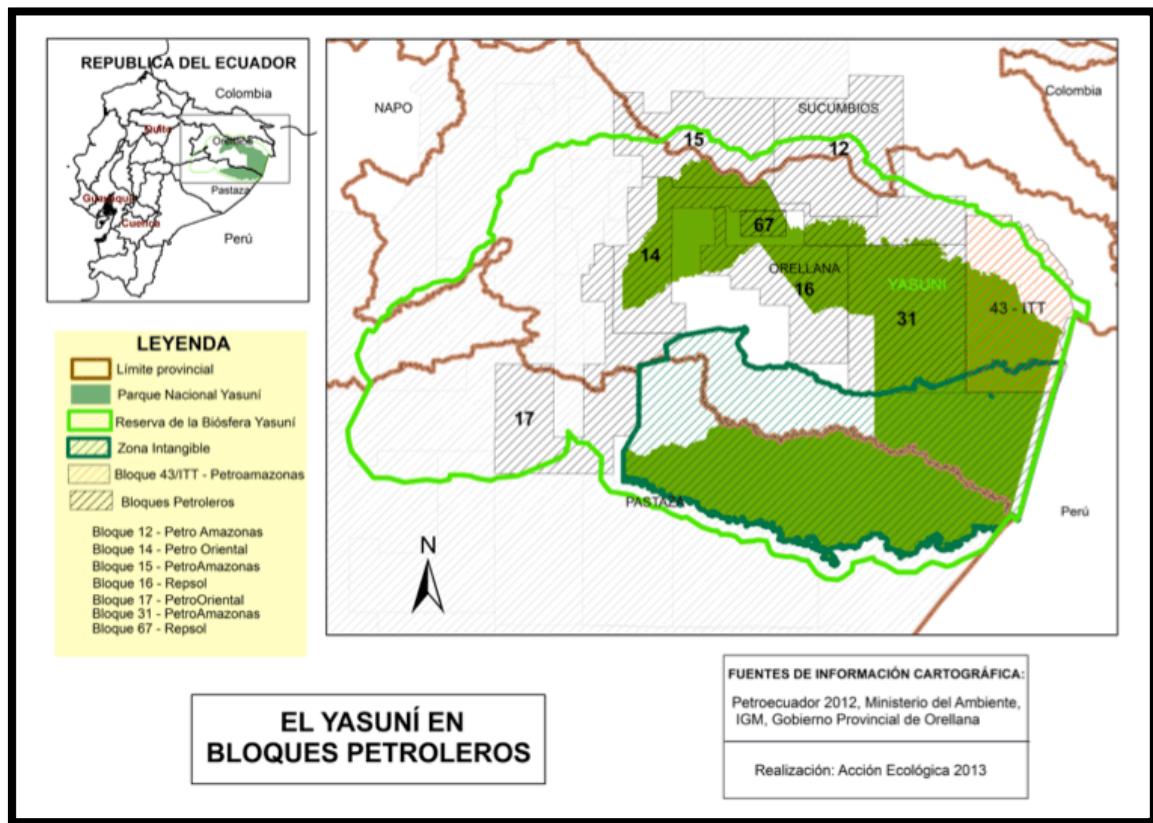
La explotación del Yasuni ITT, está planificada para un periodo de 30 años, hasta el año 2040, por Petroamazonas, cuyo volumen de producción alcanzado será de 372,4 millones de barriles de crudo pesado, los cuales serán recuperados, tomando en cuenta que existen más de 460 millones de barriles en total de reservas de crudo.

Las operaciones en el Bloque 31, en los campos Tiputini y Tambococha, se iniciaron en el año 2013, después de que fueron instaladas las maquinarias, equipos e infraestructura de producción, cuyas reservas son de 45,5 millones de barriles en los campos Apaika y Nenke, alcanzando una producción de 4.500 barriles diarios.

El bloque 31 ubicado en el lado occidental del bloque 43 ITT obtuvo su licencia ambiental en el año 2009, y en la actualidad representa para Petroamazonas un canal de transferencia de crudo hacia los campos Ishpingo-Tambococha-Tiputini, de donde el producto obtenido del bloque 31 se mezclará con la producción del ITT, facilitando su transporte hasta la planta de tratamiento de crudo Procesos Edén Yuturi, del bloque 12, en donde el crudo fue procesado en petróleo, agua y gas.

La explotación en el bloque 31 del ITT, ocupa hasta la actualidad más de 95 hectáreas en donde se hizo los trabajos de instalación de maquinaria y equipos de producción e infraestructura de operaciones, en donde más de 100 trabajadores fueron contratados para el manejo de plataformas, taladros y vías, entre otros.

El bloque 31, prevee la producción máxima de 225.000 barriles diarios para el año 2019, con lo cual el país estaría apto para exportar crudo a Latinoamérica.



En lo que se refiere a la explotación del bloque 43 ITT, realizado por Petroamazonas, la planificación conlleva cinco meses, cuyas fases son: 1) trabajos de obra civil, 2) instalaciones e implementación de infraestructuras, maquinaria y equipos de producción, 3) Evaluación del impacto ambiental que realizará el Ministerio de Ambiente (MAE), pero el bloque 43 ITT, no necesita de instalación de infraestructura en el campo Tambococha ya que utilizó la que existe en el campo Tiputini.

La superficie intervenida por Petroamazonas en el bloque 43 es de más de 113,3 hectáreas de un total de 192 hectáreas, lo cual afecta a más del 1x1000 de los recursos forestales, lo cual indica que más del 59% de su superficie está intervenida por actividades hidrocarburíferas.

1.1.4. Impacto de la explotación del Yasuni ITT, en pueblos y comunidades indígenas

Actualmente el área del Yasuni ITT, comprenden los bloques 31 y 43 (ITT) de Petroamazonas, y su explotación ha sido aprobada por el Gobierno declarando de interés nacional la explotación de estos dos bloques, a pesar de que el Artículo 407, sostenía lo contrario, al expresar:

Art. 407

Se prohíbe la extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar, a petición fundamentada de la Presidencia de la República, y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

El 14 de Enero del 2003, se reporta un derrame de petróleo del bloque 14-17, de la compañía Vintage, ahora en manos de Petro Oriental, lo que afectó a una extensión considerable del Parque Nacional Yasuní en donde está el bloque 31, debido a la ruptura de una tubería enterrada del pozo Sunke 1 a 500 metros de la que fue la estación CDP Vintage, en donde el fluido se transportó por el río Shiripuno hasta la cuenca del Yasuni. Este incidente del 2003 es el primero reportado que afecto al parque Yasuni ITT. (El Comercio, 27 de enero, 2003, p.A-8)

Luego fue uno ocasionado por la empresa petrolera Repsol en el bloque 16, el 31 de Enero del 2008, en donde se derramaron 100 barriles de crudo, lo que produjo la contaminación de ríos adyacentes al parque, afectando en un bajo gordo el territorio del Yasuni ITT. (Reuters Quito, 1 de febrero, 2008)

El 30 de Mayo del 2013, ocurre otro derrame, esta vez por un deslizamiento de tierra que ocasiono la ruptura de un oleoducto conocido como SOTE (Sistema de Oleoducto Transecuatoriano), produjo el escape de 11.400 barriles de crudo a orillas del río Coca,

en el noreste de Ecuador, contaminando al parque Yasuni, ya que el fluido se transportó por el río Napo. (El Universo, 14 de junio 2013, p.A-7)

Rivas (2005), señala que la explotación hidrocarburífera del Yasuni ITT ha afectado a los pueblos indígenas Waorani, Tagaeri y Taromenane, como también a otros pueblos con menor impacto como los Huiñitairi y los Zaparoana; y a 16 comunidades indígenas, que se asientan en estos territorios, como son Martinica, Santa Teresita, Bello Horizonte, Santa Rosa, Alta Florencia, Puerto Miranda, Boca Tiputini, LLanchama, Pandochicta, Vicente Salazar, Puerto Quinche, San Vicente, Centro Ocaya, Nuevo Rocafuerte, Fronteras del Ecuador y Tiputini.

Para el año 2013, la explotación petrolera, se la realiza en la gran cuenca amazónica, hogar de más de 30 millones de indígenas, la cual ha causado la contaminación de ríos, alimentos y enfermedades en animales y focos infecciosos en comunidades indígenas, siendo las más perjudicadas los Cofán, Siona, Secoya, y Huaorani, a través del arrojamiento indiscriminado de desechos de hidrocarburos a los cuerpos de agua cercano y a la tierra, principales afectados de la contaminación petrolera. (Etchart, 2012)

La explotación del petróleo ha afectado enormemente a la comunidad de los Waorani, respecto a sus límites en territorio ancestral, pues al ser pueblos en aislamiento voluntario, requieren transitar por toda esta zona para realizar actividades de caza, pesca y recolección de frutos, por lo cual se asentaron en la Zona Intangible. (Krainer, 2012).

Según Pichilingue (2013), en el campo Armadillo ocurrieron enfrentamientos violentos entre los Huaorani y personal de madereras y petroleras, ya que estos invadieron sus terrenos.

Según Cabrera (2013), un ingeniero geólogo nombrado por la corte ecuatoriana, de los \$ 18 mil millones USD que las comunidades amazónicas exigieron; originalmente, \$ 9,000,000,000 debe ir a la realización de una extensa limpieza, junto con el desarrollo de nuevos sistemas de salud y de agua.

De acuerdo con el Registro Nacional de Cáncer del Ecuador, del 2000 a 2013, se han reportado más de 2.000 casos de cáncer de las provincias en las regiones productoras de petróleo, incluyendo Sucumbíos, Orellana, Napo y Pastaza. Porque el Amazonas no tiene su propio registro de cáncer, este número sólo refleja los casos que fueron

remitidos a Quito, con exclusión de las víctimas afectadas que no tienen los medios para viajar a un centro de atención médica.

Con miles de millones de galones de desechos tóxicos sin tratar, el gas y el petróleo liberado en el medio ambiente, es difícil de etiquetar la tasa creciente de la enfermedad en el Amazonas como una coincidencia. Muchos padres indígenas han tenido que realizar la devastadora tarea de enterrar a sus hijos a una edad muy joven.

Las mujeres embarazadas expuestas a las toxinas de la Amazonía con frecuencia sufren de abortos involuntarios, y muchos de los niños que viven a través de los embarazos tumultuosos nacen con una serie de defectos de nacimiento, lo que reduce sus posibilidades de supervivencia en esta jungla altamente contaminada.

La leucemia infantil es especialmente frecuente en la selva. De acuerdo con el informe de Hurtig "La incidencia de la leucemia y explotación de petróleo en la cuenca amazónica de Ecuador," los estudios han encontrado tasas elevadas de leucemia entre los niños entre las edades de cero y 14 por aceites contaminados áreas.

CAPÍTULO II

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN RELACION A LA EXPLOTACIÓN HIDROCARBURIFERA

2.1. PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES Y REGULACIONES INTERNACIONALES

La existencia de pueblos indígenas y tribales es defendido por los derechos humano internacionales tomando en cuenta el criterio subjetivo de la auto identificación, lo que fundamenta el alcance de la protección bajo los siguientes tratados internacionales y sus convenios, cuyas características son:

- Convenio N° 169 de la OIT, artículo 1.1 y 1.2;
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH

2.1.1. Convenio No 169 OIT

En el convenio No 169 artículo 1 numerales 1 y 2, se determina la existencia de los pueblos indígenas y tribales bajo los siguientes criterios objetivos:

Existencia de pueblos indígenas

- Deberá tener antecedentes históricos, referentes a la época precolonial o antes de la conquista
- Deberá poseer territorios ancestrales.
- Deberá tener institucionalidad propia, es decir deberá poseer autonomía política, cultural, económica y social.

- Conciencia de su identidad indígena.(OIT, Convenio No 169, Artículo 1.2).

Existencia de pueblos tribales:

- Condiciones económicas y culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.;
- Tener tradiciones y costumbres, y un reconocimiento legal especial.
- Conciencia de su identidad tribal.

En otro ámbito la Corte Interamericana, refiriéndose a los pueblos tribales enumera también ciertas características que deben poseer para su reconocimiento de su auto identificación y lograra su protección:

- Deberá ser única en tradiciones y costumbres a fin de que se diferencien de aquellas existentes en otras secciones de la comunidad nacional.
- Deberá cumplir con la auto identificación de sus territorios ancestrales
- Deberá poseer un marco legal y normativo propio que los distinga de la sociedad, así como también sus propias tradiciones ancestrales.

2.1.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas en cuanto a la auto identificación de los pueblos indígenas no es definida ampliamente, únicamente hace referencia a los elementos numerados en el Convenio, en el que el artículo 33.1, se encuentra el derecho

de los pueblos indígenas a determinar su propia identidad o pertenencia en base a sus costumbres y tradiciones.

De esta forma es en el Convenio No 169, en el artículo 1 numerales 1 y 2 donde se fundamenta toda la auto identificación de los pueblos indígenas y comunidades tribales enunciando ciertas características que deberá poseer para ser reconocidos como tal ante la comunidad internacional y poder hacer valer sus derechos; igual sucede con la declaración de las Naciones Unidas, en donde el artículo 33.1, que toma en cuenta sus costumbre y tradiciones como elementos fundamentales para la identidad.

2.2. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS DEL ECUADOR

2.2.1. Antecedentes

En un principio hace miles de años atrás, los incas influenciaron en los pueblos indígenas del Ecuador, en la estructuración de sofisticadas y eficientes formas de organización económica, política, social, religiosa y cultural, lo cual permitió formar verdaderos estados. (Almeida, 2005)

Las comunidades indígenas del Ecuador, se desarrollaron en formas de organización estables donde la solidaridad y cooperación permitirá establecer alianzas de intercambio comercial entre sus pobladores de la Sierra, Costa y Amazonía, y en muchas ocasiones estas relaciones se extendían más allá de las fronteras hasta alcanzar a comunidades y pueblos indígenas del Sur de México y Chile.(Odello, 2012)

“El estado Inca incursionó con fuerza en el norte del Ecuador en el siglo XV, quienes integraron en sociedades organizadas a todos los pueblos asentados en el callejón interandino, siendo su duración de un siglo hasta que los españoles invadieron tierras incas, quedando únicamente la región Sierra con la influencia y herencia Inca. “ (Salomón, 1980, p.276-280).

A partir del siglo XVI se registran trece nacionalidades y dieciséis pueblos indígenas totalmente autónomos, descendientes de los pueblos originarios que poblaron el Ecuador hace miles de años, sin embargo no se han respetado los derechos y libertades de estos pueblos indígenas desde que comenzó la invasión española.

2.2.2. Organizaciones Indígenas

Las organizaciones de pueblos indígenas se crearon para luchar y protestar contra el régimen autoritario de la época colonial en donde los españoles estaban gobernando la Real Audiencia de Quito, e imponía injustas leyes únicamente para los indígenas que fue la clase más pobre y desprotegida de la colonia. Esto produjo el origen de las organizaciones comunitarias indígenas las cuales en los años 40 tuvieron lugar sus primeros actos de rechazo a las medidas sociales, económicas, de religión y políticas que se les imponía a la fuerza.(Becker, 2008)

La primera organización de los años 40 fue la federación Ecuatoriana de Indios (FEI), cuyos representantes fueron Cayambi, Dolores Cacuango y Transito Amaguaña, cuyo campo de acción clasista fue la sierra, y estaban organizados por sindicatos. Para 1972, nace la Ecuarunari como una organización comunitaria conformada por campesinos e indígenas, lo que hoy se llama la Confederación de Pueblos de Nacionalidad Kichwa del Ecuador.

En 1980 nace la Confederación de Nacionalidades indígenas de la Amazonia (CONFENIAE), la cual en ese mismo año, establece alianzas con la ECUARUNARI, y forman el Consejo de nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONACNIE).(Porras, 2005)

En 1986 el CONACNIE, cambia de nombre y se forma la CONAIE, quien organiza a los pueblos y comunidades de la Costa, y crea la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la costa Ecuatoriana (COICE), que posteriormente se convierte en la Confederación de las Nacionalidades indígenas de la Costa Ecuatoriana (CONAICE).

Estas organizaciones comunitarias indígenas buscan que sus derechos civiles sean respetados para lo cual se identificaron varios objetivos que el estado debería cumplir entre los que están:

- i) Integrar a las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador.
- ii) Impulsar la reestructuración del estado como una estructura Plurinacional, con inclusión social.
- iii) Promover, impulsar y expandir la educación intercultural bilingüe en todas las comunidades indígenas del país.
- iv) Promover el ejercicio de los Derechos Colectivos de pueblos y Nacionalidades Indígenas del Ecuador, reconocidos en la Constitución Política de la República; y,
- v) Defender las relaciones internacionales entre las nacionalidades indígenas del continente Abya-Yala

En 1988, la CONAIE, firma con el Ministerio de Educación, el Convenio de cooperación Científica, y se forma el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, y es para 1990, año en el cual se organizan a través de todas las redes comunitarias indígenas el primer levantamiento a gran escala en todo el país en contra del Gobierno de Rodrigo Borja, para exigir la conformación de un Estado Plurinacional, el reconocimiento del territorio indígena y la educación intercultural bilingüe.

En octubre de 1992, la ONU establece la declaración del Decenio de los Pueblos Indígenas y en el Ecuador se establece el PRODEPINE. En 1994, la CONAIE logra que se hagan algunas reformas a la Ley Agraria. En 1996, se constituye el “Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País”, y la CONAIE entra a formar parte de la política de estado con un nuevo partido político. En 1997, la CONAIE, genero movilizaciones políticas en todo el país para derrocar al Gobierno de Abdalá Bucaram por su política económica y social nefasta para el país y por los intentos de fracturar al movimiento indígena, logrando su destitución y la creación del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).(Porrás, 2005)

De esta forma la historia de las organizaciones de pueblos indígenas se han ido desarrollando en luchas constantes, levantamientos y movilizaciones en contra de las

políticas de injusticia social en cada etapa de gobierno que tuvo el Ecuador, cuyo último acontecimiento histórico se suscitó en marzo del 2006, en donde la CONAIE organizó un levantamiento indígena para que se exija al Gobierno que suspenda las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, como también aquellos contratos con la empresa Oxy.

2.2.3. Las nacionalidades indígenas

En la década de 1980, muchos de los estudiosos de las nacionalidades indígenas, retomaron los conceptos y fundamentos del Comunismo Internacional de los años 1920, que fundamentaban y defendían el concepto de las nacionalidades indígenas, y es en este mismo año que la Federación Shuar en la región Amazónica se une a otras organizaciones indígenas y forma Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE , Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana) para luchar por los intereses comunes de los pueblos indígenas (Kichwa , Shuar , Achuar , Siona , Secoya, Cofán , Huaorani y) en la cuenca del Amazonas .

En 1986 , se les une la ECUARUNARI en la sierra para formar la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE , Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), con esto se consolidan los pueblos indígenas en el Ecuador, d donde la CONAIE se fortaleció mediante alianzas con organizaciones no gubernamentales u ONG.

Existieron otras organizaciones aparte de la CONAIE que quisieron competir con esta, para guiar a los pueblos indígenas a su desarrollo y progresos social, económico y religioso, entre estas esta la FENOCIN Federación Nacional de Organizaciones Campesinas Indígenas y Negras, la cual defiende los derechos de campesinos, indígenas y comunidades afroecuatorianas .

Después surge otro competidor que es la Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos FEINE, los cuales defienden los intereses de los pueblos indígenas evangélicos, basados en la palabra de Dios y su identidad cultural.

En el Ecuador existen 14 nacionalidades y 20 pueblos indígenas diferentes, siendo los más importantes, los Tsáchila, Chachi, Epera, Awa, Kichwas, Shuar, Achuar, Shiwiar, Cofán, Siona, Secoya, Zápara, Andoa y Waorani, y afroecuatorianos (7,2 por ciento). (Datos: Censo 2010). Según el censo de 2010 la población indígena representa el 7 por ciento de la población ecuatoriana (1.018 millones), con un aumento del 22,6 por ciento de la población indígena estimada en el 2001. (Wessendorf, 2009)

Entre los grupos étnicos indígenas están los de las tierras altas y tierras bajas como son los Quichua en las tierras altas, y en tierras bajas Cofán, Secoya, Siona, Hauorani, Achuar y Shuar, Tsáchila y Chachi. El censo de 2001 registró que los indígenas representan el 6,8 por ciento de la población. Sin embargo, muchos, incluyendo la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), argumentan que los pueblos indígenas constituyen entre el 25 y el 30 por ciento de la población total.

Del mismo modo, existe una gran brecha entre las cifras oficiales de los afroecuatorianos (5 por ciento) y las estimaciones de las ONG (10 por ciento). Estas diferencias tienen que ver con cuestiones de la clasificación de los negros e indígenas, en particular de aquellos que se han casado con personas de otras razas o no indígenas, y los que viven en zonas urbanas.

2.2.3.1. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa

“Las nacionalidades indígenas de la Costa son los Awa, los Chachi, Épera y los Tsachila; sus principales pueblos son los Wankavilka, Puna, Manta, Montubio. Su detalle y característica a continuación.” (Merchán, 2007, p.58):

PUEBLO / NACIONALIDAD	UBICACION	CARACTERISTICAS
NACIONALIDAD AWA	ESMERALDAS	•AWAPI, CASTELLANO •3500 habitantes
NACIONALIDAD CHACHIS	San Lorenzo y Eloy Alfaro	CHACHI, CASTELLANO 8.040 habitantes
NACIONALIDAD TSA´CHILAS	Santo Domingo de los Tsa´chilas	TSA´FIQUI, CASTELLANO 21394 habitantes
NACIONALIDAD ÉPERA	Eloy Alfaro provincia de Esmeraldas	•SIAPADEE, CASTELLANO •394 habitantes
PUEBLO MANTA	GUAYAS MANABÍ	cultura Valdivia Salango, Agua Blanca, el Pital y las Tunas 4.489 habitantes
PUEBLO WANKAVILVA	Salinas, Santa Elena y general Villamil (playas) provincia de Santa Elena y Guayas	Kichwa Aymara, CASTELLANO 86 COMUNIDADES

Fuente: Merchan, 2007

2.2.3.2. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Sierra

Las nacionalidades indígenas de la Sierra es una solamente, y son los Kichwa, y sus pueblos indígenas son Kitukara, Cañaris, Salasacas, Chibuleos, Saraguros, Panzaleo, Kayambis, Natabuela, Tomabela, Palta, Purua, Kisapinchas, Huaranca, Kichwa de Tungurahua, Otavalos, Karamkis, Afroecuatoriano. Su detalle y característica a continuación:

Kichwa de la sierra		INDÍGENA
	Hombre	2.646
	Mujer	3.093
	Total	5.739
Pastos		INDÍGENA
	Hombre	9
	Mujer	5
	Total	14
Otavalo		INDÍGENA
	Hombre	79
	Mujer	83
	Total	162
Karanki		INDÍGENA
	Hombre	4
	Mujer	4
	Total	8
Kayambi		INDÍGENA
	Hombre	11
	Mujer	4
	Total	15
Kitukara		INDÍGENA
	Hombre	2
	Mujer	2
	Total	4
Panzaleo		INDÍGENA
	Hombre	9
	Mujer	15
	Total	24
Chibuleo		INDÍGENA
	Hombre	6
	Mujer	4
	Total	10
Salasaka		INDÍGENA
	Hombre	4
	Mujer	3
	Total	7
Kisapincha		INDÍGENA
	Hombre	3
	Mujer	2
	Total	5
Tomabela		INDÍGENA
	Hombre	1
	Mujer	2
	Total	3
Waranka		INDÍGENA
	Hombre	1
	Mujer	3
	Total	4
Puruhá		INDÍGENA
	Hombre	146
	Mujer	134
	Total	280
Kañari		INDÍGENA
	Hombre	2.586
	Mujer	3.015
	Total	5.601
Saraguro		INDÍGENA
	Hombre	257
	Mujer	201
	Total	458
Paltas		INDÍGENA
	Hombre	1
	Mujer	1
	Total	2
Manta		INDÍGENA
	Mujer	1
	Mujer	1
	Total	2
Huancavilca		INDÍGENA
	Hombre	6
	Mujer	6
	Total	12
Otras nacionalidades		INDÍGENA
	Hombre	31
	Mujer	28
	Total	59
Se ignora		INDÍGENA
	Hombre	2.316
	Mujer	2.501
	Total	4.817
Total		INDÍGENA
	Hombre	8.333
	Mujer	9.305
	Total	17.638

Fuente: Merchán, 2007

2.2.3.3. Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Amazonía

Las nacionalidades indígenas de la Amazonía son las etnias Achuar, Andoa, Cofan, Secoya, Siona, Shiwiar, Huaorani, Zapara, y sus pueblos indígenas son Kichwa Amazonico y Pueblos no contactados. Su detalle y característica a continuación:

Achuar		INDÍGENA
	Hombre	81
	Mujer	87
	Total	168
Chachi		INDÍGENA
	Hombre	47
	Mujer	34
	Total	81
Cofan		INDÍGENA
	Hombre	20
	Mujer	13
	Total	33
Epera		INDÍGENA
	Hombre	1
	Mujer	1
	Total	2
Siona		INDÍGENA
	Hombre	6
	Mujer	5
	Total	11
Secoya		INDÍGENA
	Hombre	5
	Mujer	4
	Total	9
Shiwar		INDÍGENA
	Hombre	22
	Mujer	20
	Total	42
Shuar		INDÍGENA
	Hombre	99
	Mujer	90
	Total	189
Tsachila		INDÍGENA
	Hombre	33
	Mujer	22
	Total	55
Waorani		INDÍGENA
	Hombre	20
	Mujer	17
	Total	37
Zapara		INDÍGENA
	Hombre	3
	Mujer	3
	Total	6
Andoa		INDÍGENA
	Hombre	599
	Mujer	595
	Total	1.194

Fuente: Merchán, 2007

2.2.4. Sistema legal indígena

La Constitución de la República del Ecuador 2008, expresa en el Artículo 171, sobre el sistema legal indígena lo siguiente:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la

solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El sistema legal indígena, se lo define de varias formas, entre las cuales están: Derecho Consuetudinario; Derecho Indígena; Derecho Shuar, Quichua, Siona, Secoya, etc, Justicia por mano propia; Justicia Tradicional; Mecanismos alternativos de resolución de conflictos; Sistema Legal Indígena; Derecho originario; Ley indígena, etc, cada uno de los cuales se ajusta al convivir de las comunidades y pueblos indígenas y están estrechamente relacionados con un modelo de sociedad. (Wisum, 1999)

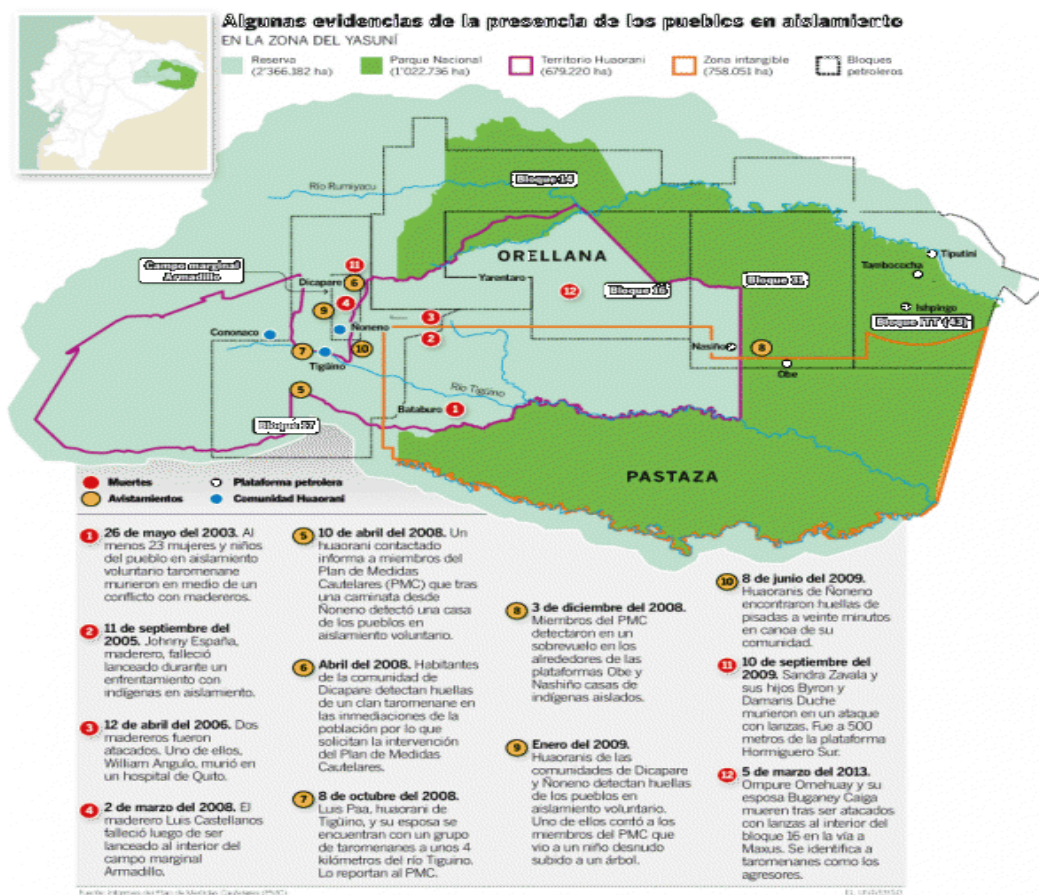
El sistema legal indígena al ser elemento de una organización social, esta caracterizado por:

- Trascendencia milenaria
- Carácter colectivo
- Proceso de transformación y perfeccionamiento.
- Proceso ágil, oportuno y dinámico
- Justo
- Oral

2.3. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS DEL YASUNÍ

Los pueblos indígenas del parque nacional Yasuni, se clasifican en pueblos contactados y pueblos en aislamiento voluntario o no contactados. Los pueblos contactados son los Waorani y los pueblos en aislamiento voluntario son los Tarmenane y Tagaeri, ambos ocupan una extensión de 679.220 hectáreas. (Jorgenson y Rodriguez, 2001).

Existen también otros pueblos en aislamiento voluntario como los Nashiño y Tarmengas ubicados cerca del bloque 31 a unos 40 Km del alto Nashiño, los Huiñitairi los Zaparoana y otros pequeños grupos localizados en el bajo Nashiño y el bajo Curaray, en la zona fronteriza de Ecuador – Perú. (Rivas, 2005).



Los pueblos indígenas que viven en el Parque Nacional Yasuni pertenecen a los grupos Kichwa, Waorani, Tagaeri y Tarmenane, siendo los Waorani los que ocupan la mayor extensión de territorio en el parque Yasuni, su idioma es el wao tededo y tienen fama de

ser guerreros ya que la historia relata una diversidad de enfrentamientos con pueblos de la zona y hasta entre sus propios miembros.(García y Colleoni, 2008)

Su forma de vida dependía de la caza, recolección de frutas, raíces y semillas, es decir poseían un sistema de autoabastecimiento de alimentos para soportar las diferentes estaciones del año, lo cual les ha permitido sobrevivir, aunque muchas veces han sido atacados por otras culturas indígenas y de la civilización occidental lo que los ha empujado a trasladarse hacia los ríos Napo y Curaray.

Los Waorani fueron contactados inicialmente en 1956 con un grupo de científicos, y más tarde se los confina a una extensión de 16.000 hectáreas llamado “Protectorado Waorani”, en donde se encuentran ubicado actualmente, pero sus amenazas son la pobreza y marginación, las actividades hidrocarburíferas en sus territorios y las actividades forestales.(Fontaine y Narvaez, 2007).

Los pueblos no contactados son los Tagaeri y Taromenane, los cuales viven la zona media y baja del Yasuni y en la zona Intangible, al sur del territorio Waorani y del parque Yasuní, viven desprotegidos amenazados por el avance de la civilización occidental, cuyos impactos son la invasión de tierras, evangelización, el comercio ilegal de madera, explotación petrolera, entre otros.

.

Los Tagaeri y Taromenane tienen una población de alrededor de 80 y 300 personas, siendo los Taromenane distintos a los Tagaeri en su contextura física y formas de vida, se esconden en la noche para no ser vistos por el humo. Los derechos de los pueblos indígenas que garantiza el estado a los Waorani, Tagaeri y Taromenane son los siguientes (Narvaez, 2009):

- Derecho de mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y sus tradiciones;
- Derecho a no ser desplazados de sus tierras
- Derecho a sus ecosistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional;
- Derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital

2.4. DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS RELACIONADOS CON LA EXPLOTACION DEL YASUNÍ ITT

La violación de los derechos indígenas desde la antigüedad, estuvo marcada por injustas políticas de estado en la real Audiencia de Quito, las mismas que son:

- El indígena no se le reconoce su existencia
- El indígena era obligado a un solo modelo económico, social, religioso y político sin que se considere su cosmología andina y tradiciones ancestrales.

Estas políticas provocaron la sublevación y rebeldía del indígena en todas las épocas anteriores hasta la época republicana y social demócrata de nuestros días. Esta resistencia indígena se caracteriza por las continuas luchas de los pueblos indígenas pero ya conformados en organizaciones clasistas en las comunidades.(Oyarzún, 2004).

2.4.1. Derecho de autodeterminación

“Según los derechos humanos internacionales, el derecho de autodeterminación, es el derecho de los pueblos de defender libremente, sin influencia externa, su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”. (Anaya, 2000, p.136).

Los Pactos Internacionales de 1966, reconocer el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas con referente a los recursos ancestrales, que en el artículo 1 inciso 2, dice lo siguiente:

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

Según los pactos internacionales, la explotación del Yasuni ITT afecta a los pueblos indígenas ya que se los priva de sus medios de subsistencia como alimentos naturales, agua, aire y de la producción de la tierra, necesarios para sus subsistencia, de forma que las poblaciones en aislamiento voluntario como los Waorani y pueblos no contactados como los Tagaeri y Taromenane entre otros, son de su libertad para aprovechar sus riquezas y recursos naturales, por tanto sus derechos de autodeterminación, autogobierno y de identidad cultural, no han sido respetados.

Según la Constitución Política de 2008, el derecho de autodeterminación se ve reflejado en el artículo 57, que dice textualmente:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. (Constitución Política 2008).

Según el artículo 57, la explotación de petróleo en el Yasuni ITT, el derecho de autodeterminación está siendo violentado al permitir que se realicen actividades extractivas de petróleo en territorio de pueblos en aislamiento voluntario lo que está afectando sus vidas, así lo asevera el Observatorio de Derechos Colectivos del Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), al decir que, el gobierno ecuatoriano no reconoce la existencia de los pueblos en aislamiento voluntario, en el bloque 43ITT, con el antecedente que el mismo estado hace seis años prohibió todo tipo de actividad hidrocarburífera en el bloque ITT, afirmando que se afectaría a pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

2.4.1.1. Derecho a las tierras, territorios y recursos naturales

Según resolución A/RES/60/142 de la ONU, resuelve que todo gobierno deberá crear políticas para garantizar la protección de los pueblos indígenas mediante el cumplimiento de sus derechos, principalmente para aquellos que están localizados en pequeñas extensiones de territorio lo cuales corre el riesgo de extinción.

Con lo referente a los pueblos en aislamiento voluntario la CIDH 2006, se hace presente con responsabilidades y obligaciones que debe cumplir el Estado ecuatoriano igualmente, tiene que cumplir con otras obligaciones que están determinadas que constan en las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas y en Aislamiento de Naciones Unidas, cuyos aspectos son:

Garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas en aislamiento

Garantizar los derechos individuales de los pueblos indígenas en aislamiento

Así mismo el artículo 18 establece que los pueblos en aislamiento son personas que tienen que gozar de todos los derechos humanos contenidos en las resoluciones internacionales, e igualmente en el artículo 50, se resuelve que le estado debe garantizar el derecho a la propiedad de estos pueblos.

La Constitución del Ecuador (2008), en el artículo 57 establece que “los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral, irreductible e intangible y en ellos estarán vedadas todo tipo de actividades extractivas. El Estado adoptará medidas que garanticen sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley”.(Constitución Política 2008, Artículos 57:7 y 17).

Es imprescindible recalcar que existen varios aspectos exclusivos que los gobiernos deben tomar en cuenta para demarcar, titular, y adjudicar legalmente superficies de terreno a los pueblos y nacionalidades indígenas, que son los siguientes(OIT, Convenio No 169, artículos 14.2,13.2,16.1,16.3,16.4).

1. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado y abarca el concepto de territorios.
2. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro y el derecho a no ser trasladados de la misma.
3. Deber de otorgar títulos oficiales de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio y salvaguardar su certeza jurídica.
4. Deber de proceder a la demarcación o delimitación física de la propiedad.
5. Deber de restituir, cuando correspondiere, las tierras tradicionales a las comunidades, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y estas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, y aun a falta de título legal, se mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma óptima de respetar el derecho a la propiedad, con prevalencia sobre derechos de terceros y mediante la adopción de medidas necesarias para que dichos terceros de buena fe sean debidamente indemnizados.
6. Deber de otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las perdidas, cuando la restitución no fuera posible en casos excepcionales y acordados con las comunidades y sus representantes libremente elegidos. En ningún caso la decisión de las autoridades internas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras estén en manos privadas o que estén racionalmente explotadas.
7. Deber de indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

2.4.1.1.1. Convenio N° 169 de la OIT, artículos 17.2 y 19 y Declaración de Naciones Unidas, sobre el derecho al desarrollo

Según el Convenio No 169 de la OIT, artículo 17.2 y 19, trata sobre el derecho de las comunidades indígenas de usar y aprovechar los bienes de su propiedad, incluyendo sus tradiciones y costumbres, en donde el estado debe tener en cuenta la especial naturaleza de la propiedad de las tierras.

También en la Declaración de las Naciones Unidas acerca del derecho al desarrollo sostiene que “la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye [...] el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”. (Declaración de Naciones Unidas, 2006).

El estado ecuatoriano no protege el derecho al desarrollo para las comunidades indígenas que habitan el parque Yasuní y bloque 43ITT, pues la exploración y explotación petrolera realizada por Petroamazonas y anteriormente por Petrobras, ha sido causa de conflictos, en donde el derecho a la propiedad de estos pueblos ha sido amenazada, ya que estos pueblos tienen derecho total sobre los recursos naturales, y el estado sobre los recursos del subsuelo, situación que ha levantado complicados debates en el campo jurídico.

2.4.1.1.2. Convenio N° 169 de la OIT, artículos 15.1 y 15.2 y Declaración de Naciones Unidas, artículo 32

Según el artículo 15.1 y 2, el derecho a la propiedad significa:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. 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

Según el Convenio N° 169 de la OIT, artículo 15.1, el derecho a la propiedad comprende aquellos derechos relacionados con los recursos naturales renovables y no renovables existentes en sus tierras, por tanto el estado protegerá estos derechos con la adopción de disposiciones especiales para que los mismos sean protegidos, y que estas comunidades indígenas pueden usar y aprovechar estos territorios, administrando y cuidando sus recursos.

La Declaración de Naciones Unidas, artículo 32; numerales 2 y 3 protege el derecho de propiedad y derecho a la consulta previa y derecho de reparación cuando las comunidades se ven afectadas por la explotación hidrocarburífera realizada por terceros, al decir que:

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

2.4.2.2. Derecho al Autogobierno

Según Anaya, el derecho de autogobierno es aquel derecho de los pueblos indígenas a establecer una propia estructura política basada en sus tradiciones y costumbres, en donde se ramifican varios derechos afines como son el derecho a la autonomía y el derecho a la participación y consulta

El derecho a la autonomía gubernamental explica que la autonomía comprendía aspectos relacionados con la cultura, religión, educación, gestión de tierras y recursos, medioambientales, entre otras, es así que la declaración americana de derechos indígenas en el artículo 5 hace mención al derecho de autogobierno:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, por tanto tiene derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medioambiente e ingreso de los miembros, así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.

El derecho a la participación y consulta, incluye la participación en la toma de decisiones políticas a través de la consulta previa y consulta prelegislativa. Para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, y de aceptar y brindar información de manera permanente, lo que implica una comunicación constante entre las partes.

Las consultas as debe realizar el estado al momento que exista la idea o el pre plan de un proyecto de extracción petrolera, tal es el caso de la exploración y explotación de petróleo en el Yasuni y bloque 43 ITT, e donde las operaciones de extracción fueron realizadas sin previo aviso y con una consulta previa mal informada, e inmediata que no duro el tiempo que era necesario como para que los representantes de cada organización

indígena, evalúen los impactos económicos, sociales, ambientales, culturales y políticos y poder tomar una decisión conjunta con el estado.

Como consecuencia de esto los riesgos de esta actividad en territorio de los Waorani , Tagaeri y Taormennae, son enormes, desde la usurpación de su hábitat territorial hasta una continua contaminación en sus ríos y afluentes.

2.4.2.3. Derecho a la Identidad Cultural

2.4.2.3.1. Derecho de protección contra el genocidio, genocidio cultural y etnocidios

Dentro del derecho de identidad cultural, es el derecho de protección contra el genocidio, genocidio cultural y el etnocidio, en donde el genocidio cultural, es el que ha sido provocado con la explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuni y particularmente en la zona del ITT, siendo las comunidades indígenas de los Waorani y pueblos no contactados, los más afectados.

Según la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 8 numerales 1 y 2 sostiene que el estado está obligado a proteger los derechos de identidad cultural, territorial y en general todo acto de discriminación, complementándose con el derecho de reparación en caso de que el estado hubiere ocasionado daños. Según este artículo, se dispone a todo estado:

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 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...”.

2.4.2.3.2. Derecho de reparación

La declaración de las Naciones Unidas referentes a la protección de la identidad cultural hace referencia al derecho de reparación en territorios de las comunidades indígenas afectadas por la explotación petrolera, el cual está citado en el Artículo 11, 12 y Artículo 28. El artículo 11 inciso segundo dice.

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

El artículo 12 párrafo 2, en lo relacionado al derecho de reparación sostiene que:

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

El artículo 28, numeral 1 bajo este lineamiento se refiere:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados

2.4.3. Los límites legales constitucionales frente a la actividad extractiva en el Yasuní ITT

La normativa aplicable para la actividad petrolera en el Yasuni, está dispuesta por jerarquías en donde la Constitución 2008, es la que prevalece sobre las otras leyes, las cuales deben estar formuladas para que concuerden con sus disposiciones sin tener valor alguno si estas no están alineadas con ella. (Constitución 2008, Artículo 424)

Es de esta forma que la Constitución, regula la actividad petrolera del Yasuni en base a los artículos 407, 408, 71, 395 numerales 1 y 4 y con el artículo 397 numeral 4 de la Constitución, entre los cuales no existe concordancia en sus disposiciones, y es en donde el artículo 6 de la Ley de Gestión Ambiental entra en conflicto legal, ya que no enfoca bien el asunto de protección ambiental en áreas protegidas.

Así tenemos el artículo 407 dice textualmente.

Artículo 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Aquí se hace prevalecer la petición del Presidente y declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, con el salvataje de una consulta popular que actualmente no ha sido realizada.

Por otra parte el artículo 408, expresa lo siguiente:

Artículo 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad

Aquí se puede ver que la explotación del Yasuni ITT se la considera aceptable, bajo cumplimiento de principios ambientales establecidos en la Constitución, en donde el estado será garante de que la producción hidrocarburifera luego de haber realizado su trabajo deje limpiando todo residuo, y que verifique que todo el ecosistema este equilibrado como lo estaba antes de la explotación.

Así mismo, entra en contradicción estos dos artículos 407 y 408, con el 71, que dicen:

Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tienen Derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el

cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Aquí se puede apreciar que la Constitución, prohíbe la explotación petrolera de cualquier forma, método o técnica, cuando las comunidades y pueblos así lo exijan ante la autoridad pública, basados en los derechos colectivos que dicta la Constitución en el capítulo 4 artículos 56 al 60.

Otra contradicción en la Constitución con los artículos 407 y 408, son los artículos 395 y 397, u expresan:

Artículo 395, Numerales 1 y 4

Artículo 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Artículo 397 numeral 4

Artículo 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las

condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.

Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas.

En el artículo 395 numerales 1 y 4 la Constitución establece los principios ambientales bajo los cuales supuestamente se puede explotar el petróleo del Yasuni ITT según lo que dice el artículo 408, en donde estos principios garantizan el desarrollo sustentable de las diversas nacionalidades y poblaciones indígenas asentadas en esta área y de su biodiversidad, contradiciendo lo que dice el artículo 397 y 71, en donde se acepta que existen riesgos altos de contaminación en donde las comunidades serán subsidiadas en sus daños, y las compañías o empresas causantes del daño ambiental sancionadas, lo que en la realidad no sucede ya que por ejemplo Chevron fue sancionado y se le obligo a reparar los daños lo que hasta la actualidad no ha habido ninguna gestión de sus dirigentes para recuperar el ecosistema perdido.

En el artículo 397 numeral 4 se aprecia que la Constitución en lo que se refiere a la protección ambiental en el Yasuni ITT, garantiza que el estado subsidiara por daños ambientales o contaminación ocurrida en el Yasuni ITT por derrame de petróleo, así mismo el estado garantizara que las compañías petroleras que ocasionaren el daño sean además de sancionadas, exigirles que reparen todos los daños ocasionados al ecosistema en base a la ley, por tanto se contradice con el artículo 408, en donde la explotación se hace en base de principios Constitucionales, en donde el estado también se beneficia de los rendimientos de esta producción.

Todos estos artículos de la Constitución, tienen en conjunto contradicción con el artículo 6 de la Ley de Gestión Ambiental donde se acepta la extracción de petróleo en el Yasuni siempre y cuando existan estudios de factibilidad económico y ambiental realizados previamente en función de los intereses nacionales, lo cual no consta en la

Constitución, ya que solo dice que se acepta en función de los principios ambientalistas y por orden presidencial.

Si se asume que el interés nacional es equivalente al interés de las comunidades y pueblos indígenas por preservar el medioambiente del Yasuni ITT, se entiende que el estudio de factibilidad económico y el estudio de impacto ambiental serán suficientemente estrictos para evitar atentar contra el interés de estas poblaciones de preservar la biodiversidad y el patrimonio genético del país.

CAPÍTULO III

LA CONSULTA PREVIA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR

3.1. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos bajo la Convención Interamericana de derechos Humanos de 1969, señala los principios de igualdad y de la no discriminación de las personas, siendo su objetivo el de integrarlos a todos a las actividades económicas, sociales y públicas, impulsando y potenciando sus capacidades de organización, su cultura y valores humanos.

Bajo el sistema interamericano, se establecen varios derechos aplicados a los indígenas, como son el derecho de que todo estado haga respetar y garantizar la vida, libertad e integridad personal, inclusive se los hará valer en casos de emergencia nacional. También en este sistema interamericano, se defiende al indígena con el derecho a la libertad de expresión y comunicación y de practicar y manifestar sus creencias religiosas. Artículo II de la Declaración y 12 de la convención).

La Convención y Declaración Americana, hace valer los derechos a preservar la salud y bienestar, de beneficiarse de la cultura de sus pueblos, el derecho de reconocer sus derechos civiles y penales, como también ser sujeto de ser elegido y elegir por votación para ocupar cargos gubernamentales y públicos, a asociarse para garantizar que se cumplan sus derechos, a la propiedad, goce y uso de sus bienes, el derecho a la honra u dignidad y a las garantías judiciales y debido proceso.(Artículos 17,25,26 numeral 8 y 25).

Por lo tanto, se comprueba el hecho de que bajo lo estipulado en la Convención y declaración Americana, en ninguna parte se hace referencia a la protección de los derechos de los pueblos indígenas americanos, sino únicamente existen ciertos artículos dentro de este sistema interamericano en donde se estructuran algunos derechos básicos, órganos de control y supervisión de estos derechos y normas de conducta obligatoria

para los estados, los mismos que son aplicables a la situación de los indígenas dentro de los países miembros.

3.1.1. La Corte Interamericana de derechos Humanos y los pueblos indígenas

3.1.1.1. Reseña Histórica

En noviembre de 1969 la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos se celebró en San José, Costa Rica, en la que los delegados de los Estados miembros de la organización de Estados Americanos aprobaron la Convención Americana sobre derechos humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando un Estado miembro depositado el documento ratificado undécimo.

Hasta la fecha, veinticinco naciones americanas han ratificado o adherido a la Convención, incluyendo; Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre derechos humanos, mediante una comunicación dirigida al Secretario General de la OEA el 26 de mayo de 1998. Venezuela denunció la Convención Americana sobre derechos humanos, por la comunicación al Secretario General de la OEA, el 10 de septiembre de 2012." (Ver información por país).

Este tratado regional es vinculante para los Estados que ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que comenzó al final de la II guerra mundial, cuando las Naciones Americanas se reunieron en México y decidieron redactar una declaración sobre los derechos humanos, para finalmente adoptarlo como un Convenio. Esta declaración, la Declaración Americana de los derechos y deberes de la persona, fue aprobada por los Estados miembros de la OEA en Bogotá, Colombia en mayo de 1948.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención creó dos autoridades con competencia para observar las violaciones de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de derechos humanos y la Corte Interamericana de derechos humanos. El primero fue creado en 1959 y

comenzó a funcionar en 1960 cuando el Consejo de la OEA aprobó su estatuto y eligió a sus primeros miembros.

Sin embargo, el Tribunal no pudo ser establecido y organizado hasta que la Convención entró en vigor. El 22 de mayo de 1979 los Estados partes en la Convención eligió a los abogados que con su capacidad personal, fueron los primeros jueces que compondrían la corte durante el séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Primera audiencia de la corte se celebró en junio 29 y 30, 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

El 01 de julio de 1978, la Asamblea General de la OEA recomendó aprobar la oferta formal del gobierno costarricense para establecer la sede de la corte en su país. Esta decisión fue ratificada por los Estados partes en la Convención durante el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General en noviembre de 1978. El 03 de septiembre de 1979 se celebró la ceremonia de asentamiento de la corte en San José.

Durante el noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el estatuto de la corte y en agosto de 1980, el Tribunal aprobó su Reglamento interno, que incluyen las disposiciones de procedimiento. En noviembre de 2009 durante el período ordinario de sesiones LXXXV el nuevo reglamento entró en vigor, que se aplican a todos los casos actualmente ante el tribunal.

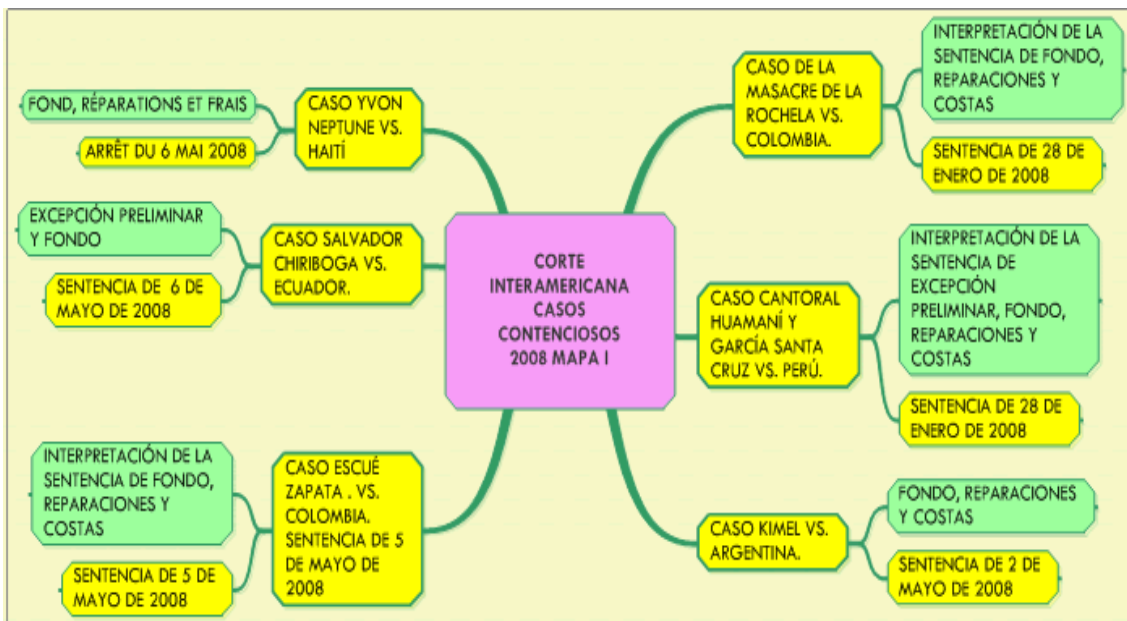
El 10 de septiembre de 1981, el gobierno de Costa Rica y la corte firmaron el acuerdo de sede aprobado por la ley N° 6889 de 09 de septiembre de 1983 establece los privilegios e inmunidades de la corte, para los jueces, su personal y las personas que aparecen antes de que. Este acuerdo de sede está destinado a facilitar el flujo normal de las actividades de la corte, especialmente con respecto a la protección otorgada a cada persona que interviene en el proceso. Como parte del acuerdo contraído por el gobierno de Costa Rica en noviembre de 1993, donó a la corte la casa donde se encuentra hoy en día.

El 30 de julio de 1980, la Corte Interamericana y el gobierno de Costa Rica firmaron un acuerdo, aprobado por la Asamblea Legislativa el 28 de octubre de 1980 por la ley N° 6528, que creó el Instituto Interamericano de derechos humanos. El Instituto fue establecido por lo tanto como una entidad independiente Internacional de naturaleza

académica, dedicada a la docencia, la investigación y la promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinar y énfasis en problemas de Estados Unidos. El Instituto, cuya sede está también en San José, Costa Rica, trabaja como un apoyo para el Sistema Interamericano de protección internacional de los derechos humanos.

3.1.1.2. Enfoque

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Interamericana de derechos Humanos, con la finalidad de aplicar e interpretar la Convención y otros tópicos de derechos humanos. Está ubicada en Costa Rica y su capital San José de Costa Rica e integrada por siete jueces originarios de los países miembros de la OEA.



Las competencias jurisdiccionales de la Corte son dos: Contenciosa y Consultiva. Es contenciosa pues en ella se resuelven los casos en los que algún Estado ha violado la Convención, siempre que esté en conocimiento de las partes (Estados involucrados) o en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

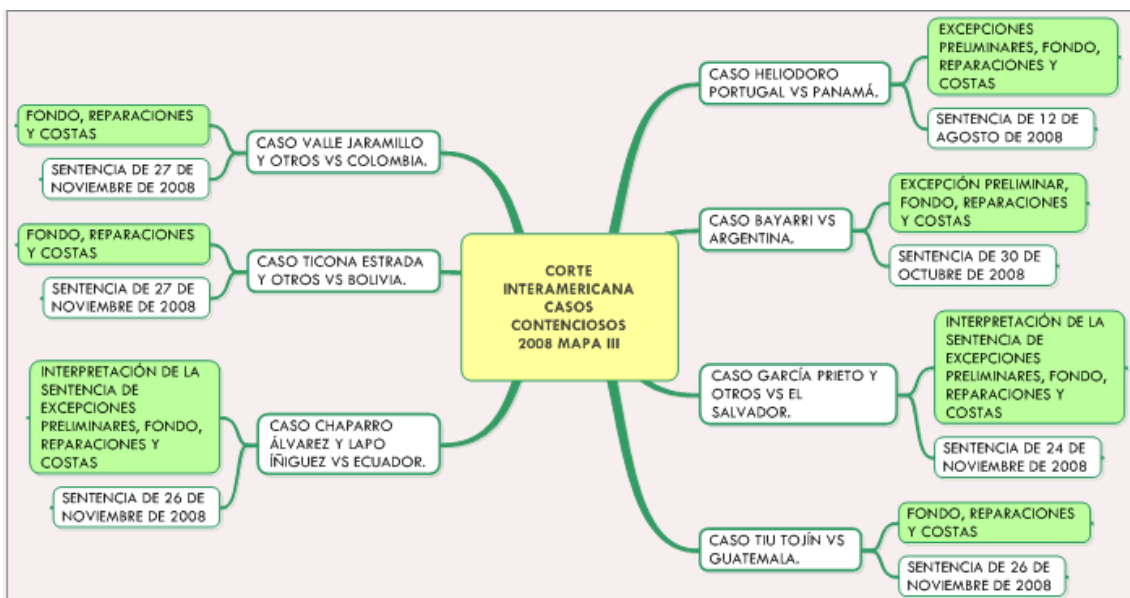
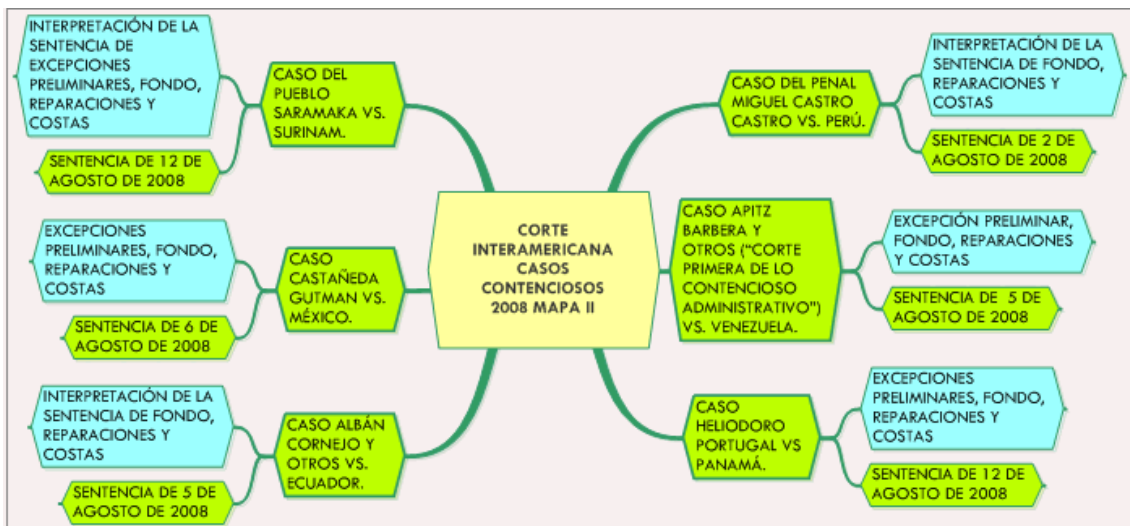
Los individuos personas naturales o jurídicas, no están en capacidad de levantar demanda / as ante la Corte, ya que esto le compete únicamente al Estado, pero si existe la alternativa de que la demanda de estas personas naturales o jurídicas, pueda ser presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a través de la transferida a la Corte Interamericana, con autorización previa del Estado, lo que termina con una sentencia obligatoria para los estados involucrados.

Es consultiva ya que los países miembros de la OEA y sus organismos rectores pueden hacer consulta a la Corte Interamericana de derechos Humanos (CIDH), sobre tratados de derechos humanos, la estructuración de leyes internas en cada estado, como también consultas sobre la interpretación de la Convención Americana.

En la fase contenciosa de la CIDH, se presentan varios casos que la Corte resolvió durante el periodo 2000-2015 a nivel de países miembros de la OEA, en donde una de la partes fueron comunidades y pueblos indígenas con demandas en donde se violentan sus derechos civiles, ambientales y humanos, siendo los principales los siguientes.

AÑOS	CASO	SENTENCIA	ESTADO DEMANDADO
2001	Caso Comunidad indígena Mayagna (Sumo) awas Tingni vs Nicaragua	Sentencia de 31 de Agosto del 2001, Serie C No 79	Nicaragua
2005	Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay	Sentencia de 17 de junio del 2005, Serie C No 125	Paraguay
2006	Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: Interpretación del Juicio por meritos, reparaciones y costos	Sentencia de 6 de Febrero del 2006, Serie C No 142	Paraguay
2006	Caso Comunidad	Sentencia de 29 de	Paraguay

	Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay.	Marzo del 2006, Serie C no 146	
2010	Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay.	Sentencia de 24 de Agosto del 2010, Serie C, No 214	Paraguay
2012	Caso Comunidad Indígena Kichwa del pueblo Sarayaku vs. Ecuador.	Sentencia de 17 de Junio del 2012. Serie C No 245.	Ecuador
2014	Caso Comunidad Indígena Mapuche (Norín Catrimán y demás activistas /miembros) vs Chile.	Sentencia de 29 de Mayo de 2014, Serie C No. 279	Chile
2014	Caso Comunidad Indígena Madungandi y los Emberá, del pueblo Kuna vs Panamá.	Sentencia de 14 de Octubre de 2014, Series C No. 284	Panamá

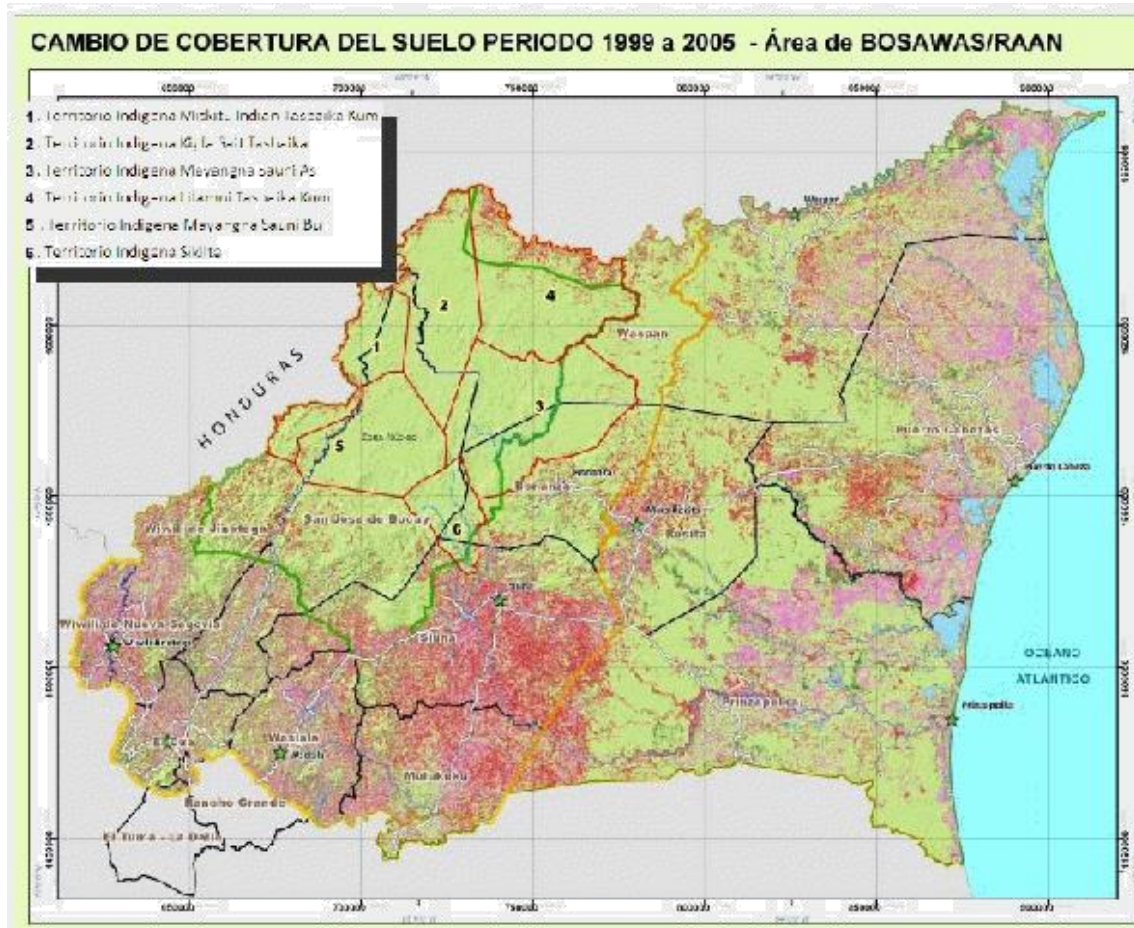


3.1.2. Análisis de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

3.1.2.1. Caso Comunidad indígena Mayagna (Sumo) awas Tingni vs Nicaragua- Juicio de 31 de Agosto 2001, Serie C No 79

El caso comunidad indígena Mayagna (Sumo) awas Tingni vs Nicaragua, tuvo sentencia ejecutoria el 31 de Agosto 2001, en la Serie C No 79, el cual fue uno de los casos más relevantes a principios del siglo 20, en donde la CIDH resuelve en conformidad con el artículo 29 de la Convención, el reconocimiento al derecho

colectivo a la tierra de la comunidad indígena Mayagna localizados en la costa atlántica de Nicaragua.



Este artículo prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, ya que el estado de Nicaragua firmo un contrato para la explotación forestal en el área donde la comunidad Mayagna, realiza todas sus actividades y prácticas tradicionales como eran la caza y pesca, a lo que el estado reinterpreto a su conveniencia el artículo 21 de la Convención Americana sobre el concepto de propiedad.

También se reinterpreto a conveniencia del Estado, el articulo 25 sobre derecho a la protección judicial, en donde as peticiones de esta comunidad en contra de la concesión a la explotación forestal en sus tierras, no fueron atendidas por el poder judicial y administrativo de este estado, en donde la CIDH hace valer los artículos 1 y 2 que ordena a todo estado hacer valer el goce efectivo de los derechos a esta comunidad, y en

base al derecho consuetudinario la CIDH, obliga la demarcación y titulación de estas tierras a nombre de las comunidades indígenas adyacentes.

Según este caso se hacen respetar los derechos civiles y humanos de las comunidades indígenas, en donde la CIDH valiéndose de sus artículos sostenidos en la Convención, obliga a los Estados a cumplir con el derecho de propiedad, derecho de protección judicial y derecho consuetudinario, para que sus tierras no se vean afectadas por cualquier tipo de explotación y además que su derecho a ser escuchado e informado sea válido y que no se reinterprete a su manera estas leyes.

3.1.2.2. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay - Sentencia de 17 de junio del 2005, Serie C No 125

El caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay, con sentencia del 17 de Junio del 2005, Serie C No 125, se trata de un caso en el que el estado de Paraguay viola el derecho de propiedad de esta comunidad, al no agilizar el trámite de su reivindicación territorial demorada desde 1993, es así que la CIDH defiende los derechos de esta comunidad indígena devolviéndole sus tierras, más una indemnización y además obliga al Estado a crear un programa y fondo de desarrollo comunitario y reparaciones complementarias y el suministro de bienes básicos, todo esto mediante la ejecución en acto público con audiencia internacional.

Con esto, se tiene claro, que según la CIDH, el estado de Paraguay, viola los convenios 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ya que existió negligencia administrativa al descuidar el trámite para que esta comunidad recupere sus tierras, casi por ocho años desde 1993 al 2001, siendo esta la causa para que la CIDH se apoye en el artículo 1.1. que garantiza a los ciudadanos, de la estructuración de recursos disponibles para hacer efectivo sus reclamos.

YAKYE AXA contra PARAGUAY (Corte)

- Comunidad indígena expuesta a la contaminación, sin agua potable, sin recursos alimentarios, ni asistencia en salud.
- Decreto Presidencial Paraguay declaró a la comunidad en estado de emergencia ordenando la provisión de atención médica y alimentaria a las familias.
- Paraguay incumple decreto y la Comisión eleva demanda ante la Corte IDH.
- Corte determinó útil y apropiado utilizar Convenio 169 OIT para interpretar la Convención Americana

La CIDH, en primera instancia detecto que el estado de Paraguay estaba violando el derecho a la identidad cultural y sobrevivencia misma de las comunidades y sus miembros, al desconocer el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios.

En cuanto al derecho a la propiedad privada la CIDH indica que fue violentado también, valiéndose del artículo 21 numeral 2 de la Convención que habla sobre la necesaria realización de una restricción que se haga al derecho de la propiedad privada para poder preservar la identidad cultural de sus miembros en una sociedad democrática, esto mediante el pago de una indemnización al pueblo indígena Yakye Axa por parte del Estado.

YAKYE AXA vs. PARAGUAY

Corte estimó que no le competía determinar cual era el territorio tradicional de la comunidad, disponiendo que corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar la tierras de forma gratuita a dicha comunidad en un plazo de 3 años contados a partir de la notificación de la sentencia.

Corte condenó a Paraguay por no haber adoptado las medidas adecuadas de derecho interno para garantizar el uso y goce efectivo a los miembros de las comunidades indígenas de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

También el estado de Paraguay incumplió con el decreto presidencial de ayudar con atención médica y alimentaria a las familias de esta comunidad indígena, debido a que estuvieron expuestas a la contaminación, desprovistas de servicios públicos y de hospitales, lo cual viola el artículo 4 de la convención que es el derecho a la vida, el artículo 1 numeral 1 que es el deber del estado de respetar los derechos civiles y humanos, y el derecho 2 que es la obligación del estado de hacer valer las decisiones de derecho interno. Es a raíz de esto que la Comisión eleva a demanda ante la CIDH, valiéndose del Convenio 169 que garantiza los derechos de los pueblos indígenas.

3.1.2.3. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay: Interpretación del Juicio por méritos, reparaciones y costos, Sentencia de 6 de Febrero del 2006, Serie C No 142

En sentencia del 6 de febrero del 2006, Serie c no 142 el caso Yakye Axa vs Paraguay, concluye con ciertas interpretaciones durante el juicio por méritos, reparaciones y costos en contra del estado de Paraguay, en donde la CIDH, plantea varias consideraciones referentes a dos tópicos: 1) Sobre los territorios a identificar, y 2) Sobre los periodos de identificación del territorio y por la creación de un fondo para proveer de recursos para su consolidación.

1) Sobre los territorios a identificar

Sobre esta consideración la CIDH, se pronuncia resolviendo que el juicio de méritos ejecutado con anterioridad es claro y que viabiliza la transferencia de las tierras ancestrales a la comunidad Yakye Axa, y para esto la CIDH en lo que se refiere a las deudas contraídas por los representantes, cree conveniente interpretar el significado de los seis párrafos operativos del juicio de méritos, que sostiene que el estado deberá identificar los territorios ancestrales de los miembros de esta comunidad, y transferir esas tierras a ellos para su goce y satisfacción.

Las provisiones delimitadas y explicadas en el sexto párrafo operativo del juicio sobre los méritos deberá ser planificadas a la luz de las consideraciones de la Corte, incluidas en otras secciones del juicio, tales como los párrafos 50 numerales 4 y 6, párrafos 137 al 154, y del 211 al 217 siendo el más relevante el párrafo 215

De esta forma la CIDH, deja establecido que es deber del estado, identificar el territorio de la comunidad Yakye Axa, y posteriormente delimitar, demarcar, la titulación y transferencia de tierras, y es el estado quien tiene los recursos científicos y tecnológicos para ejecutar tales responsabilidades.

Después de la prueba de hechos en el juicio de méritos, la CIDH, define ciertos procedimientos que deben ser tomados en cuenta antes que los organismos e instituciones de gobierno con sus autoridades, identifiquen las tierras ancestrales que les pertenece a los Yakye Axa. Para tal efecto, la CIDH, ha reconocido en base al párrafo

216 del juicio de méritos, que la posesión de territorios ancestrales está gravada en la memoria histórica de los miembros de la comunidad Yakye Axa, argumentando que durante todo este proceso de sedimentación esta comunidad ha adoptado una identidad particular, asociada con una física y cultural zona geográfica. Por tanto esta memoria histórica e identidad particular deberá ser especialmente considerada en identificar la tierra para ser transferida a ellos

Después de haber ejecutado estos pasos, la CIDH, ha dispuesto la posibilidad de que las autoridades del gobierno competente establezca que las tierras ancestrales de la comunidad Yakye Axa, le correspondan todo o parte de una o más propiedades privadas.

En tal caso el juicio 217 sobre méritos establece que el Estado "debe evaluar la legitimidad, el estado de necesidad y proporcionalidad de la adjudicación de los territorios con el objetivo de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática", y con ese fin, "se debe tener en cuenta de la comunidad indígena Yakye Axa características individuales, los valores, las costumbres y el derecho consuetudinario".

Además, en lo que se refiere a la cesión de dichos territorios, en el caso de que después de identificarlos se hallare que se encuentran en manos privadas, el Estado debe evaluar la conveniencia de transferir o no los mismos, teniendo en cuenta el grado e importancia para Comunidad.

Por último, siempre hay razones objetivas y justificadas que impiden al estado el reclamo de un territorio tradicionalmente identificados como pertenecientes a la Comunidad, para lo cual el estado debe ser capaz de transmitir a otras tierras, que serán seleccionados en consulta con la Comunidad. En cualquier caso, de acuerdo con el párrafo 217 de la sentencia sobre el fondo, "la extensión de las tierras deberá ser lo suficientemente grande como para apoyar y desarrollar la forma de vida de esta comunidad.

2) Sobre los periodos de identificación del territorio y por la creación de un fondo para proveer de recursos para su consolidación

Sobre esta consideración la CIDH, se pronuncia resolviendo que el reclamo de esta comunidad es correcto y cumple con todos los planteamientos de tratados en la convención y declaración de derechos humanos, por lo que procede a examinar el caso detenidamente, de donde la corte dispone un plazo de 3 años desde la fecha de notificación del juicio de merito para que el estado delimite, demarque, titule y transfiera dichos territorios para la comunidad Yakye Axa.

También, la CIDH establece en primer lugar, el territorio de la Comunidad debe ser identificados, lo que, a su vez, implica establecer las fronteras y los límites, así como su tamaño. Una vez que la identificación del territorio y las fronteras se ha completado, si dicho territorio pertenece a un propietario privado, el Estado debe iniciar el proceso de adquisición de tierras o considerar la conveniencia de condenar, de conformidad con los párrafos 217 y 218 de la sentencia.

En caso de que existan razones bien fundamentadas que impidan al Estado adjudicar el territorio identificado como uno de los territorios tradicionales de la Comunidad, debe otorgar a la Comunidad una alternativa de otros territorios, el cual será elegido sobre la base de un acuerdo mutuo.

Por último, si las tierras están condenadas o elegidas sobre la base de un acuerdo mutuo, el Estado debía emitir los títulos de propiedad y la transferencia a la Comunidad tanto desde el punto de vista material y formal. Todas estas medidas deben tomarse dentro de un período máximo de tres años.

3.1.2.4. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay. Sentencia de 29 de Marzo del 2006, Serie C No 146

El caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay con Sentencia de 29 de Marzo del 2006, Serie C No 146, fue resuelto por la CIDH, a petico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resuelta con el documento original No. 0322/2001 el 15 de Mayo del 2001. El 3 de Febrero del 2005 se concreta el caso de la

demanda en donde la CIDH inicia el juicio contra el estado del Paraguay, por violentar los derechos humanos y civiles de la comunidad Sawhoyamaxa.

La demanda de los miembros de la comunidad, explicaba varias causales de hecho en contra del gobierno del Paraguay, como eran que el estado no aseguraba los derechos de propiedad ancestral de este pueblo y sus miembros, también consideraba el reclamo por sus derechos territoriales que estaba pendiente desde 1991, el cual no ha sido satisfactoriamente resuelto hasta 1991.



jurisprudencia interamericana ha especificado casos en que se requiere la consulta (*Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Caso Sarayaku vs Ecuador*). Por ejemplo:

- * el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento del título colectivo sobre el territorio.
- * el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole para garantizar el derecho del **pueblo indígena a ser efectivamente consultado**, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
- * en relación a **los estudios previos de impacto ambiental y social**.
- * en relación con **cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo indígena**, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten su territorio

Esto ha sido sustento para que la CIDH, eleve a juicio al estado de Paraguay por violentar los artículos 4 (Derecho a la vida), 5 (Derecho al trato humano), 21 (Derecho a la propiedad), 8 (Derecho a un juicio justo), y 25 (Derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, relacionados con los Artículos 1 y 2, que dispone la obligación a respetar los derechos y la obligación de adoptar medidas de Derecho Interno.

Tal como explica la CIDH, el Estado de Paraguay ha despojado a esta comunidad de los títulos y posesión de sus tierras, lo que implica mantener a sus miembros en un estado

de vulnerabilidad en el área nutricional, médica y de asistencia médica y sanitaria, lo cual amenaza constantemente su sobrevivencia e integridad. De esta forma la Comisión reclama a la CIDH, que exija al gobierno del Paraguay ha responder con ciertas medidas que reparen estos problemas con los costos legales que las mismas exijan.

Por tanto se tiene claro, que la Consulta previa, es necesaria para el caso, Sawhoyamaya vs Paraguay, como método para hacer valer los derechos civiles, penal y humanos de esta comunidad para que sus tierras sean reivindicadas legalmente a sus miembros y gocen de toda su producción, en donde dicha consulta sería de carácter autónomo, y exclusivo, para solo ser atendida a los miembros.

Esta consulta permitirá que el Gobierno adopte medidas legislativas, administrativas o de otra índole para garantizar el derecho a ser consultado de los miembros de esta comunidad, basada en sus costumbres y tradiciones. Estas y otras razones para la consulta previa, son tomadas en cuenta también en otros casos de comunidades indígenas de Ecuador, Paraguay y Surinam.

3.1.2.5. Caso Comunidad Saramaka vs Surinam. Sentencia de 12 de Agosto del 2008, Series C No. 185

El caso de la Comunidad Saramaka vs Surinam. Sentencia de 12 de Agosto del 2008, Series C No. 185, ha sido resuelto por la CIDH, la cual acusa al estado de Surinam por supuestas violaciones cometidas contra la comunidad indígena de Saramanka. Entre las acusaciones de la Comisión están que el estado no posee medidas para reconocer el derecho al uso y disfrute del territorio ancestral.

También la CIDH, alega como hecho circunstancial que el estado de Surinam ha violado el derecho de protección judicial en perjuicio de estas personas, ya que no ha estructurado los debidos canales de comunicación para el acceso a la justicia y de esta forma que sean protegidos sus derechos básicos, en exclusivo el derecho a la propiedad respetando sus tradiciones comunitarias.

En definitiva La CIDH, admite que Surinam ha violado los derechos humanos contenidos en los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial), en relación con los artículos 1 (1) y 2 de la Convención Americana. Para lo

cual se determinaron ciertas instancias ordenadoras sobre reparación monetaria a este pueblo.

Caso Saramaka

- La Corte concluyó que no sólo se había dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un “legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales”, sino que además “no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio”.
- Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indicaban que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio Saramaka y no se les pagó ningún tipo de indemnización por ello. P. 153

Analizando el artículo 21 de la Convención, se determina por parte de la CIDH, que el estado de Surinam, deberá respetar la relación de los miembros de Saramanka con su territorio de forma que esté garantizado su nivel social, cultural y de desarrollo económico.

La protección de la propiedad comunal sostenida en el artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 1(1) y 2, plantea la obligación del estado en adoptar mecanismos que garanticen a los miembros de la comunidad Saramaka, a ejercer sus derechos sobre los territorios que han usado y ocupad sus ancestros.

Se admite, la violación del artículo 3 de la Convención, aduciendo que el estado de Surinam, es responsable de conceder a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva, relativos a la comunidad a la que pertenecen, con el fin de garantizar el pleno ejercicio y goce de su derecho a la

propiedad comunal, así como acceso colectivo a la justicia, de conformidad con su sistema comunal, su derecho consuetudinario, y tradiciones.

Refiriéndose al párrafo 174, la Corte declara que los indígenas de Saramanka, es una comunidad tribal que actualmente está muy vulnerable en lo referente al Estado como a terceros capitulares, debido a la falta de capacidad jurídica, para el disfrute del derecho a la propiedad, por tanto la CIDH, plantea que el estado debe reconocer la capacidad jurídica de los miembros de esta comunidad, para que se ejerzan sus derechos de forma colectiva.

En lo referente a la consulta previa, la CIDH, dispone que el estado debe establecer bajo consulta previa con el pueblo de Saramaka que garantice el reconocimiento de su personalidad jurídica contenida en el artículo 3 de la Convención, para que se garantice el usos y goce del territorio bajo el modelo de propiedad comunal, así como el derecho de acceso a la justicia y derecho de igualdad ante la ley.

La sentencia en el juicio Saramaka vs Surinam, levantado por la CIDH, dispone que el Estado, está obligado a planificar la consulta previa al pueblo Saramaka con respecto a por lo menos los siguientes seis temas:

(1) el proceso de delimitación, demarcación y la concesión del título de propiedad colectiva en territorio de los Saramaka y sus miembros.;

(2) el proceso de conceder a esta comunidad el reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, en relación a la comunidad que pertenecen.

(3) el proceso de adoptar medidas legislativas, administrativas, y de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto jurídico a el derecho de los miembros del pueblo Saramaka.

(4) el proceso de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka para ser consultado efectivamente, de conformidad con sus tradiciones y costumbres;

(5) con respecto a los resultados de las evaluaciones de impacto ambiental y social, y

(6) en relación con cualquier propuesta de limitaciones de los derechos del pueblo Saramaca, relacionados con el proyecto o desarrollo de planes de inversión en su área que afecte a sus pobladores.

3.1.2.6. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, sentencia de 24 de Agosto del 2010, Serie C, No 214

El 15 de mayo de 2002 la Comisión Interamericana solicita a la CIDH, se inicie procesos en contra del estado de Paraguay por ciertas demandas de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, y es el 20 de febrero del 2003, en que la CIDH aprueba el reclamo con reporte No 11/03, y es el 3 de Julio del 2009, que la CIDH, de acuerdo a los articulo 51 y 61 de la Convención, levanta juicio en contra de la República de Paraguay.

Hechos generales

66 familias 268 personas - miseria
Carácter multiétnico – respeto a la
autoidentificación de la Comunidad
Colonización del Chaco – “Estancias”-
control de la comunidad
1990 – 2010 proceso administrativo para
recuperar tierras tradicionales que
están en manos de propietarios
privados
1999 Acuden al Congreso – se protegió al
propietario privado

Las causas para que se levante juicio en contra de esta comunidad es que el Estado, tiene responsabilidad internacional por no haber asegurado los derechos de esta comunidad indígena y sus miembros, de su propiedad ancestral, debido a que las acciones concernientes al reclamo territorial de esta comunidad, estuvieron siendo procesadas desde 1990 y no han tenido todavía una decisión satisfactoria.

Esto ha significado de acuerdo a la Comisión que no solo ha sido imposible por la Comunidad acceder a la propiedad y tomar posesión de su territorio sino que también que su características innatas de esta comunidad han sido mantenidas en situación vulnerable con efectos en la alimentación, medicina y sanidad lo cual amenaza continuamente a la integridad de la comunidad y la sobrevivencia de sus miembros.

Hechos generales

2008 Se van de la Estancia a tierras cedidas por otra comunidad

2008 Declaración de reserva natural privada sobre el territorio reclamado – sin consulta. / Acción de inconstitucionalidad aún no resuelta

De esta forma, queda claro que la CIDH, reclama los derechos humanos de los miembros de la comunidad, apoyada por los artículos 3, 4, 8, 19, 21, 25 de la convención referentes a los derechos a personalidad jurídica, a la vida, a gozar de garantías judiciales, derechos de los niños, a la propiedad, y a la protección judicial, establecidas en los artículos 1 y 2 de la convención, por tanto la Comisión pide a la Corte que tome medidas reparables, para lo cual el 17 de Agosto del 2009, el estado y los representantes de esta comunidad fueron notificados a comparecer a juicio.

También la Comisión solicita a la Corte que declarar al estado de Paraguay responsable por violar el derecho establecido en el artículo 5 (Derecho a la integridad personal), para lo cual el estado tiene que adoptar muchas medidas de reparación. Y es para el 31 de Diciembre del 2009, que el estado de Paraguay, disputa los factores causales de la demanda y los reclamos legales realizados por la Comisión y sus representantes, para lo cual el estado cita a José Enrique García como agente a y a Inés Martínez Valinotti como agente auxiliar.

Es necesario acotar, que en el año 2008, como un hecho de relevancia, en el año 2008 el estado declara reserva natural privada el territorio ancestral reclamado por los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, sin que haya existido una consulta previa lo cual inicia acciones de reclamo de esta comunidad por la inconstitucionalidad de esta declaración la cual todavía no ha sido resuelta. Esto ha facultado a que el Departamento Jurídico de la Secretaría de Medio Ambiente del Paraguay, concluya que esta declaración de reserva natural a territorios reclamados como ancestrales por parte de sus miembros, es deficiente, por lo que debe ser anulada.

3.1.2.7. Caso Comunidad Indígena Kichwa del pueblo Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 17 de Junio del 2012. Serie C No 245.

El 26 de abril de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, remitió a la Corte, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República del Ecuador en relación con el caso No 12.465 . La denuncia inicial fue 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 y el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional.

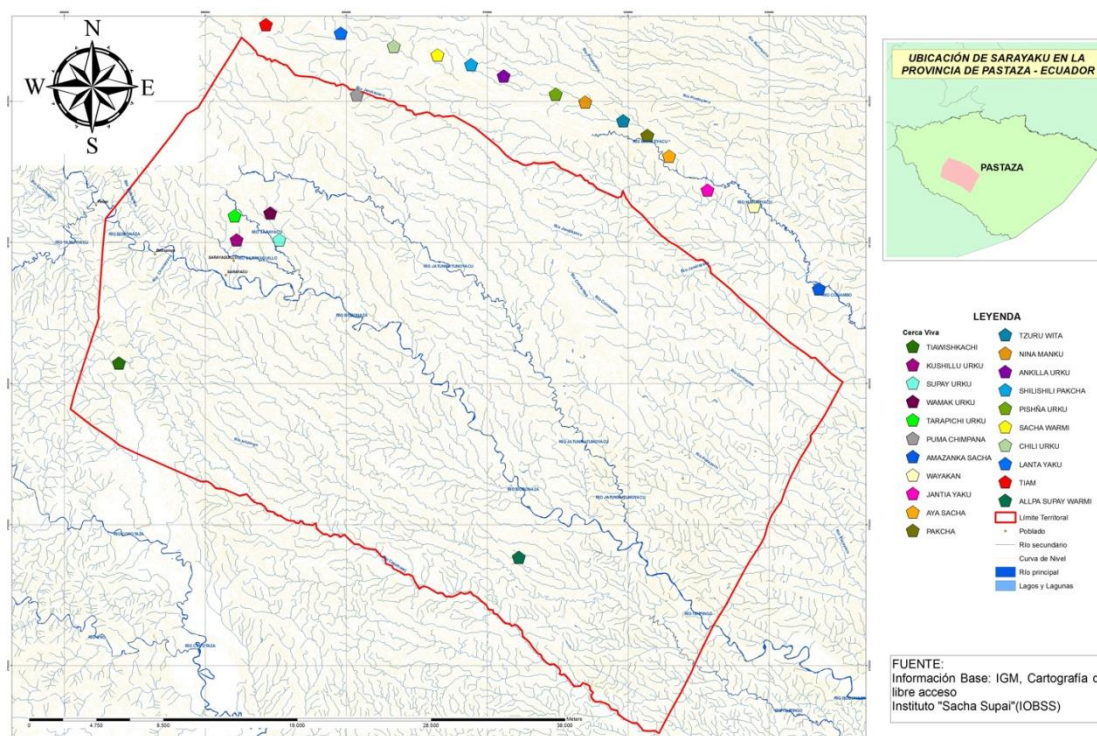
El 13 de octubre de 2004, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No 62/04, declarando la admisibilidad del caso del 18 de diciembre de 2009, de donde la Comisión aprobó el Informe de Fondo No 138/09, de conformidad con el artículo 50 de la Convención. El Presidente de la Comisión designó a Luz Patricia Mejía, Comisionado, y a Santiago A. Cantón, Secretario Ejecutivo, como delegados, y a Elizabeth Abi-Mershed , Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Isabel Madariaga y Karla I. Quintana Osuna, abogados, como asesores jurídicos.

Según la Comisión, este caso se refiere, entre otras cuestiones, a la concesión por el Estado de un permiso para una compañía petrolera privada para llevar a cabo actividades de exploración y explotación petrolera, en el territorio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku en la década de 1990, sin antes realizar **una consulta previa**, con ellos y sin obtener su consentimiento.

Por lo tanto, la empresa comenzó la fase de exploración, e incluso introdujo explosivos de alta potencia en varios lugares en territorio indígena, creando de este modo una

presunta situación de riesgo para la población, ya que, por un tiempo, esto les impide buscar medios de subsistencia y limita sus derechos a la libertad de movimiento y a la expresión cultural. Además, en este caso se refiere a la supuesta falta de protección judicial y la falta de observar las garantías judiciales.

MAPA DEL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE SARAYAKU (PASTAZA - ECUADOR)



Sobre la base de lo que antecede, la Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de:

- a) El derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21, en relación con los artículos 13, 23 y 1 (1) de la Convención Americana, en detrimento del pueblo kichwa de Sarayaku y sus miembros;
- b) El derecho a la vida, garantías judiciales y protección judicial, consagrados en los artículos 4, 8 y 25, en relación con el Artículo 1 (1) de la Convención Americana, en detrimento del pueblo y de sus miembros;

c) El derecho a la libertad de circulación y residencia consagrado en el artículo 22, en relación con el Artículo 1 (1) de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Las personas;

d) El derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el Artículo 1 (1) de la misma, en perjuicio de 20 miembros del Pueblo Kichwa de Sarayaku, y

e) la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, y, por último, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación, cuya petición fue notificada al Estado y a los representantes el 9 de julio de 2010.

Después de esta declaración, el Presidente de la Corte dio la palabra a los miembros del pueblo de Sarayaku, a través de sus representantes en este caso, y a la Comisión Interamericana, que presentaron sus observaciones a este respecto. Inmediatamente después de la reunión, los miembros del pueblo de Sarayaku anunciaron que la comunidad ha decidido esperar la sentencia de la Corte.

El 15 de mayo de 2012, después de la visita a los territorios y el reconocimiento de la responsabilidad, el Estado señaló que "la declaración pública del Secretario de Asuntos Jurídicos de la Presidencia es, en sí mismo, y por anticipado, una forma de reparación de los derechos humanos en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 63 de la Convención Americana", y solicitó a la Corte "transmitir esta posición oficialmente, esto permitirá finalmente a las partes a avanzar hacia acuerdos técnicos específicos de las reparaciones o aspectos de los méritos, según el caso. La Comisión y los representantes no presentaron observaciones a este respecto.

En virtud de los artículos 62 y 64 del Reglamento de la Corte, y en el ejercicio de sus competencias de protección judicial internacional de los derechos humanos, una cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, el Tribunal tiene la responsabilidad de asegurar que la aquiescencia son aceptables para los fines perseguidos por el sistema interamericano.

Esta tarea no se limita a la verificación, la grabación o toma nota del reconocimiento efectuado por el Estado, o a la comprobación de los requisitos formales de este tipo de actos, sino que debe examinarlos en relación con la naturaleza y la gravedad de las

violaciones alegadas, las exigencias y a los intereses de la justicia, las circunstancias particulares de este caso concreto, y la actitud y posición de las partes, a fin de que pueda esclarecer la verdad de lo ocurrido, en la medida de lo posible, y en el ejercicio de su jurisdicción.

En el presente caso, la Corte observa que el Estado hizo su reconocimiento de responsabilidad en términos amplios y generales. Por lo tanto, es que el Tribunal para dar pleno efecto a la declaración hecha por el Estado y evaluar positivamente, dada su trascendencia en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en particular porque se hizo en territorio de Sarayaku durante el procedimiento llevado a cabo en este caso.

Por lo tanto, para la Corte, este reconocimiento representa la admisión de los hechos incluidos en el marco fáctico de la demanda de la Comisión y de la información pertinente proporcionada por los representantes de aclarar o explicar esos hechos. Por otra parte, el Tribunal destaca el compromiso asumido por el Estado para acelerar las necesarias reparaciones a través del diálogo con el pueblo de Sarayaku.

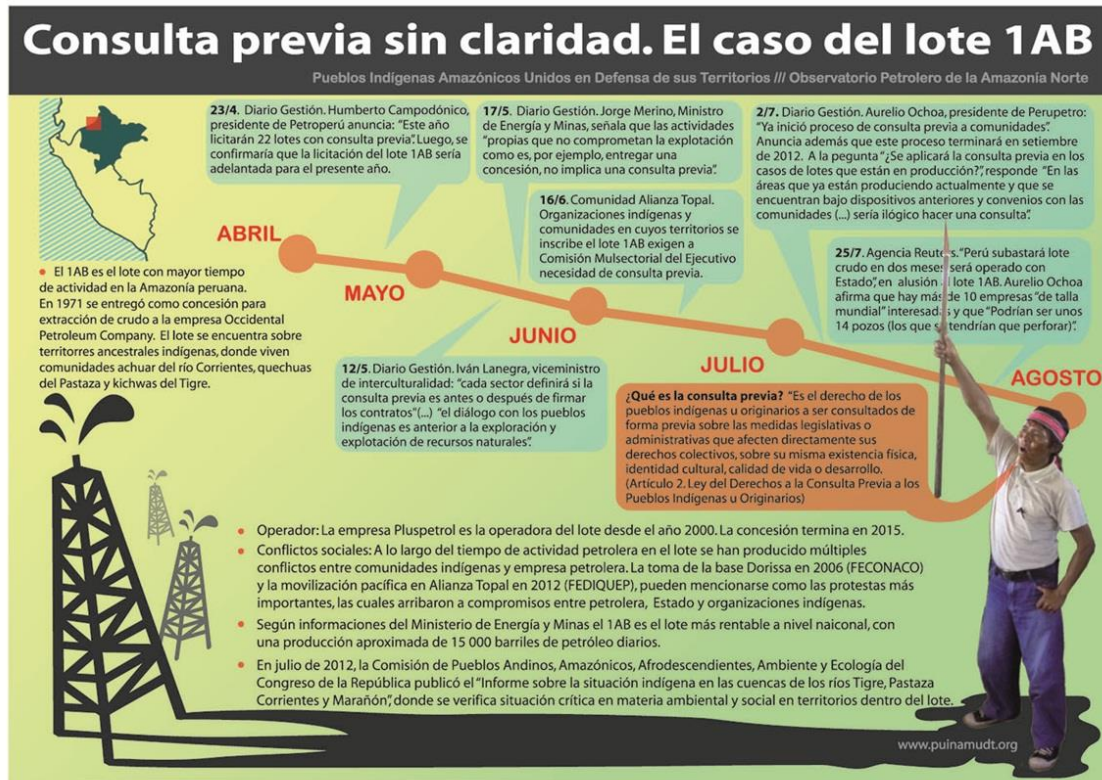
Todas estas acciones por parte de Ecuador para hacer una contribución positiva a este proceso, que el ejercicio de los principios fundamentales de la Convención y, en parte, a fin de satisfacer la necesidad de reparar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Por último, a pesar de que no hay ya una controversia, la Corte procederá a realizar una determinación específica de los acontecimientos que se han producido, porque esto contribuye a hacer la reparación a las víctimas, a prevenir la repetición de actos semejantes y, en general, a la satisfacción de los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos.

Por otra parte, la Corte incluye los capítulos pertinentes para analizar y especificar, en su caso, el alcance de las violaciones alegadas y, ya que la determinación de las reparaciones se está a la espera, hará que se necesite una pronta decisión.

Con respecto a la consulta previa, los representantes de esta comunidad alegaron que el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de los artículos 21, 13 y 23 de la Convención, en relación con el Artículo 1 (1), en perjuicio de los miembros del pueblo de Sarayaku directamente, ya que éste permite y apoya la

incursión de terceros en el territorio de Sarayaku, y porque no pudo proteger su uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en ella, que son la base de su subsistencia.



Alegaron las mismas violaciones como la Comisión, en base a los siguientes hechos y circunstancias:

(i) el Estado no sólo firmó el contrato con la empresa petrolera sin consultar a la comunidad y obtener su consentimiento, sino que también permitió y apoyó (a través de la "militarización del territorio") la incursión ilegal de la empresa CGC en el territorio, a pesar de la oposición reiterada de la comunidad;

(ii) el uso no autorizado y a la destrucción del territorio debido a la incursión de la empresa petrolera entre noviembre de 2002 y febrero de 2003, cuando cerca de 200 kilómetros de bosque primario se borró del mapa. Esta acción afecta los recursos del territorio, que es especialmente grave dada la dependencia de la comunidad de estos recursos para su subsistencia;

(iii) el abandono de los explosivos en el territorio, y

(iv) la destrucción de los lugares sagrados. Los representantes agregaron que, si bien todo el territorio era sagrado, destruyó los sitios específicos de especial valor cultural y espiritual.

Por lo tanto, la concesión y posterior ejecución de la concesión petrolera se llevó a cabo sin que el Estado garantiza la participación efectiva de los miembros de la comunidad por medio de consultas y el consentimiento libre, previo e informado de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, por lo que obtener beneficios razonables en el plan, sin obtener un estudio preliminar del impacto social y ambiental realizado por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado.

Los representantes también alegaron que la violación de lo dispuesto en el artículo 21 se ve agravada por el fracaso del Estado para cumplir con las medidas cautelares de la Comisión y a las medidas provisionales ordenadas por la Corte, en particular, de su incapacidad para extraer la pentolita del territorio.

Volviendo a la consulta previa la Corte ha establecido que, con el fin de asegurar la participación efectiva de los miembros de una comunidad indígena o de las personas en el proceso de desarrollo o planes de inversión en su territorio, el Estado tiene la obligación de consultar dicha comunidad en una forma activa e informada, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, en el marco de una constante comunicación entre las partes.

Por otra parte, las consultas deben realizarse de buena fe, el uso cultural de los procedimientos adecuados y debe estar encaminado a alcanzar un acuerdo. Además, las personas o la comunidad deben ser consultadas en conformidad con sus propias tradiciones, durante las primeras etapas del desarrollo o plan de inversión, y no sólo cuando es necesario obtener aprobación de la comunidad, si procede.

El Estado también debe asegurar que los miembros del pueblo o de la comunidad son conscientes de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan decidir si aceptar la propuesta de desarrollo o plan de inversión. Por último, la consulta debe tener en cuenta las tradicionales prácticas de toma de decisiones de las personas o de la comunidad. El incumplimiento de esta obligación, o la participación en las consultas sin observar sus características esenciales, conlleva la responsabilidad internacional del Estado.

Por lo tanto, es necesario determinar la forma y el sentido en el que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho del pueblo de Sarayaku a la consulta y si las acciones de la empresa concesionaria, que el Estado las describe como formas de "socialización" o de intentos de llegar a un "entendimiento", deberán satisfacer las normas mínimas y los requisitos esenciales de un proceso de consulta con las comunidades indígenas y de los pueblos en relación con sus derechos a la propiedad comunal y la identidad cultural.

Con este fin, la Corte debe analizar los hechos, que retoma algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, teniendo en cuenta la jurisprudencia interamericana y las normas, la práctica de los Estados, y la evolución del derecho internacional.

Este análisis se efectuará de la siguiente manera: (a) el carácter de la consulta; (b) buena fe y el objetivo de llegar a un acuerdo; (c) consulta adecuada y accesible; (d) la evaluación del impacto ambiental, y (e) informe de la consulta

En cuanto al momento en que la consulta debe ser llevada a cabo, en el artículo 15 (2) del Convenio No 169 de la OIT indica que "los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos a través de los cuales se consultarán estos pueblos, con miras a determinar si y en qué medida sus intereses se verían perjudicados, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras." En este punto, este Tribunal ha observado que la consulta debe realizarse, en conformidad con lo inherente a las tradiciones de los pueblos indígenas, durante las primeras etapas del desarrollo o plan de inversión y no sólo cuando es necesario para obtener la aprobación de la comunidad, en su caso, previo aviso porque permite disponer de tiempo suficiente para una red interna de debate en el seno de la comunidad para ofrecer una respuesta adecuada al Estado.

El requisito de la consulta previa significa que debe tener lugar antes de tomar la medida o ejecución del proyecto que puedan afectar a las comunidades, incluyendo medidas de tipo legislativo, y que las comunidades afectadas deben participar en el proceso tan pronto como sea posible. En el caso de la consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deben ser consultados con anticipación, durante todas las etapas del proceso de producción de las leyes, y estas consultas no deben limitarse a las propuestas.

Habiendo establecido que el Estado está obligado a llevar a cabo un proceso de consulta previa en relación con los impactos posteriores y las decisiones derivadas del contrato de prospección petrolera, al menos desde el año 1998 el Estado debe garantizar la participación del pueblo de Sarayaku y, en consecuencia, que las medidas de aplicación de la concesión no se apliquen en su territorio sin consultarlos previamente.

Por lo tanto, no se ha puesto en duda que el Estado, no lleve a cabo cualquier tipo de consulta con el pueblo Sarayaku, en cualquier etapa de la ejecución de las actividades de exploración de petróleo, a través de sus instituciones y de los órganos representativos. En particular, a los pueblos, los cuales no fueron consultados antes de la construcción de los helipuertos, la preparación de las pistas, el entierro de los explosivos, o de la destrucción de las zonas de gran importancia a su cultura y cosmovisión.

3.1.2.8. Caso Comunidad Indígena Mapuche (Norín Catrimán y demás activistas /miembros) vs Chile. Sentencia de 29 de Mayo de 2014, Serie C No. 279.

El caso de la comunidad indígena Mapuche vs Chile, se inicia con una petición de la Comisión Interamericana ante la CIDH, el día 7 de agosto del 2011, respaldándose en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, y del artículo 35 del Reglamento de la Corte, en donde los implicados son los miembros de la comunidad Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y demás miembros.

Según la CIDH, demanda al gobierno de Chile, por violar a los derechos sustentados en los artículos 8 numeral 2, 8 numeral 1, 8 numeral 2 literal f y h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cumplimiento de los artículos 1 y 2, ya que el estado proceso y condeno por delitos de terrorismo a estos indígenas, en base a cláusulas de derecho penal que incurren en faltas al principio de legalidad, en donde se acusó injustificadamente de terroristas a estos miembros.

Según la CIDH, el estado infringió el principio de legalidad, sustentado en el artículo 9 de la Convención Americana, el derecho de presunción de inocencia sustentado en el artículo 8 numeral 2 todo esto en relación con la obligación de respetar y asegurar los derechos y obligaciones para adoptar disposiciones jurídicas internas.

El estado de Chile, también infringió los derechos a la igualdad de protección reflejados en el artículo 24 de la Convención Interamericana y a las garantías judiciales según los artículos 8(1), 8(2)(f) y 8(2)(h) en relación con el artículo 1 numeral 1, los derechos de libertad personal y el de presunción de inocencia sustentados en los artículos 7 y 8, y la libertad de pensamiento y expresión, derechos políticos y derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, sustentados en los artículos 13, 23, 5 y 17 de la Convención.

En base a todas estas demandas, la CIDH, ha determinado en base al artículo 63 numeral 1 de la Convención Americana, que el estado de Chile debe realizar adecuadas reparaciones, y que esta provisión refleje el establecimiento de una norma constitucional que sea el pilar de los principios básicos de la ley contemporánea internacional sobre la responsabilidad del estado.

La CIDH exige que el estado cumpla con las siguientes reparaciones, a los afectados por la acusación del gobierno, que son:

- Medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción y garantías de no volverse a repetir.
- Indemnización por los daños materiales y morales.
- Costos y gastos
- Otras medidas de reparación solicitada
- El reembolso de los gastos de las víctimas el Fondo de Asistencia Legal
- Método de cumpliendo con los pagos

Finalmente basado en los sustentos de ley la CIDH, deja establecido que el Estado debe adoptar todas las medidas administrativas y judiciales para anular todos los aspectos de la sentencia penal condenatoria de los acusados por terrorismo interno que son Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñan Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Troncoso Robles, establecido en el párrafo 422 de la sentencia.

También la CIDH, determina que el Estado, deberá facilitar la entrega inmediata de ayuda médica, psicológica y sanitaria a los acusados, como también, conceder becas en los establecimientos públicos de Chile a los hijos de estas ocho víctimas.

La CIDH, también exige al estado chileno que se administre de forma clara y precisa el procedimiento de anonimato como protección a testigos, lo cual se sustenta con los principios de necesidad y racionalidad. Los mismos se establecen una cuantía de dinero que deberá pagar el estado a las víctimas por indemnización de daños materiales y morales, como también el reembolso de costos y gastos

Con respecto a la **consulta previa**, la CIDH, también ha indicado que la obligación a la consulta previa de las comunidades indígenas y pueblos triviales, comprende la constitución de una norma con base social, lo que significa que la misma es sin perjuicio general de ley internacional, y esta corte ha enfatizado la importancia de reconocer estos derechos como una de las garantías fundamentales para asegurar la participación de las comunidades indígenas y pueblos en las decisiones concernientes a medida que afectarán sus derechos y en particular sus derechos a la propiedad comunal, existiendo varios criterios que el estado debe observar cuando respeta y asegura los derechos indígenas y sus miembros dentro del área doméstica.

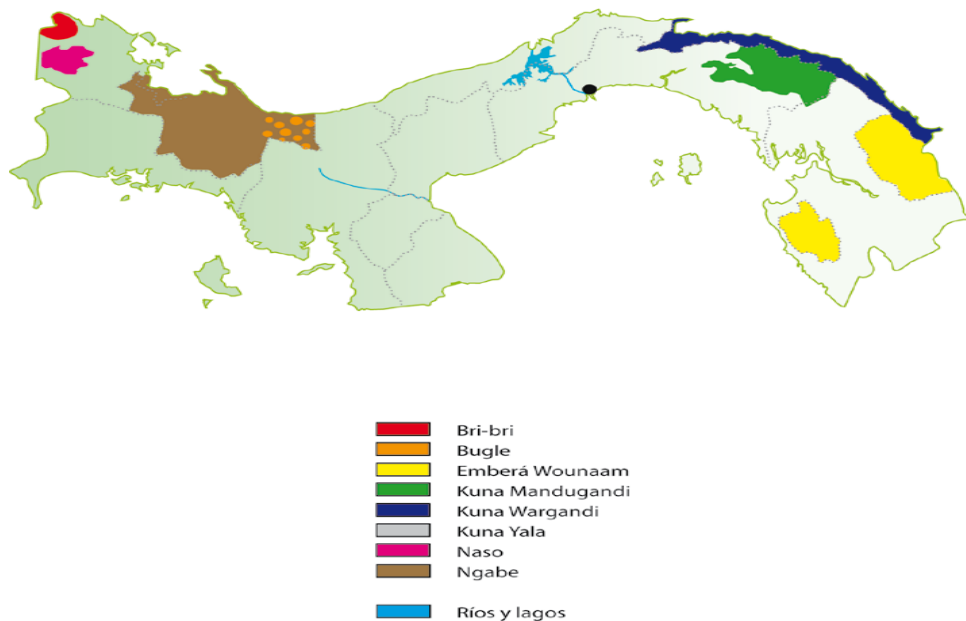
3.1.2.9. Caso Comunidad Indígena Madungandi y los Emberá, del pueblo Kuna vs Panamá. Sentencia de 14 de Octubre de 2014, Series C No. 284

El caso de la Comunidad Indígena Madungandi y los Emberá, del pueblo Kuna vs Panamá, concretado con sentencia del 14 de Octubre de 2014, Series C No. 284, resuelto por la CIDH, tuvo como antecedente la petición de la Comisión ante la corte de dar inicio al juicio en contra del estado de Panamá por violentar los derechos humanos de esta comunidad, cuya fecha de trámite es el 26 de febrero del 2013, sustentados bajo los artículo 51 y 61 de la Convención Americana.

La demanda ante la corte fue determinada por varios factores acusatorios a este gobierno, por parte de representantes de estas comunidades los se resumen en la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva por incumplir por parte del estado del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación

de sus territorios ancestrales, por la inconstitucional construcción de la represa hidroeléctrica del Bayano en los años 1972 al 1976.

También se alega que el estado panameño, no ha realizado el proceso administrativo y legal del reconocimiento, titulación y demarcación de las tierras otorgadas a esta comunidad, como también existe falta de protección del territorio y los recursos naturales de invasión y la tala ilegal del bosque por parte de terceros.



Se considera también dentro de estas causales e hecho de incumplimiento de aplicar adecuados procedimientos para el acceso a la propiedad comunal y de la falta de atender las denuncias por injerencia en sus territorios, y por último está la constante discriminación por parte del estado, que se constata por una política asimilacionista.

De esta forma la CIDH, acusa al gobierno de Panamá de infringir los derechos humanos sustentados en los artículos 21, 8 y 25, y 24 en relación con los artículos 1 numeral 1 y 2. En base a estos artículos la CIDH, define los factores de hecho del juicio que es:

- El estado es responsable internacionalmente de no haber otorgado una justa y pronta indemnización, luego de más de cuatro décadas de enajenados sus territorios ancestrales.
- El estado es responsable por no haber provisto acceso efectivo a un título de propiedad colectiva sobre sus territorios; así como por haberse abstenido de delimitar, demarcar y proteger efectivamente sus territorios.
- El estado es responsable de no haber realizado el reconocimiento, delimitación y demarcación; así como de brindar protección efectiva de los territorios de la Comarca Kuna de Madungandí frente a terceros.
- El estado es responsable de no haber programado una provisión de un procedimiento adecuado y efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral y para su protección frente a tercero, y finalmente;
- El estado es responsable directo de no haber cumplido con las garantías de derechos y de hacerlos respetar sin que exista discriminación alguna por origen étnico y lo mismo de brindar protección igualitaria ante la ley, en perjuicio de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros.

Ante tales hechos y pruebas fehacientes, la CIDH, determinar un plan de reparaciones que consistía en establecer medias de satisfacción y no repetición, indemnizaciones compensatorias, costos y gastos, reintegro de los gastos al fondo de asistencia legal de víctimas y modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados, para lo cual la CIDH se sustenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana.

Como observación al juicio de la CIDH, al estado panameño, los artículos infringidos fueron el 21 en relación con 1.1, artículo 2 en relación con el 21,8 y 25, artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1, y no violó el artículo 2 en relación con el 8 y 25 respecto de la alegada falta de un procedimiento para proteger los territorios indígenas, y finalmente los derechos a la igualdad ante la ley y el principio de discriminación que no fueron debidamente sustentados.

Con respecto a la consulta previa, la Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos, que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el cual deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia.

La determinación de la fecha, el lugar y las modalidades del acto deberán ser consultados y acordados previamente con los miembros de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Alto Bayano, tomando en cuenta las tradiciones, usos y costumbres de los miembros de los referidos pueblos indígenas.

3.2. LA CONSULTA PREVIA

Generalidades

Según el ministerio del Interior de la Republica de Colombia, que hace mención al artículo 6, Convenio de la OIT No 169 (2006), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, señala que la consulta previa es un proceso de diálogo y concertación intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna y legitima, de los grupos étnicos en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten, con el fin de proteger su identidad étnica y cultural.

Actualmente en la mayoría de países sudamericanos que tienen población indígena y tribal como Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador, el tópico central de las discusiones y disputas por la tierra y los recursos naturales es la violación al derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y tribales.

El reclamo por parte de los pueblos indígenas a que los estados cumplan con el contenido y esencia de la consulta previa, se basa en causales de hecho en donde están implicadas las corporaciones petroleras exclusivamente debido a la negligencia durante las actividades de exploración y explotación de crudo en territorios indígenas, en varias ocasiones, sin que exista un adecuado proceso previo de consulta.

En esta parte, la consulta previa se convierte en un mecanismo de derecho humano, que permite que estas comunidades se pronuncien sobre todo tipo de acciones o actividades productivas en su área de desarrollo comunitario, a fin de que antes que las actividades inicien, responder a preguntas de índole político, legal ya administrativo que autoricen o no estas actividades.

La consulta previa en comunidades indígenas y pueblos tribales americanos, representa un mecanismo que permitirá la protección de sus derechos comunitarios y del medioambiente en que habitan. De estos se desprende el hecho de que no han sido

atendidos aún estos pueblos para que superen la pobreza, marginalidad y discriminación de la propia sociedad con las que cohabitan, siendo evidente que las propuestas legales y planes sociales son han logrado tener éxito.

Es así, que la consulta previa, encierra preguntas de carácter general y específico principalmente sobre la extracción de recursos naturales en tierras habitadas por pueblos indígenas, y su consecuentes beneficios en el desarrollo socio económico de estos territorios, lo que evitaría que estas comunidades indígenas se enfrenten a numerosas dificultades como es el poco acceso a la información sobre proyectos de extracción hidrocarburífera o de cualquier otro tipo de recursos naturales y sus consecuencias.

Mediante la consulta previa se evitaría que las sociedades indígenas se enfrenten con el obstáculo del idioma al momento de efectuar reclamos tardíos ante proyectos de extracción de recursos naturales ya instalados o listos para iniciarse, como también la falta de conocimientos de mecanismos jurídicos que estas comunidades puedan utilizar para hacer valer sus derechos de tal forma que puedan participar en la toma de decisiones sobre sus tierras.

Actualmente, la mayoría de los pueblos indígenas y tribales de los países sudamericanos, no poseen reconocimiento legal, titulación y demarcación política de sus tierras, por cuanto se los toma como invasores, lo que es aprovechado por las corporaciones mineras, petroleras, y de todo tipo de industrias, para que inmediatamente estas tierras sean avaladas por los respectivos gobiernos.

Normatividad de la Consulta previa

La normatividad de la consulta previa consta en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuyos objetivos son:

- Aplicar los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos para los pueblos indígenas y tribales de la región americana, que puedan servir como insumos para la construcción de una propuesta de reglamentación del derecho fundamental a la consulta previa en cada estado;
- Reglamentar el derecho a la consulta previa.
- Crear la estructura institucional para poder reglamentar el derecho a la consulta previa.

3.2.1. Legislación Comparada

3.2.1.1. Consulta previa en Bolivia

El derecho a la consulta previa , en la república de Bolivia, se origino con la primera decisión del tribunal Constitucional, a que se haga valido este derecho dentro de las comunidades indígenas, lo que no tuvo el efecto esperado ya que actualmente se siguen realizado concesiones y contratos con empresas exploradoras y extractoras de recursos naturales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Bolivia (2008), en sus observaciones finales, señala que:

Es necesario que el estado garantice los pueblos indígenas y comunidades el derecho a la consulta previa para que la política agraria obtener resultados equitativos y justos dentro de su ámbito, evitando que se ejecuten labores agrícolas en tierras ancestrales; siendo también la base de estas observación que se garanticen los derechos económicos, sociales y culturales de todos los miembros. (Doc. E/C.12/BOL/CO/2, párr. 14.a)

En base al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc. A/HRC/11/11, febrero 18 de 2009; se definen aquellos logros del gobierno por erradicar la discriminación de algunas comunidad indígenas, como

también aquellos factores que obstaculizan que el derecho a la consulta previa no solo sea un conjunto de normativas sino sean acciones y estrategias debidamente planificadas para sustentar las bases económicas, sociales y ambientales de sus miembros. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser./V/II. Doc. 34, 2007).

3.2.1.1.1. Participación política indígena

Según la Ley 1551 de 1994 o Ley de Participación popular LPP, se establecen nuevos métodos para la participación política local en Bolivia, una de las cuales enfatizaba que se reconocen a organizaciones de comunidades indígenas que poseen territorios ancestrales, lo que permite que se cumpla el derecho de participación política.

Es para el año 2005, que la legislación boliviana y su política de gobierno, reconozcan en su totalidad la legalidad de las organizaciones territoriales como es la CIDOB, o Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y la Federación Sindical de Mujeres Bartolina Sisa, en donde el gobierno de Evo Morales presidente actual de Bolivia reconoce que estas organizaciones territoriales, ejerzan la representación legítima de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas originarias de Bolivia. (OIT, 2009).

Dentro de estas organizaciones, la CIDOB, o Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), y la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), tiene ya propuestas políticas dentro de la Asamblea Constituyente para afianzar más su legalidad territorial y el goce de sus recursos. Estos acuerdos se resumen en las siguientes propuestas:

- Un estado Plurinacional sustentado bajo el “Pacto de Unidad”, por una nueva visión de país y de una Constitución Política que defienda sus estatutos..
- Gestionar el pliego de peticiones periódicas de las organizaciones territoriales al Gobierno para que este realice cambios, de forma que estas organizaciones, actúan como agentes en los procesos de consulta previa relativos a los territorios indígenas.

- Las problemáticas que deben ser abordadas con mayor seriedad para poder hacer del derecho a la consulta previa mucho más que un conjunto de reconocimientos normativos, de manera que se transforme en una realidad sólida y sustentable.

3.2.1.1.2. Participación política indígena y transversalización de asuntos indígenas 2005

El MAIPO Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios (MAIPO), es una institución pública de Bolivia cuya función es de canalizar comunicación y participación de las comunidades indígenas con el Gobierno central, en donde la base de la transversalidad en la comunicación, consiste en la integración de los asuntos indígenas a la agenda de políticas públicas, lo que es ampliamente gestionado por el Ministerio de la Presidencia a través de la Comisión Técnica Interinstitucional para Pueblos y el componente de transversalización de Derechos indígenas.

Según el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Cit., párr. 19; CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Bolivia (ratificación: 1991) Publicación: 2010, se establece el Viceministerio de Justicia Comunitaria, adscrito al Ministerio de Justicia, y el Viceministerio de Medicina Tradicional e Interculturalidad, adscrito al Ministerio de Salud.

Estos cambios en la estructura institucional jurídica y administrativa del país, ha suscitado serias controversias en todos los sectores, así como felicitaciones y elogios, ya que desapareció un comunicador centralizado como también despertó la inseguridad jurídica ya que pocos asuntos de problemática indígena esta en muchas manos dentro de cada institución exclusivamente para cumplir con la consulta previa como derecho humano y constitucional, pues existe la falta de seriedad en cumplir los ofrecimientos del gobierno, generados en cada uno de los diálogos institucionales con las comunidades.

Para el periodo 2009-2013 se crea el Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos, con Decreto Supremo No. 29851 del 10 de diciembre de 2008, el cual es un instrumento público en que Bolivia asume responsabilidad en el cumplimiento de los derechos humanos a nivel nacional, departamental, regional, municipal e indígena.(CIDH, OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 2009).

3.2.1.1.3. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena

El derecho a la consulta previa está sustentado bajo un ordenamiento jurídico que se estructura por la Incorporación del derecho internacional al derecho interno y el derecho a la consulta previa en la Constitución Política boliviana. El primer elemento señala en base al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen, que el 17 de noviembre de 2007 el Congreso adoptó la Ley 3760, que reconoce la legalidad de los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, la misma que es reforzada por la Constitución Política del Estado del 2009, que reconoce la constitucionalidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Sobre el segundo elemento el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: Misión a Bolivia, Sr. Rodolfo Stavenhagen (2009), señala que:

El 7 de febrero de 2009 entró en vigor la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, luego de un proceso social y político intenso. La nueva Constitución amplía significativamente el catálogo de derechos de los bolivianos y bolivianas y de los pueblos indígenas en particular, tomando plenamente en cuenta las provisiones del Convenio N° 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.(p.18)

Según el artículo 349 de la Constitución Política de Bolivia, el estado es el administrador de los recursos naturales y es el único poder que puede conceder derechos individuales y colectivos sobre estos territorios, al igual que el goce de los recursos naturales en ellos incluidos. (Constitucion Política de Bolivia, 2009).

Según Zibechi (2010), asegura que la participación en los beneficios y el derecho a uso y el disfrute exclusivo de los recursos naturales renovables deben ser garantizados por el gobierno, sin que exista intervención por parte de terceros que han adquirido legalmente estos territorios.

Los 11 PUNTOS INNEGOCIABLES en cualquier Ley Marco de "Consulta Previa, Libre e Informada":



1. Debe haber **CONSULTA PREVIA** para aprobar la Ley Marco de Consulta
2. **No se debe mezclar** la "Consulta Previa, libre e Informada de los Pueblos Indígenas" con la Consulta Pública
3. Cualquier proyecto, plan o medida **que afecta nuestra existencia** debe ser **CONSULTADO** y no puede ser excluido
4. Los acuerdos a que se llegan en cualquier Consulta Previa son **vinculantes** y su cumplimiento es **obligatorio**
5. La finalidad de la Consulta es la obtención del consentimiento. Los tratados y la jurisprudencia internacional prevén que el **consentimiento** de los pueblos y naciones indígena originarias debe darse:
 - cuando el Estado quiera trasladar a la población indígena
 - cuando se va a depositar desechos tóxicos
 - cuando se va a instalar bases militares.
 - cuando exista **una obra o proyecto de gran envergadura, megaproyectos**, que ponga en riesgo la sobrevivencia de los pueblos indígenas. (la Corte Interamericana también establece que es imprescindible el consentimiento en estos casos)

Como estas normas constitucionales son de reciente creación, existen dudas sobre sus garantías en los pueblos indígenas de que se cumplan, consecuencia de esto y debido a la aprobación de la nueva ley marco de autonomías y descentralización (anteproyecto de ley), se realizó una marcha de protesta indígena contra el gobierno, organizada por la CIDOB, ya que con esta nueva ley, las comunidades indígenas estarían amenazadas por la pérdida del derecho a la consulta previa consagrada en la Constitución.

También estas protestas, se dan porque las organizaciones indígenas se ven amenazadas, por las declaraciones del Presidente Evo Morales, al referirse a que la consulta previa defendida en la Constitución de Bolivia obstaculiza la ejecución de programas y proyectos de desarrollo para el país.

- **Anteproyecto de Ley de Consulta Previa**

El anteproyecto de ley de consulta previa es un documento consensuado por la Comisión Nacional en Agosto 2013, en Cochapamba Bolivia, el mismo que en su artículo No 9 Ámbito de Aplicación, dispone que se las siguientes disposiciones deben ser aplicada por el estado y entidades territoriales autónomas, cuando:

a) La consulta previa se realizara mediante la gestión de las instituciones y organismos de estado más representativo para tal proceso, únicamente cuando afecte directamente a los derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas.

b) Se prevea la adopción de una medida legislativa de alcance departamental o municipal, susceptible de afectar directamente a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, la consulta se realizará a través de sus instituciones representativas departamentales o locales.

c) la consulta previa se realiza a las comunidades y pueblos indígenas cuando se requiere introducir o implementar un proyecto, obra o medida administrativa que afecte directamente a estas comunidades.

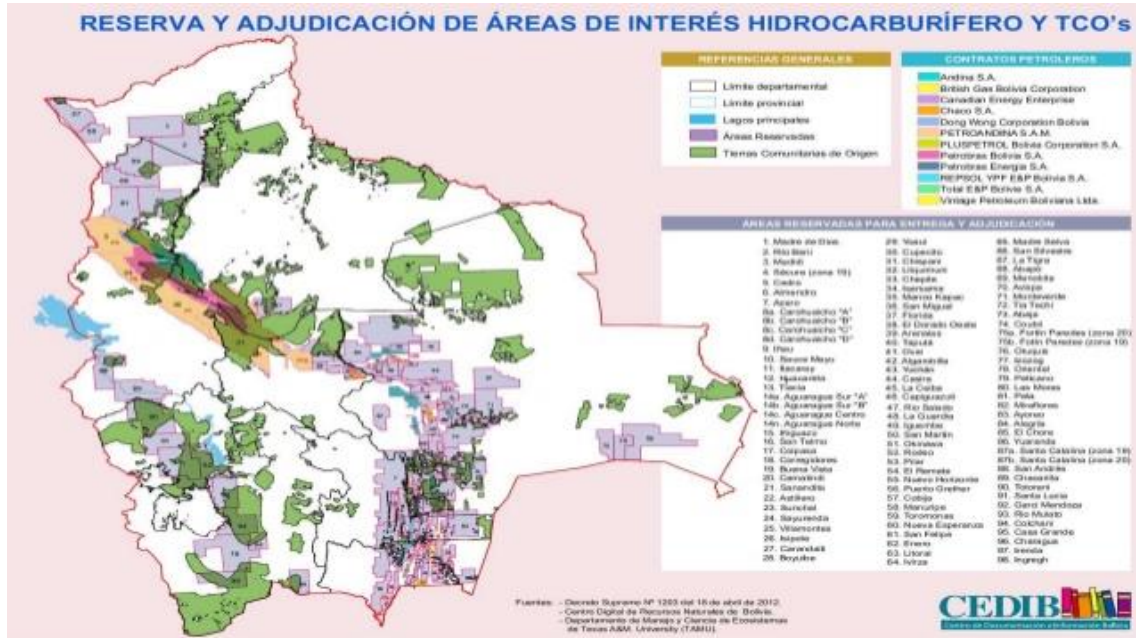
d) Se prevea un plan o programa de alcance nacional, departamental o municipal susceptible de afectar directamente a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, la consulta se realizará a través de sus instituciones representativas reconocidas legítima y legalmente.

El artículo 9 se apoya en los artículos 10 (solicitud de consulta) y 11 (excepciones a la consulta previa libre e informada).

3.2.1.1.4. El derecho a la consulta previa, y la participación indígena en actividades hidrocarburíferas

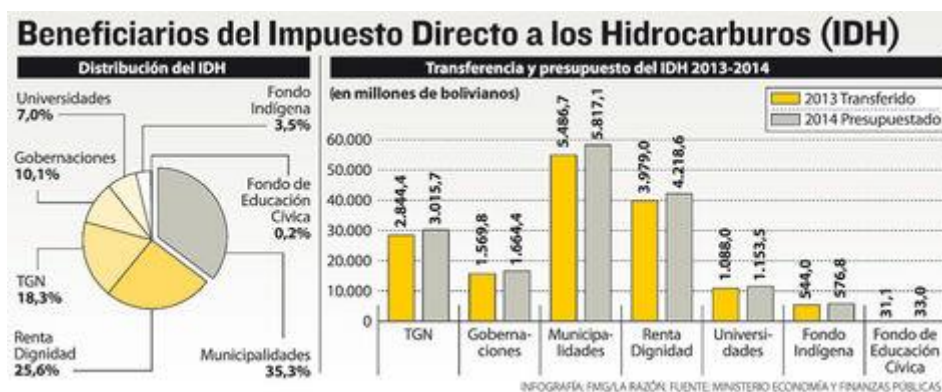
Según la CEACR, Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, (1989), la OIT como vigilante del buen procesos en el desarrollo normativo de la consulta previa en comunidades indígenas de Bolivia, aplicada a actividades hidrocarburíferas, ha dado un buen informe a la comunidad internacional sobre su

cumplimiento a nivel jurisdiccional y ejecutivo en el gobierno de presidente Evo Morales. (CEACR, 1991).



Al igual que la OIT, la CIDH y la ONU, ven con beneplácito el avance del proceso normativo ya que actualmente el derecho constitucional de consulta previa y su normativa ha dado origen a la formulación de varios decretos reglamentarios, en donde se dispone la ejecución de ensayos de procesos de consulta previa, lo cual está sustentado en el Decreto Supremo No 29033 del 16 de febrero de 2007 sobre Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas.

Según la Ley de Hidrocarburos, Artículo 57, dispone el “derecho a la participación y a la consulta, compensaciones e indemnizaciones, e intangibilidad de sitios sagrados, servidumbres y la distribución del Impuesto Directo a los Hidrocarburos.” Lo cual no se cumple a cabalidad, sobre todo en la distribución del impuesto directo a los hidrocarburos en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas de la zona, que equivale al saldo sobrante luego de haber repartido los porcentajes a otros beneficiarios, que posteriormente se fijó en el 5%, y actualmente este porcentaje no se lo utiliza en su totalidad para la creación de proyectos de desarrollo social, económico y ambiental en estas comunidades, sino únicamente un mínimo porcentaje.



El 16 de febrero del 2007, se emite el decreto supremo 29033, y el 89 de mayo del 2007 su complementario el decreto 29124, en donde se establece el procedimiento para el proceso de consulta y participación de las comunidades indígenas y pueblos originarios, dentro de operaciones hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen y demás, que según la Ley de Hidrocarburos, en su artículo 116, las características básicas del proceso de consulta previa y participación son las siguientes:

1. “Es obligatorio, previo, transparente, informado, de acuerdo con los “usos y costumbres” indígenas;
2. Es previo a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y es condición necesaria para ello;
3. Es previo a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico Integral;
4. Está compuesto de cuatro fases mínimas:
 - Coordinación e información;
 - Organización y planificación de la consulta;
 - Ejecución de la consulta;
 - Concertación;

5. Es nulo si la información presentada por la autoridad competente a los pueblos indígenas afectados no correspondiere, fuere falsa o contradictoria; o cuando la firma del convenio de validación de acuerdos fuere lograda por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia, o no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación;

6. La decisión a la que se arribe luego del proceso de consulta plasmada en un acuerdo debe ser respetada;

7. En caso de resultado negativo de la consulta, el Estado podrá promover un proceso de conciliación en el mejor interés nacional.” (Ley de Hidrocarburos, 2009).

Sobre el proceso de consulta previa y participación de comunidades indígenas en inicio de actividades hidrocarburíferas, enumerado en la Ley de Hidrocarburos Artículo 116, el Tribunal Constitucional, se pronuncia al respecto, manifestando que esta ley es inconstitucional ya que la consulta previa solo sirve para cuantificar daños.

Igualmente el tribunal Constitucional desconoce las normas del Convenio N° 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas, quienes han refutado esta decisión y ha sido fuertemente criticada por estos organismos.

Es a raíz de esta situación que existe una división institucional referente al proceso de consulta previa y participación de las comunidades indígenas y pueblos originarios, ya que bajo la Constitución y la Ley de Hidrocarburos, la consulta previa está siendo promovida en todos los medios, pero al momento mismo de iniciarse el proceso de ensayos y ejecutorias el tribunal Constitucional no facilita su operación, dando lugar a dos aspectos de análisis:

- Consulta previa de los pueblos indígenas al inicio de las prácticas hidrocarburíferas
- Consulta previa frente a proyectos hidrocarburíferos especiales

3.2.1.2. Consulta Previa en Colombia

En Colombia no existe una ley que garantice que se cumpla el procedimiento sistemático aplicado a la consulta previa y participación de los pueblos indígenas, pero

si existe un marco jurídico vasto que permite que se cumplan procesos de consulta para los pueblos autóctonos, pero actualmente este marco regulatorio crea inseguridad jurídica debido a la falta de consensos.

A la par con el clima de inseguridad jurídica referente a la consulta previa de pueblos indígenas de Colombia, se siguen celebrando contrato para el diseño y ejecución de mega proyectos de infraestructura, desarrollo y minería, lo que obstaculiza el pronunciamiento de los pueblos ante estas incursiones industriales, poniendo en riesgo la estabilidad medioambiente donde se desarrollan sus forma de vida.

Sumado a esto está el conflicto armado de Colombia con el terrorismo de las FARC, en donde estos ponen sus campamentos cerca de áreas indígenas y se ven afectados, muestra de ello es la comunidad de los Awa, en donde se han sucedido un sinnúmero de muertes, extorsión y desapariciones. Actualmente son 34 pueblos indígenas afectados con la guerrilla y narcotráfico, siendo a veces imposible para el estado concentrarse en defender los derechos de la consulta previa ya que está inmerso en este conflicto armado de décadas.

3.2.1.2.1. Participación Política Indígena

“La Constitución Política de Colombia en sus artículos 63 y 329 defiende el derecho de propiedad comunal a las poblaciones indígenas, ya que garantizan que sus tierras ancestrales sean de propiedad colectiva, inalienable e inembargable.” (Wiessner, 1999, p.80).

Apoyando los artículos 63 y 329, esta e artículo 246 de la Constitución, defiende el derecho consuetudinario al permitir que se estructuren jurisdicciones indígenas administradas por un gobierno autónomo.

Wiessner (1999, p.80), señala que en el artículo 171 se establece que “los pueblos indígenas estarán representados por dos senadores indígenas elegidos en circunscripción nacional especial y un número de representantes determinado por la ley”.

Esto es apoyado con el artículo 332 de la Constitución, que dice:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

En los últimos años, en Colombia han surgido organizaciones comprometidas con la defensa de los derechos de los indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), que conjuntamente con el estado están controlando que se respeten los derechos de propiedad de sus tierras ancestrales.

Esto se ve complementado con la adopción del Convenio N° 169 de la OIT por parte del estado fortaleciéndose con la nueva Constitución Política, hechos sucedidos en el año 1991, pero la falta del gobierno es que no se apoya con recursos para el desarrollo productivo de las tierras adjudicadas a ellas que son en promedio el 29.8%, conforme a sus tradiciones culturales.

La competencia para atender los procesos de constitución, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas, luego de varios cambios y de la emisión del Estatuto de Desarrollo Rural, mediante la Ley 1152 de 2007, elaborada sin consultar con los pueblos indígenas, recayó en la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. (Stavenhagen, 2009).

A falta de consulta previa, este estatuto es inconstitucional ya que no existen consensos judiciales y administrativos que gestionen estos procesos. En el Auto 004 de 2009, este Tribunal observó que “la precariedad en la titulación de tierras en algunos casos es un factor que facilita ampliamente el despojo y la invasión territorial; de esta manera, existe un entrelazamiento de los procesos de ampliación y saneamiento de resguardos con ciertos factores conexos al conflicto armado.” (Stavenhagen, 2009, p.40).

3.2.1.2.2. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena

La incorporación de derechos territoriales indígenas, auto Gobierno y autonomía, están legalmente constituidos en Colombia desde el año 1991 gracias a que muchos d ellos

principios del Convenio No 169 fueron incorporados en la nueva Constitución, a la nueva Constitución Política. Y es para el año 2007 en que se realiza la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que Colombia, luego de presentar tres salvedades para no votar a favor, acepta esta declaración, ya que luego de ser analizadas estas salvedades las Naciones Unidas encuentran que se oponen al ya adoptado Convenio o 169 de la OIT. (Clavero, 2008).

Bajo los términos de la Constitución, no existe explícitamente en algún texto que defina a la consulta previa, siendo este contenido reemplazado por un significado casi similar que consta en los artículos 40 y 3330; del derecho de participación y la disposición de que cualquier tipo de explotación en autóctonos se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, respectivamente.

Según Anaya y Williams (2001), el derecho de participación desarrollado por la Corte constitucional, defiende a estas comunidades, al referirse que para todo tipo de decisión que tome el estado, se tomara en cuenta la participación de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia.

Dentro del marco jurídico de Colombia, la consulta previa está establecida en la Ley 99 de 1993 en su artículo 76, la cual indica que se hará consulta previa a las comunidades indígenas, cuando exista en sus territorios ancestrales la explotación de sus recursos naturales.

Con el Decreto Ejecutivo No 1397 de 1996, el estado está obligado a consultar a los miembros de las comunidades indígenas sobre cualquier tipo de proyectos o planes de producción industrial que se vayan a realizar en sus territorios, al igual que garantiza que estas comunidades indígenas y sus representantes participen en los estudios de impacto económico, social y cultural realizados por los organismos de gobierno, como requisito previo para conceder la licencia ambiental a las concesionarias o corporaciones petroleras, mineras, forestales, entre otras que estén iniciando procesos de producción con sus recursos naturales.(Barrera-Hernandez, 2002).

Más adelante en 1998, se sanciona el Decreto 1320, por ser incompatible con el Convenio No 169 de la OIT, 2006-2010, con la Ley 1151, la misma que no había sido sometida a la consulta previa con las comunidades indígenas, para lo cual la Corte Constitucional, en defensa a las comunidades, ordeno que no se ejecuten ningún plan o

programa hasta que se realice la consulta previa, para que estas comunidades no se vean afectadas.

Según la CEACR (2010), informa que en el año 2009, se emite un proyecto de ley estatutario para reglamentar el proceso de consulta previa el cual fue el aprobado dentro del Ministerio del Interior y Justicia de Colombia, siendo criticado internacionalmente ya que mantiene las mismas dificultades del Decreto 1320, y es para el año 2010, que el Presidente se hace cargo de la reglamentación del proceso de consulta previa lo cual retrasa el avance para normalizar esta consulta en favor de las naciones y pueblos indígenas del país.

Con el decreto 4530 de 2008, se defiende el proceso de consulta previa a la comunidades indígenas al defender el derecho de participación de los representantes de estas comunidades en la consulta y de apoyar al Grupo de Consulta Previa para ser más eficiente el proceso de consulta en proyectos de desarrollo que afecten a estas comunidades.

3.2.1.1.5. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburífera, minera y forestal

Anaya y Williams (2009) señalan que dentro de los proyectos de explotación de recursos naturales en territorios indígenas se han dado el llenado de un embalse ubicado en territorio indígena, las fumigaciones aéreas de cultivos de uso ilícito, la explotación forestal por parte de una empresa maderera en territorio de una comunidad negra, las actividades de exploración de petróleo y las actividades de exploración y explotación relacionadas con una concesión para la exploración y explotación de oro y cobre. (Corte Constitucional, Sentencia T-383/03, M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

Todos estos proyectos de explotación de recursos naturales mencionados anteriormente fueron suspendidos por la Corte Constitucional con la finalidad de proteger el derecho a la consulta previa según sentencia T625/98 y T383/03. La Corte Constitucional protege el derecho de participación y de la consulta previa en las comunidades indígenas, como lo determina la Sentencia SU-039/97, en la que la Corte señala que debe existir buenas relaciones de comunicación y entendimiento, para el cumplimiento de acuerdos en torno a la consulta previa dentro de actividades de explotación de recursos naturales,

determinándose ciertos objetivos que se debe lograr cumplir en beneficio de los representantes de estas organizaciones indígenas y la autoridades gubernamentales, que son (Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, M.P.: Antonio Barrera Carbonell):

1. El conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución;
2. El conocimiento sobre la afectación o menoscabo de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política;
3. La participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual, en la medida de lo posible, debe ser acordada o concertada;
4. Que se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica;
5. Que se incluyan temas como: la prevención de impactos futuros, la mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, la compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos; la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales

El estatuto de desarrollo Rural y La Ley Forestal fueron declaradas inconstitucionales por la Corte al no observar el proceso de consulta previa en las comunidades indígenas, para su aprobación. Estas leyes la 1021 y 1152 respectivamente son inconstitucionales ya que estas medida legislativas afectan directamente a las comunidades indígena locales, lo que hace necesario que cualquier proyecto de ley se de a conocer a estas comunidades por medio de cualquiera de la distintas instancias del estado, dando a conocer su alcance, grado de impacto en la comunidad, y garantizar que sus miembros se pronuncien sobre el mismo, y con esto cumplir con el derecho a la participación.

Se declara al exequibilidad de la Ley 1151 del 2007 o Plan nacional de desarrollo 2006-2010, la cual sostiene que se suspenderá la ejecución de cualquier proyecto, plan, programa o presupuesto plurianual que atente directamente a los pueblos indígena so comunidades étnicas afrordescnedientes, sin antes se ejecute el proceso de consulta previa en base a las pautas establecidas por a jurisprudencia constitucional.

3.2.1.1.6. Casos de incumplimiento del derecho a consulta previa en territorios indígenas afectados por la exploración y explotación de recursos naturales

Los casos emblemáticos de territorios indígenas afectados por la incursión de empresas, industrias de exploración y explotación de recursos naturales sucedidos entre el año 1997 y 2006, son los siguientes:

- Caso del pueblo indígena Uwa por explotación de hidrocarburos en sus territorios.
- Caso de la comunidad indígena Embera-Katío del Alto Sinú, por explotación de recursos hídricos en sus territorios.
- Caso del pueblo indígena Embera, por la realización de un proyecto minero en sus territorios.
- Caso del pueblo indígena Embera, por la realización de un proyecto minero en sus territorios

3.2.1.3. Consulta Previa en Perú

La normativa peruana que directa o indirectamente ha abordado el tema del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas es dispersa, inadecuada e insuficiente, así lo demuestra el poco avance en los procesos para integrar la normativa interna con los estándares internacionales.

Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. Estos recursos naturales explotados fueron de tipo hidrocarburífero, minero y forestal, los cuales.

Los primeros fueron puestos en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ordenó la protección de los miembros de los pueblos indígenas mediante medidas cautelares. (CIDH, 2007).

A finales del 2007 las relaciones entre las comunidades indígenas y el estado peruano se distanciaron , a raíz de la emisión, sin consulta previa, de decretos legislativos que regulan temas que afectan los derechos de las comunidades indígenas; con la defensa de estos decretos argumentando que las comunidades indígenas no son tantas y que el Perú es un país mayoritariamente mestizo; con la firma de numerosos contratos de hidrocarburos sin consulta previa, incluso con posterioridad al inicio de las protestas sociales; con la interrupción de un proceso legislativo sobre el derecho a la consulta previa y con la criminalización de la protesta social mediante la detención y persecución penal de líderes indígenas. (Servicios en Comunicación Intercultural (SERVINDI), 2009).

Después de los violentos acontecimientos de Bagua, en junio de 2009, se generaron importantes espacios de diálogo intercultural que, a pesar de encontrar numerosas dificultades, culminaron con la redacción consensuada de un proyecto de Ley Marco para regular el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas.

Luego de que fuera aprobada por el Congreso en mayo de 2010, el Poder Ejecutivo observó sustancialmente la ley en temas neurálgicos y el consenso logrado no parece tener un futuro prometedor. Varias organizaciones indígenas del Perú realizaron movilizaciones de rechazo a las observaciones del Ejecutivo y solicitaron que se apruebe el texto consensuado, sin que obtener respuesta del Congreso.

Recientemente las tensiones entre el Gobierno y las organizaciones indígenas se han acrecentado al no ser consultado debidamente con las comunidades el texto de la nueva ley forestal.

3.2.1.3.1. Participación Política Indígena

Las reivindicaciones de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en Perú se lograron gracias al trabajo de numerosas organizaciones, entre otras, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI); la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP); la Confederación Campesina del Perú (CCP); la Confederación Nacional Agraria (CNA); la Asociación Regional de los Pueblos Indígenas de la Selva Central (ARPI); la Organización Regional Ucayali

(ORAU); la Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente (OPRIO), la Central Unificada de Rondas Campesinas de Cajamarca, la Federación Departamental de Campesinos del Cusco, entre otras, así como de diversas ONGs que integran la Mesa de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

La Ley Marco sobre el Derecho a la Consulta, de 2010, observada por el Ejecutivo, otorga al INDEPA el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena dentro del Poder Ejecutivo y crea una base de datos oficial sobre pueblos indígenas y originarios.

Esta ley no fue promulgada por el Ejecutivo; por el contrario, fue observada, con lo cual truncó el proceso legislativo que se encontraba en la fase final. Todavía está pendiente que el Estado asegure la plena y efectiva participación y consulta a los pueblos indígenas, mediante instituciones representativas, en la elaboración de un plan de acción, con el fin de abordar de manera coordinada y sistemática los problemas pendientes respecto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

3.2.1.3.2. El derecho a la consulta previa, y la participación política indígena

El Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado por el Estado peruano el 5 de diciembre de 1993, mediante la Resolución Legislativa N° 26253, y entró en vigencia en febrero de 1995433. Además, Perú se encuentra entre los Estados que durante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007 votaron a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (CEACR, 2010).

Es importante aclarar que en el Perú los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido de forma reiterada y uniforme el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la OIT436 y el rango constitucional del Convenio.

Además, a partir del artículo V del Código Procesal Constitucional, se ha reconocido expresamente que las sentencias de la Corte Interamericana son de observancia obligatoria para la interpretación de los derechos humanos, lo que incluye aquellas que desarrollan el contenido y alcance de los derechos humanos de los miembros de los pueblos indígenas. Como consecuencia, en Perú las normas internacionales y las interpretaciones de los tribunales internacionales son parte del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, dado que muchos funcionarios públicos mantienen una concepción positivista y legalista del Derecho, al no estar el Convenio N° 169 de la OIT de manera directa y expresa consagrado en alguna ley o reglamento o en la misma Constitución, no consideran que sea aplicable en forma directa y argumentan que no existe una ley de consulta, con lo cual desconocen a los pueblos indígenas como tales e incluso se ha llegado a negar en forma reiterada el valor que tiene la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Recientemente, en junio de 2010, el Tribunal Constitucional dio un paso adelante en el reconocimiento del valor del derecho internacional en Perú. Además de desechar los argumentos del Gobierno sobre la inexistencia de una ley de consulta como justificativo para la no realización de procesos de consulta previa, sostuvo que utilizaría el contenido de la Declaración de Naciones Unidas en su calidad de norma con carácter de soft law (derecho suave) y de guía de conducta que deben seguir los Estados.

A pesar de que la Constitución no consagra expresamente el derecho a la consulta previa, este tiene cobertura constitucional directa por medio de las normas referidas al sistema electoral, concretamente los artículos 176, 178, 181 y 182 de la Constitución, que reconocen de manera genérica la posibilidad de realizar consultas populares.

Asimismo, tiene cobertura constitucional indirecta, por medio de las normas que reconocen el derecho a la participación, protegido por los artículos 2.17 y 31 de la Constitución, y el derecho a la identidad cultural reconocido en el artículo 2.19 constitucional.

De igual manera, tiene cobertura constitucional directa, toda vez que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Estado peruano, entre los que se

encuentra el Convenio N° 169 de la OIT, el cual ha sido incorporado al ordenamiento jurídico constitucional y al bloque de constitucionalidad, mediante las cláusulas de apertura, contenidas en los artículos 3 y 55 y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución

3.2.1.3.3. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburífera, minera y forestal

Las actividades mineras estuvieron regladas por diversos decretos del Poder Ejecutivo y por resoluciones ministeriales que no reconocían expresamente el derecho a la consulta previa y que establecían simplemente procesos de participación meramente informativos. (Ministerio de Energía y Minas, 2003). Estos procesos debían realizarse antes de que se llevaran a cabo los estudios ambientales o con posterioridad a ellos, en una “audiencia pública” meramente informativa, que se realizaba después de que el Estado hubiera otorgado las concesiones.

El Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub-Sector Minero, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008, mediante el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, no consagra el derecho a la consulta previa. Este decreto establece expresamente que el primer momento en que se ejerce la “participación ciudadana” es la etapa posterior al otorgamiento de la concesión minera y la obligación de la autoridad estatal en este punto es apenas informativa.

El 22 de marzo de 2007 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario Mashco Piro, Yora y Amahuaca, que habitan la zona del río Las Piedras, Departamento de Madre de Dios. En el año 2006 la Comisión había solicitado información al Estado peruano con respecto a la situación de dichas comunidades indígenas, en particular, sobre la implementación de medidas para garantizar su vida e integridad personal y erradicar las actividades de extracción ilegal de madera en su territorio.

Al mismo tiempo, la CIDH fue informada sobre la extracción ilegal de madera en territorio legalmente protegido y asignado a tales comunidades en el Departamento de Madre de Dios, lo que las expone al riesgo de extinción. En vista de la situación, la Comisión solicitó al Estado peruano adoptar todas las medidas necesarias para

garantizar la vida y la integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario Mashco Piro, Yora y Amahuaca, en especial, la adopción de medidas tendientes a evitar daños irreparables resultantes de las actividades de terceros en su territorio.

El 12 de octubre de 2007, durante su 130º período ordinario de sesiones, la CIDH celebró una audiencia pública en la cual recibió información del Estado y de los representantes de los beneficiarios sobre la implementación de las medidas cautelares dictadas. La Comisión continúa dando seguimiento a la situación de los beneficiarios (CIDH, 2007).

El 20 de febrero de 2008 se promulgó el Decreto Supremo N° 12-2008-EM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Esta norma corrigió el problema consistente en que la consulta-participación se realizara después de la concesión, al establecer que “antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas” (artículo 2.1 del título preliminar).

3.2.1.3.4. Legalidad del derecho a la consulta previa

El 19 de mayo de 2010 el Congreso aprobó la autógrafa de la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT; esta ley es considerada un logro para las comunidades indígenas y originarias en Perú y un ejemplo de buena práctica para otros países.(Anaya, 2010).

En el proceso de construcción de consensos sobre el contenido de esta ley intervinieron las organizaciones indígenas amazónicas AIDSESEP y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - CONAP, que contaron con la propuesta de la Defensoría del Pueblo.

Esta propuesta fue remitida al Congreso de la República, donde las comisiones de Pueblos Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología (CPAAAAE) y de Constitución y Reglamento, emitieron sendos dictámenes.

A continuación mencionamos algunos de los elementos positivos de dicha ley:

Primero: el texto de la ley aprobada es fruto del diálogo realizado en la Mesa de Trabajo N° 3 entre el Estado y los pueblos indígenas durante siete meses de reuniones, luego del conflicto de Bagua; el texto recoge consensos básicos logrados en dicho espacio.

Segundo: en la discusión se unificaron distintas iniciativas normativas en las que se consagraba el derecho a la consulta previa y se acordó tratar el derecho en forma integral y no desmembrada según el tipo de actividad.

Tercero: el contenido de la ley se basa en normas y estándares internacionales y adopta los principios de oportunidad, interculturalidad, buena fe, flexibilidad, plazo razonable, ausencia de coacción, información oportuna;

Cuarto: tiene un alcance subjetivo amplio que abarca también a las comunidades nativas y campesinas;

Quinto: desarrolla las etapas mínimas que debe tener el proceso de consulta y da oportunidad a los pueblos afectados para solicitar la consulta cuando el Estado no la hubiere convocado por sí mismo;

Sexto: otorga protección judicial por la violación de este derecho;

Séptimo: se asigna al INDEPA el carácter de órgano técnico especializado en materia indígena dentro del Poder Ejecutivo y se crea una base de datos oficial sobre pueblos indígenas y originarios (Ley de Consulta Previa, 2010).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha jugado un rol errático en relación con este tema. Si bien ha emitido sentencias importantes en las que le ha dado contenido constitucional al derecho a la consulta previa, ha dado un grave revés al señalar, en contravía de los estándares internacionales, que este derecho solo es exigible a partir de junio de 2010.

3.3. LA CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR

3.3.1. Antecedentes

El derecho a la consulta previa y la consulta prelegislativa, fueron ratificadas en la Constitución Política del 2008, a favor de las comunidades y pueblos indígenas, lo que

ha dejado actualmente una amplia brecha entre este derecho reconocido y la puesta en marcha de su eficiencia legislativa, administrativa e institucional.

La implementación de la consulta previa en los pueblos y nacionalidades indígenas, carece actualmente de una planificación con objetivos y actividades, debido a que este derecho no se ha instituido en el sector público, lo cual no permite que su jurisdicción sea controlada, como tampoco se puede viabilizar con el presupuesto público.

La consulta previa y consulta pre legislativa no se han ejecutado en las comunidades indígenas cuando ha existido proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, y cuando el legislativo aprueba leyes, como la Ley de Minería 2009, sin antes llegar a una participación democrática con los representantes de estas organizaciones.

Tampoco existe el cumplimiento de los derechos colectivos para la consulta previa, ya que existe exclusión social combinada con discriminación a nivel constitucional, sin tener en cuenta que estas comunidades son amenazadas constantemente por factores externos como son contaminación ambiental, insalubridad, enfermedades y otras amenazas, causadas por proyectos de exploración y explotación de recursos naturales son renovables.

La Ley de Aguas y Ley de Minería, están en pleno conflicto actualmente, ya que las comunidades indígenas del país, se oponen a sus normativas, sin encontrar aun un consenso con el estado a través de un dialogo con propuestas reales que beneficien a ambas partes.

El factor causante de la falta de diálogos de participación con las comunidades indígenas, es la falta de una ley integral que regule la consulta previa al igual que no existen expertos en el campo legislativo con experiencia para aplicar las normas en derecho internacional que proteja a la consulta previa en comunidades indígenas.

3.3.2. Fundamentos Normativos de la Consulta Previa

3.3.2.1. Derechos Humanos de los Indígenas

Los derechos humanos de los indígenas en el Ecuador están protegidos bajo las normas de derecho internacional y en la Constitución 2008, en donde el convenio no 169 de la Organización Internacional de trabajo OIT, la Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es decir toda la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en su conjunto conformar el marco legal que protege los derechos humanos de las comunidades y pueblos indígenas del país, como son los derechos civiles y el derecho de la consulta previa ante actividades de explotación y extracción de recursos naturales no renovables.

Actualmente los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Ecuador, son la base para las actividades legislativas y expedición o derogación de leyes internas como normativas.

3.3.2.2. Constitución de la República 2008

En base al derecho internacional la Constitución en su artículo 424, reconoce la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos en el Ecuador, sobre la legislación nacional, al momento que esté en juego la vulnerabilidad de los derechos humanos de las comunidades indígenas como es el de consulta previa. Esto viene a constituirse en el denominado Bloque de Constitucionalidad, reconocido por la Constitución de la República.

Para entender que es el bloque de constitucionalidad, debemos empezar definiendo que es, entiendo así como el conjunto de normas, principios, y valores de carácter constitucionales, que se encuentran fuera del texto de la Constitución. En otras palabras el bloque de constitucionalidad en el Ecuador es considerado como el instituto jurídico adoptado jurisprudencialmente, el que se encuentra integrado por los tratados internacionales de derechos humanos que van desarrollando en forma

progresiva las reglas, los principios y los valores contenidos en la Constitución. Dentro de esta definición podemos evidenciar su naturaleza esencialmente jurisprudencial, ya que no consta en ninguna norma, en estricto sentido, de forma expresa o tacita, sino que mas bien de su adopción tanto de la jurisprudencia internacional como comparada. De esta manera, el bloque de constitucionalidad implica que sea reconocida a nivel internacional de forma restringida, sobre la obligatoriedad que tiene la normativa supranacional suscrita y ratificada por los Estados, que pese a la creación de normativa interna, no es susceptible de excusa su aplicación, ya que se rigen por el principio reconocido dentro del Derecho internacional, denominado *pacta sunt servanda*, que en el Art. 26 de la Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados, lo define como “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”(Naciones Unidas, f/f, p. 450), es así lo anteriormente mencionado encontramos su fundamento legal en el Art. 27 de la misma Convención, que en su parte pertinente dispone “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Naciones Unidas, f/f, p. 450).

Al considerar a estas normas con el carácter constitucionales, mantienen igual supremacía sobre las leyes y demás normas, además son de carácter obligatorio a nivel nacional dentro del territorio de un estado, así bien lo dice el Art. 29 de la Convención Sobre el Derecho de los Tratados, que manifiesta principalmente que “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes, por lo que respecta a la totalidad de su territorio”, es por eso que el bloque de constitucionalidad, tiene gran importancia cuando se habla de derecho humanos y aun mas cuando hablamos de violaciones de estos derechos humanos que poseen todas las personas, ya que tenemos como una de las principales funciones del bloque de constitucionalidad, es la de servir como norma interpretativa de la misma Constitución (Caicedo, 2009)

Si bien es cierto, el bloque de constitucionalidad, se define como el conjunto de normas, principios y valores de carácter constitucional, doctrinariamente se ha hablado que posee sus propias fuentes hablando en un sentido más de carácter enunciativo, es así que centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, se habla que el bloque de constitucionalidad, está compuesto por: la constitución, los tratados internacionales; que han sido suscritos y ratificados por el Estado, que pasan a formar parte dentro de la normativa jerárquicamente superior; y ciertas leyes, especialmente organicas, que

desarrollan el texto constitucional, aunque estas sin la categoría de supremacía propia. Cabe reclamar que a pesar de estas anteriores, no se descartan otras fuentes, como la costumbre constitucional, las resoluciones de inconstitucionalidad, las normas interpretativas del legislativo entre otras (Riofrio, 2006)

El bloque de constitucionalidad, marca su importancia dentro del tema de la consulta previa, ya que, incluso han habido casos que han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la relevancia que tiene el tema de la consulta previa, cuando se trata de garantizar los derechos que poseen las comunidades, es de esta manera que las resoluciones y decisiones de la Corte Interamericana, forman parte importante cuando hablamos del bloque de constitucionalidad, ya que, como mencionamos con anterioridad, las fuentes del bloque de constitucionalidad, son amplias, y estas decisiones que han marcado precedentes jurisprudenciales, conformando también el bloque de constitucionalidad, ya que no podemos dejar de lado las decisiones emitidas por la Corte cuando de violaciones de derechos humanos hablamos.

Es por esto que cuando hablamos de consulta previa, no podemos dejar de lado el bloque de constitucional, ya que como bien hemos dicho, el bloque de constitucionalidad, está formado principalmente por los tratados suscritos y ratificados por el Estado, sobre todo en materia de derechos humanos, la consulta previa constituye un derecho, que poseen principalmente las comunidades y pueblos indígenas o ancestrales, a que se les consulte sobre la intervención en sus territorios, que puedan afectar directamente su entorno, es por eso la consulta previa se encierra estrechamente vinculada al bloque de constitucionalidad, ya que en varios tratados internacionales que encuentran ratificados por el Ecuador, recogen principios y derechos, fundamentales y reconocen ciertas garantías que gozan que las atribuyen a estos grupos determinados. Es así que dentro de la Constitución de la República, garantiza este derecho, a que se les consulte sobre asuntos que pudieran, afectarlos culturalmente o ambientalmente. La Consulta previa, constituye un derecho adquirido por estos pueblos y nacionalidades, sobre el cual ya se han producido varios conflictos, ya que en nuestro país no es el único Estado en el que se ha entrado en conflictos al respecto, es así que se puede decir que uno de los casos más representativos es el caso del Estado de Surinam, versus la comunidad de Saramaka, el cual ha sentado un precedente jurisprudencial de mucha relevancia, por el análisis y

consideraciones que toma en cuenta para la resolución del conflicto, es por esto que no podemos dejar de lado de referirnos a este caso, así como a otros casos de la Corte Interamericana de derechos Humanos, que marcan una referencia sustancial para analizar la consulta previa, en nuestro país, ya que si bien es cierto, la Constitución de la república del 2008, contempla y garantiza el derecho a una consulta previa, no existe una normatividad que regule propiamente la aplicación de esta norma constitucional, y que asegure y garantice su estricto cumplimiento, es por eso que necesariamente tenemos que referirnos a los tratados internacionales, en los cuales podemos encontrar ciertos mecanismos de cumplimiento de los derechos que recogen en estos mismos tratados y que están contemplados en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, y que en algunos casos las legislaciones contemplan más derechos en sus leyes, pero nunca menos derechos de los que se recogen en los tratados internacionales. Entendiendo y haciendo énfasis una vez más que, tanto la Constitución, así como los tratados internacionales forman este bloque de constitucionalidad, cuya importancia se basa en el análisis realizado anteriormente.

También, en la Constitución de 2008, el derecho a la consulta previa se sustenta con el artículo 84.5, al disponer que:

El derecho de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos a “ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.(Constitución Política, artículo 84.5.)

En esta misma línea, se protege el derecho a la consulta previa en materia legislativa, en el artículo 57 numeral 7, el mismo que es complemento del artículo 84.5, al garantizar el derecho colectivo de este proceso en las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en donde dispone que: “la consulta debe ser previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable”.(Constitución política, Artículo 57, numeral 7).

Veintimilla (2010), señala que dentro de la Constitución, el artículo 57 numeral 17, protege la consulta pre legislativa en las comunidades indígenas antes de que el estado

oficialice una ley, que estuviera en contra de sus derechos colectivos. El artículo 57 numeral 17 dice:

Cuando consagra el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.(Artículo 57 numeral 17, CPE 2008).

3.3.2.3. Tratados Internacionales

3.3.2.3.1. Convenio No 169 de la OIT

Los tratados internacionales de derechos humanos que protegen el derecho a la consulta previa en comunidades indígenas, como el Convenio No 169 de la OIT, se refiere a este en concreto al decir:

“Es deber de todo estado, realizar el proceso de consulta previa a comunidades indígenas y pueblos tribales, cuyo contexto este en relación con aspectos que los afectan de forma directa, y lo mismo exige su participación libre e informada y hecha de manera previa dentro de los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.” (OIT, Convenio no 169).

El alcance del Convenio No 169 de la OIT, sobre la consulta previa y participación, agrupa a todo tipo de actividades y decisiones dentro del gobierno y la integración de los miembros y representantes indígenas en la vida pública.

El artículo 6, el Convenio determina el proceso de consulta previa para pueblos indígenas y tribales, que es el siguiente:

- El proceso de consulta previa se deberá realizar a través de instituciones representativas bajo procedimientos apropiados.
- Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;
- El proceso de consulta previa deberá poseer representatividad, es decir deberá realizarse con la presencia de las organizaciones indígenas y tribales.

3.3.2.3.2. Declaración de las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas para pueblos indígenas, protege los derechos humanos de las comunidades indígenas y pueblos tribales, siendo ratificados por la Constitución, la cual se respalda en los artículos 15, 19, 30,32, los cuales hacen mención al derecho a la consulta previa y participación de estas comunidades, siendo sus resoluciones las siguientes (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 7-12).

Artículo 15

“Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”

Artículo 19

“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.”

Artículo 30

“Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.”

Artículo 32

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”

3.3.2.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 27, del PIDCP, basado en los artículos 84 y 85 de la Constitución, reconoce los siguientes derechos colectivos a las comunidades indígenas y pueblos tribales del Ecuador:

- Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones culturales, lingüísticas, religiosas, políticas y socioeconómicas;
- Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias; conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad;
- Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente.

Sobre este tratado, queda en observancia que el derecho a la consulta previa no fue protegido para el caso de la comunidad Sarayacu, en donde la corporación petrolera argentina Compañía General de Combustibles (CGC), realizó actividades hidrocarburíferas, sin antes consultar a esta comunidad, que se asienta sobre el bloque 23 de la provincia de Pastaza, a lo cual la CIDH se pronuncia con un juicio contra el estado reclamando los derechos de esta comunidad basados en el Convenio No 169 de la OIT, solucionándose este caso con sentencia de 6 de julio de 2004, con medidas provisionales como es garantizar el derecho de libre.

3.3.3. Derecho a la Consulta Previa en las comunidades indígenas del Ecuador

3.3.3.1. Derecho a la consulta previa y participación política indígena

La participación política indígena posee varios aspectos o características notorias como son que el Convenio N° 169 de la OIT fue ratificado en el Ecuador, gracias a la participación activa de la organización indígena CONAIE conjuntamente con el movimiento partidista Pachakutik en 1989.

Según Stavenhagen (2010), la CONAIE y Pachakutik lograron que se devolvieran varias hectáreas de territorio a pueblos indígenas que eran ancestrales, que fueron de cuatro millones de hectáreas aproximadamente a nivel nacional, y que estos territorios sean reconocidos bajo la Constitución Política del Ecuador, y de esta forma protegiendo del derecho de propiedad comunal como inalienables, imprescriptibles, inembargables, inenajenables y exentas de tasas e impuestos.(Constitucion política 2008, Artículos 57, num.4).

Igualmente existe una contradicción en el ámbito legal, mientras la Constitución establece el derecho de utilizar los recursos naturales renovables, en la misma constitución en el artículo 408, se proclama al estado como único propietario y dueño de los recursos naturales no renovables, como son recursos mineros, hídricos, e hidrocarburíferos, los cuales deben tomarse en cuenta en el derecho a la consulta previa estipulado en el artículo 57 de la misma Constitución.

Sobre los pueblos y comunidades en aislamiento voluntario la Constitución, protege sus derechos con al artículo 57 numeral 21 inciso segundo que dice:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos

En base a la CIDH, en el juicio Sarayaku vs Ecuador (2010), señala que en apoyo a la Constitución se encuentran algunas normas legales que protegen el derecho de propiedad comunitaria, respaldando sus propias formas de producción comunitaria, así entre estas leyes están: la Ley de Desarrollo Agrario, Codificación 2004-02, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 315, 16 de abril de 2004; la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, Codificación 2004-04, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 315; la Ley de Gestión Ambiental, Codificación 004-019, publicada en el Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004 y la Ley de Tierras Baldías y Colonización, Codificación 2004-03, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 315, 16 de abril de 2004.(CIDH, 2010).

Se resalta el hecho negativo, sobre el proceso de consulta previa, al momento de no practicarse, cuando el estado aprobó la Ley de Minería 2009, la misma que en su artículo 29, permitiría al estado la exploración total a nivel nacional de recursos mineros, afectando con esto el derecho de propiedad comunitaria en pueblos indígenas de todas las regiones del Ecuador, oponiéndose rotundamente el tribunal Constitucional diciendo que esta ley era inconstitucional para el sector indígena.

La CONAIE con su movimiento político Pachakutik adoptaron el Convenio No 169 de la OIT, reconociéndolo como de beneficio para apoyar el cumplimiento del derecho a la consulta previa, derecho a la propiedad y derecho de participación, entre otros,

Así mismo la incorporación del derecho internacional al derecho nacional, tiene la particularidad de que estas normas y leyes internacionales de derechos humanos, civiles, penales etc., son aplicas por cualquier servidor /a publico administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, según lo expuesto por la OIT. (OIT, Convenio No 169, p.10).

El hecho más sobresaliente de la jurisdicción ecuatoriana es la aprobación dentro del pleno de la asamblea de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en Septiembre del 2007. Al momento se impone cualquier derecho internacional sobre derechos contenidos en la Constitución, siempre y cuando sean de mayor beneficio para las comunidades.

El derecho a la Consulta previa, fue plenamente consagrado en el Ecuador, ya que la Constitución favoreció con la consulta previa sobre daños al medioambiente a los

pueblos montubios, afroecuatorianos e indígenas, cuando existiese operaciones de exploración y explotación de recursos son renovables, así lo estipula el artículo 57 apartado 7 que habla sobre el derecho colectivo de estas comunidades, que dice:

La consulta debe ser previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, la misma que debe ser obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

La consulta previa también se apoya en el artículo 398 de la Constitución referente a acciones sobre la naturaleza y medioambiente en territorios indígenas ancestrales, que dice:

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. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.(Constitución política del Ecuador 2008, Artículo 398)

El artículo 398 de la Constitución, al referirse a la consulta previa, hace mención a la comunidad pero en forma global y no específicamente a la indígena, siendo de esta forma discriminado su sector, y además no se respeta el derecho colectivo de sus miembros. Lo que si deja en claro en este artículo es que el estado valorara la opinión de la comunidad en base a la legislación internacional de derechos humanos.

En el Ecuador, no existe consulta pre legislativa en las comunidades indígenas, como es el caso de la aprobación de la Ley de Minería en el 2009, y más tarde hubo un proceso legislativo que incorporó requisitos para la consulta previa dentro de esta misma ley,

que tampoco fue consultado previamente con los pueblos y nacionalidades indígenas del país.

Dentro de estos requisitos, se hace constar aquel que sostiene que debe haber un procedimiento especial para los pueblos indígenas basado en el principio de legitimidad y representatividad dentro de sus instituciones u organizaciones. (Artículo 90 de la Ley de minería), eso hace cada vez más evidente que el derecho colectivo a la consulta previa no es respetado por el legislativo ni por la Constitución.

3.3.3.2. El derecho a la consulta previa, en proyectos de explotación hidrocarburifera, minera y forestal

El derecho a la consulta previa, ha dado origen a varios casos de demandas y juicios entre las comunidades indígenas y el Estado, siendo los principales los siguientes (Informe de la Fundación para el Debido Proceso Legal-Informe de la OXFAM, 2011):

- **Casos de violación al derecho a la consulta previa en actividades de minería**

- a. Explotación de oro en territorio del pueblo Shuar
- b. Explotación de cobre en territorio de las comunidades de Junín

- **Casos de violación al derecho a la consulta previa en actividades hidrocarburíferas**

- a. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Shuar
- b. Explotación de petróleo en territorio del pueblo Sarayaku
- c. Explotación de petróleo en territorio de los pueblos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane.

Tanto en los casos de explotación minera como hidrocarburifera, el derecho a la consulta previa no se ha cumplido, siendo causa para que estas comunidades indígenas adyacentes a estos proyectos de exploración y explotación, se vean en la necesidad de

impugnar ante la CIDH con demandas al Estado por daños y perjuicios valiéndose del Convenio No 169 de la OIT, y de los artículos 1 (19 y 2 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo cual ha significado un triunfo para sus representantes, al ser solucionados bajo sentencias, estos conflictos territoriales.

Más aún en la actualidad no están delimitadas correctamente las áreas que le pertenecen a los pueblos no contactados Tagaeri y Taromenane que se encuentran en la región del Yasuni, ya que sus límites se extienden más allá de los determinados por el INDA, siendo víctimas de las actuales actividades de explotación petrolera del bloque 43.

A esto se suma que el estado tiene planificado explorar áreas más allá del Yasuni que son dos veces y medio más grandes, que podrían afectar a más de 5 comunidades indígenas distintas, sin que existe aún una ley que proteja el derecho a la consulta previa exclusiva para pueblos no contactados.(Informe OXFAM, 2011).

Dentro de los casos más relevantes referentes a la incursión en territorios ancestrales por concesionarias o corporaciones extranjeras para la exploración y explotación de sus recursos naturales no renovables, es la del pueblo Shuar en el Oriente ecuatoriano, en donde se explotó el oro y cobre.

Según Chicaiza (2010), señala que la Asamblea Constituyente en el 2008, revocó las concesiones de varias empresas extranjeras que querían extraer minerales en suelo indígena del oriente ecuatoriana, valiéndose del Mandato Minero, y determinando que serán negados o no autorizados los contratos que no hubiesen iniciado sus inversiones a Diciembre del 2007 o que estas empresas no hubieren obtenido la licencia ambiental, previo el requisito de cumplir con estudios de impacto ambiental.

El Mandato Minero de 2008, dejó en moratoria a todas las actividades mineras del país, hasta que se apruebe la nueva Ley de Minería, pero el Ministerio de Minas y Petróleo, levanto esta revocatoria a las compañías mineras, y activo ciertas concesiones mineras que en la actualidad todavía están operándose, causando disturbios al interior de las organizaciones indígenas, llamando a todo el país, a que participen de sus movilizaciones sociales.

En el mismo año 2008, el Gobierno del presidente Rafael Correa se adjudicó la propiedad de casi 3 millones de hectáreas de suelo virgen a favor de numerosas

compañías extranjeras de explotación mineras, que fueron nacionalizadas, y que hasta el día de hoy se siguen operando, siendo motivo de denuncia del pueblo Shuar.

Así mismo la explotación del cobre en Junín, es otro caso que se debe tomar en cuenta, como lo explica Chicaiza (2010), al decir que no existe licencia ambiental para el proyecto de cobre en Junín, a pesar de que hubo un estudio de impacto ambiental de 1996, ejecutado por las compañías Matal Minig de Japon y la Japan International, que advertían que si se llega a explotar cobre en esta región las consecuencias serían:

- i) deforestación masiva,
- ii) relocalización de 100 familias indígenas,
- iii) afectación de 4.500 hectáreas de bosque,
- iv) afectación de diques de cola para la retención del agua
- iv) ingreso a la zona de aproximadamente 5.000 trabajadores.

Una de estas empresas mineras es la canadiense Ascendant Copper Corporation, que en el 2004, inicia operaciones de explotación minera en Junín, sin haber realizado una consulta previa a sus comunidades, en vista de esto en el 2007 se suspende las operaciones en la mina Junín debido a numerosos conflictos violentos al interior del campamento minero y es para el 2008 que esta empresa canadiense pierde la concesión por la implementación del Mandato Minero.

Pero a pesar de esto, el Gobierno reactivo estos proyectos de explotación minera en junio del 2010, con la programación o planificación de siete megaproyectos mineros para explotar cobre, principalmente en las zonas de Junín y Cordillera del Cóndor.

En cuanto a la exploración y explotación hidrocarburifera, la consulta previa no ha sido tomada en cuenta para tales actividades, así es el caso de la comunidad Shuar en donde la compañía Atlantic Richfield Company (ARCO), comenzó a explotar crudo en el lote 24 sin consentimiento del pueblo Shuar que pertenece a la Federación Independiente del pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE).

La FIPSE, al ver que la compañía ARCO no suspendería sus operaciones en territorio ancestral, y solo se mantenía realizando trueques con las comunidades a cambio de infraestructura de salud y educación, la FIPSE se apara en la Constitución, y levanta con recursos de amparo un juicio contra esta empresa aduciendo que se transgredió las disposiciones del artículo 84 de la Constitución de 1998, al realizar negociaciones individuales con los miembros de la comunidad Shuar, lo cual atenta contra la unidad de la comunidad.(Caso Shuar 994-99-RA, con Sentencia de 16 de marzo de 2000).

En abril del 2000, se ratifica la validez del juicio a través del tribunal Constitucional en contra de esta empresa, la misma que hace caso omiso a la sentencia del tribunal, siendo necesaria la transferencia del caso a la OIT por la FIPSE en una contrademanda a Ecuador, por violar el Convenio No 169. Como consecuencia la empresa Arco, se vio presionada y sale del país, vendiendo todos sus bienes a otra empresa llamada Burlington, que actualmente su contrato está vigente.

Otro caso relevante, es del pueblo Sarayaku, cuyo territorio ha sido víctima de la exploración y explotación petrolera de una compañía petrolera argentina desde el año 2002, siendo relevante para este pueblo su defensa ante la CIDH, cuya demanda sostenía que el contrato entre Ecuador y la compañía petrolera se firmó sin la consulta ni el consentimiento previo del pueblo Sarayaku, en violación del Convenio N° 169 de la OIT370.

La CIDH, en respuesta a esta demanda dicta ciertas medidas protectivas dadas cautelares para ser obedecidas por el gobierno ecuatoriano, el cual no se sujetó a estas medidas, y en respuesta de esto el caso se volvió a denunciar ante la CIDH que ordena al estado adoptar medidas provisionales que protejan a la comunidad Sarayacu.

Hasta que se resuelva el caso en la CIDH, y se dictamine sentencia, el Ministerio de Minas y Petróleos en el año 2009, emite una resolución en la que ordena la reactivación de operación hidrocarburíferas en los bloques 23 y 24 de la Región Amazónica ecuatoriana”, lo cual intensificó los conflictos entre la comunidad Sarayacu y el estado.

Finalmente con sentencia de 17 de Junio del 2012. Serie C No 245, la CIDH, resuelve el caso Sarayaku a favor de esta comunidad, en contra de esta compañía petrolera, obligándolas a cumplir con varios requisitos para devolver su seguridad territorial, ambiental y jurídica.

Por último, los integrantes de los pueblos indígenas aislados Tagaeri y Taromenane se encuentran particularmente amenazados, principalmente por actividades extractivas petroleras y por la deforestación ilegal causada por terceros dentro de su territorio tradicional, que es reserva mundial de biósfera desde 1989.

Debido a la muerte de indígenas, en el contexto de la tala ilegal de madera, la Comisión Interamericana, en 2006, otorgó a favor de aquellos medidas cautelares de protección e instó al Gobierno a proteger los territorios de los Tagaeri-Taromenane y a impedir el ingreso de terceros a sus tierras tradicionales.

El Relator Especial destacó que en 2007 el Gobierno estableciera los límites de la denominada Zona Intangible Tagaeri- Taromenane, dentro del Parque Nacional Yasuní, declarado en 1989 por la UNESCO como Reserva Mundial de Biósfera. Sin embargo, expresó su preocupación por que la Zona Intangible demarcada no cubre la totalidad del territorio utilizado por los pueblos indígenas aislados y porque sus miembros se encuentran en zonas fuera de las fronteras de la Zona Intangible y dentro de los límites de un campo petrolero denominado Campo Armadillo.

El Relator Especial resaltó que el Estado ha informado que el 14 de agosto de 2009 el Ministerio de Ambiente había solicitado al Ministerio de Minas y Petróleos que detuviese la actividad en los campos petroleros en la zona, incluidos los pozos Hormiguero Norte y Sur.

Sin embargo, el Relator Especial expresó su preocupación por que tanto el Ministerio de Minas y Petróleos como el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables han expresado públicamente su posición de no paralizar las actividades extractivas.

3.3.4. Casos de incumplimiento del derecho a la consulta previa y de participación, en las comunidades indígenas afectadas por la exploración y explotación hidrocarburífera

3.3.4.1. Antecedentes

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), el derecho a la consulta previa en Ecuador a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, está protegida bajo la Constitución Política del 2008, la misma que estructuro

un capítulo completo sobre derechos comunitarios para que tenga esta consulta mayor eficiencia y eficacia al momento de hacer valer el derecho de propiedad, derecho a la vida, derecho de participación política, entre otros.(Anaya, 2010).

Pero en la actualidad el derecho a la consulta previa no consta en la legislación secundaria, carece de institucionalidad para su ordenamiento, y además no posee un presupuesto plurianual para planificarla, lo que ha llevado al descontento de las comunidades indígenas.

Así se han dado proyecto de explotación petrolera que se han llevado a afecto, sin antes lograra la participación de las comunidades indígenas en la consulta previa para evaluar su disposición o nivel de aprobación para las actividades a desarrollarse en sus territorios.

El derecho a la tierra y derechos culturales se han visto violentados, por las actividades de extracción del crudo, siendo esta la causa de muchas enfermedades entre sus pobladores, como también han causado daños ambientales; siendo muchas de estas actividades realizadas sin antes haber obtenido la licencia ambiental por parte de sus concesionarias.

En el Ecuador no existe eficiencia del poder judicial para garantizar y proteger que se cumpla el derecho a la consulta previa en sus pueblos y comunidades indígenas, como sucedió con el caso del pueblo Sarayacu resuelto por la CIDH con sentencia del 26 de Abril del 2010, la misma que emitió un juicio contra el estado ecuatoriano por violar el derecho de propiedad y derecho a la consulta previa de este pueblo indígena, lo que contribuyó a que el Tribunal Constitucional planifique de mejor forma la jurisprudencia del derecho a la consulta previa.(Comisión Interamericana de derechos Humanos, Caso Sarayacu vs Ecuador, Sentencia 26 de Abril del 2010).

Según Anaya (2010), la aprobación de leyes y normativas, tales como Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización y el Código Ambiental, entre otras, deberían hacerse previa consulta a los pueblos y comunidades indígenas, y además que sea la CONAIE la que sea participe en la mesas de diálogo, y que el estado tomen cuenta los cambios, reformas, o propuestas para hacer de estas leyes más justas y equilibradas.

3.3.4.2. Caso Yasuni ITT bloque 43 y pueblos no contactados Tagaeri y Taromenane

En informe del Sistema Único de Información Ambiental (SUIA) (2013), destaca que:

Según lo establecido en el artículo 407 de la Constitución de la República, el numeral 7 de la declaratoria de interés nacional y los instrumentos vigentes para procesos de licenciamiento, el 3 de octubre la Asamblea Nacional declaró de interés nacional la explotación de los bloques 31 y 43. De acuerdo con la Resolución de la Asamblea, el Estado debe realizar la Consulta Previa, Libre e Informada para el Bloque 43 ITT, considerando los derechos de los pueblos indígenas que conviven en esa zona.

Tomando en cuenta el Artículo 57 literal 7 de la Constitución de la Republica, la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador (SHE) realizó la consulta previa, un espacio en el que se habló acerca los riesgos y oportunidades de las actividades hidrocarburíferas.

Desde noviembre de 2013, la Secretaría de Hidrocarburos, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, MAE y otras entidades relacionadas, realizaron el proceso de consulta previa, garantizando el derecho de la ciudadanía a vivir en democracia y asegurando los Derechos de la Naturaleza.(Ministerio del Ambiente). La Consulta Previa fue un auténtico diálogo democrático, entre la ciudadanía y el Estado ecuatoriano en el que se expusieron los planes de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables y de los planes de vida comunitarios.

Según el Decreto Ejecutivo 1247 y Artículo 57 literal 7 de la constitución que dice:

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 (...):

A efectos del Artículo 57 literal 7, los actores involucrados en la consulta previa a las comunidades y pueblos indígenas localizados en el área del bloque 43 II, fueron la Secretaría de Hidrocarburos, Ministerio de Recursos no Renovables, con el control y supervisión del Ministerio de Ambiente, Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social y el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en donde el MAE coordinó la estructura de la consulta previa, cuyos mecanismos de participación social fueron:

- Oficinas de Consulta Permanentes (800 consultados)
- Oficinas de Consulta Itinerantes (1800 consultados)
- Audiencias Públicas
- Asambleas Generales de Retroalimentación (3200 participantes)
- Cierre de Oficinas de Consulta permanente

El MAE instaló estas oficinas para dar información a los participantes de la consulta previa sobre temas ambientales vinculados a la actividad hidrocarburífera, para lo cual se necesitó de 9 especialistas ambientales y un asesor coordinador, quienes atendieron a las 16 comunidades consultadas que fueron Martinica, Santa Teresita, Bello Horizonte, Santa Rosa, Alta Florencia, Puerto Miranda, Boca Tiputini, Llanachama, Pandochicta, Vicente Salazar, Puerto Quinche, San Vicente, Centro Ocaya, Nuevo Rocafuerte, Fronteras del Ecuador y Tiputini, cuyo proceso duró del 30 de Noviembre al 27 de Diciembre del 2013.

3.4. ANALISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DE DERECHO COLECTIVO Y COMUNITARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DEL YASUNÍ ITT

Los derechos comunitarios en relación a la consulta previa, frente a la explotación del Yasuni ITT están respaldados por la Constitución en sus derechos colectivos que versan en el Artículo 398 y artículo 57 numeral 7, que expresan los siguientes:

Artículo 398

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'~ (...)

Artículo 57. Numeral 7

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 (...):

Num. 7.

"La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o cultural mente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. (...)

Se puede observar que estos dos artículos 398 y 57, protegen el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas antes de iniciar cualquier tipo de actividad de explotación petrolera en el área del Yasuni ITT, boques 31 y 43.

Esta consulta previa tiene dos variantes una que es la consulta para proteger el ambiente enfocada a la ciudadanía en general y la otra para la realización de actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas que también es de orden ciudadano en general, lo cual indica que hasta el momento no existe en la Constitución una disposición en base a

los derechos colectivos que defiende expresamente a las comunidades indígenas su derecho a la consulta previa sobre asuntos de protección ambiental y control sobre actividades de extracción y explotación de sus recursos naturales en ellos implantados.

Según declaraciones de algunos representantes de las comunidades indígenas que participaron en la consulta previa CDLI, sostuvieron que las oficinas de consulta permanentes e itinerantes no les informaron detalladamente sobre los impactos ambientales que causaría en su hábitat, la explotación petrolera del bloque 43 ITT, por sobre todo a las comunidades indígenas de pueblos no contactados como son los Taromenane y Tageri.

La participación social dentro de la consulta previa aplicada a las 16 comunidades indígenas de la provincia de Orellana, estuvo limitada ya que no cumplió con el derecho a ser informado, como se lo dispone en el Decreto Ejecutivo 1040 que garantiza el derecho a la participación y a ser informados sobre aspectos que puedan provocar impacto ambiental.

El Decreto Ejecutivo 1040, constituye un acto normativo de efectos generales y cumplimiento obligatorio mientras forme parte del ordenamiento jurídico, en base al cual, a su vez, se expidió el Acuerdo Ministerial 112 que contiene el instructivo de aplicación de los mecanismos de participación social, por lo cual en ese aspecto, no se ha violado la garantía fundamental de la consulta a la comunidad establecida en el Art. 398 de la Constitución de la República.

Por tanto, la consulta previa y el consentimiento previo, son mecanismos de participación social que no son efectivos, si se viola el derecho a ser informado sobre los impactos ambientales ocasionados por una explotación petrolera, lo cual ha camuflado el verdadero sentido y enfoque del derecho colectivo consagrado en la Constitución del Ecuador, el cual está respaldado por la Comisión de derechos humanos internacionales CDHI, y por tanto vulnera el derecho a ser informado, por tanto y para cualquier demanda futura de estas comunidades indígenas en lo que respecta a la explotación del bloque 43 ITT, no existirá una acción de protección por parte del judicial, que garantice este derecho, ya que actualmente el proceso de

participación e información de los impactos ambientales, puede respaldar a la consulta previa.

En tanto que la ministra de Justicia y Derechos Humanos, Ledy Zúñiga (2013) dijo que:

La vigilancia para el respeto de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario es exhaustiva. “De abril a octubre de 2013 no se registró ningún tipo de alarma. Se concluye que no se han encontrado ni chacras, ni casas dentro de los sectores analizados. Las probabilidades de presencia de pueblos no contactados es mínima. Los ríos se usan para desplazamiento a otras comunidades.(Diario El Comercio, 2013).

Actualmente se está monitoreando los derechos de los pueblos no contactados como los Taromenane y Tageri, ya que en explotaciones petroleras en otros bloques como el 16, se sobornaba a estas comunidades para acceder a sus tierras con maquinaria de exploración y explotación hidrocarburífera, a cambio de entregar recursos en materia de salud, infraestructura y educación, que son derechos básicos no negociables para toda persona.

Según el informe del MAE y de los ministerios de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; no se está realizando la explotación petrolera en la Zona Intangible Tagaeri-Taromenane, ya que actualmente los bloques 31 y 43 ITT, no superan el 1 X 1000 del área del Yasuní.

La consulta previa a las 16 comunidades indígenas adyacentes al Yasuni ITT, no contempla la consulta previa a los pueblos no contactados como lo son los Tagaeri-Taromenane, ya que por su condición y carácter irreductible no es factible realizar tal proceso en este grupo étnico, logrando con esto que no se logre u consenso entre los waorani y los Taromenane-Tagaeri para poder hacer valer sus derechos colectivos en lo referente a la explotación del bloque 43 ITT, de donde se concluye que todas las decisiones tomadas en la consulta previa por los waorani se las contemplan también como decisiones de los pueblos no contactados aunque no hayan participado de este proceso.

Aquí se está violando el derecho de asociación de los Taromenane-Tagaeri que consta en el artículo 66 numeral 13 de los derechos colectivos, al no tomarlos en cuenta para la consulta previa y procesos de participación en la información de actividades de impacto ecológico y métodos de mitigación, siendo solo los waorani los privilegiados en participar, y los únicos que han tomado decisiones por ellos aunque sin su consentimiento, por tanto ¿Podrían estas organizaciones representar también a los pueblos no contactados?, esto permite concluir que la consulta previa fue inconstitucional ya que no se hizo válido el derecho de asociación como derecho de libertad contemplado en el Artículo 66, numeral 13 de los derechos colectivos que dice:

Art. 66 numeral 13.- Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

3.5. ANÁLISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DEL DERECHO AMBIENTAL EN LA ZONA DEL BLOQUE 43 ITT

Bajo el ámbito de derecho ambiental se está vulnerando la sostenibilidad ecológica del Yasuni ITT en el bloque 43, pues la explotación petrolera se hace sin tomar en cuenta los riesgos de las actividades sísmicas, pues la licencia ambiental no se da para detonar o dinamitar el suelo, siendo libre el uso de explosivos durante la actividad de explotación petrolera que si exige una licencia ambiental.

La consulta previa es inconstitucional ya que se dio a conocer a los consultados en las 16 comunidades que se está explotando únicamente el 1X1000 del bloque 43 Yasuni ITT, lo cual no es cierto ya que son 113,3 hectáreas entre las plataformas, el muelle, los senderos según la petrolera, sin embargo en el Yasuni ya existe el bloque 31, 17, 16, 15, es decir, más de la mitad del parque ya está intervenido.

Además la afectación será mucho mayor del 1x1000, ya que solo se toma en cuenta la afectación por deforestación directa, sin embargo hay muchas más variables como derrames petroleros (Según el MAE, en el Ecuador hay un derrame de petróleo semanal), la tala y cacería ilegal, expansión de la frontera agrícola, entre muchas otras. Además el exterminio eminente de pueblos aislados, nunca podrá ser medido.

El área del bloque 43 es de 192 hectáreas, su superficie fue aumentada en el 2011, ahora incorpora una extensión más grande dentro de la zona intangible.

3.6. ANÁLISIS DE LA CONSULTA PREVIA BAJO EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La consulta previa es ilegal bajo el ámbito de derecho internacional ya que según el artículo 57 de la Constitución en la que se prohíbe la presencia de terceros en sus territorios, los Taromenane-Tagaeri han sido afectados en esto, pues sus zona intangible ha sido ocupados por las compañías petroleras, y de eta forma se ignoran las medidas cautelares otorgadas por la CIDH.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

1. Bolivia es el único país que no se acogió al Convenio No 169 de la OIT, que defiende los derechos de las comunidades indígenas, en tanto que Perú, es el único país de Latinoamérica que posee una ley de consulta previa para las comunidades y pueblos indígenas.)
2. La consulta previa en el Ecuador es defendida por la Constitución Política en los artículos 57 numeral 7 y 17, y en el artículo 398, también en la Ley de Minería artículo 90.
3. El derecho de propiedad comunitaria de las poblaciones indígenas es defendido por la siguiente normativa legal: Ley de Desarrollo Agrario 2004, Ley de Organización y Régimen de las Comunas 2004, Ley de Gestión Ambiental 2004, Ley de Tierras Baldías y Colonización 2004.
4. Los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son defendidos por la Constitución política en el artículo 57 numeral 21 inciso segundo.
5. La consulta previa defendida por la Constitución en su artículo 57 numeral 7, no puede ser legislada actualmente ya que existe una contradicción en los artículos de Constitución Política, en donde el artículo 407, prohíbe la explotación de los recursos naturales no renovables en áreas protegidas, en cambio en el artículo 408, se proclama al estado como único propietario y dueño de los recursos naturales no renovables, existiendo la opción de poder explotarlos cuando exista petición expresa del Presidente, o en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

6. Existe conflicto de interpretaciones con referente al marco legal que protege los derechos de las comunidades indígenas del Yasuni bloque 43 ITT, respecto a la explotación petrolera y minera en sus territorios ancestrales, lo cual ha imposibilitado que la consulta previa tenga una base jurídica sólida y sea llevada al pleno legislativo como única para los pueblos indígenas. Estos artículos de ley contradictorios son artículos 407, 408, 71, 395 numerales 1 y 4 y con el artículo 397 numeral 4 de la Constitución.

7. Los artículos de la Constitución, en especial el 407, que prohíbe la explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidas, se encuentra actualmente en conflicto de interpretación legal con el artículo 6 de la Ley de Gestión Ambiental que no define hasta qué punto estas áreas serán protegidas de una eventual explotación de sus recurso.

8. La consulta previa referente a la explotación del bloque 43 Yasuni ITT, se realizó sin respetar sus derechos colectivos, como es el derecho de asociación definido en el artículo 66 numeral 13, ya que los pueblos no contactados Taromenane-Tagaeri no fueron tomados en cuenta dentro del proceso de consulta previa y de participación en la información de actividades de impacto ecológico y métodos de mitigación, siendo solo los Waorani los privilegiados en participar.

9. Actualmente el proceso de participación e información de los impactos ambientales, puede respaldar a la consulta previa.

10. La consulta previa de las 16 comunidades de Orellana referente a la explotación del Yasuni ITT, con cumplió con el derecho a ser informado, sustentado en el decreto ejecutivo 1040, ya que los participantes no fueron informados sobre los impactos ambientales que causaría en su hábitat, la explotación petrolera del bloque 43 ITT, que incluye los pueblos no contactados Taromenane y Tageri.

4.2. RECOMENDACIONES

1. Es necesario que se cumpla con los **derechos colectivos**, Art. 66 numeral 13 que dice: Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.
2. Se necesita que la Asamblea Nacional apruebe la institucionalidad de los pueblos indígenas dentro de la función judicial creando instituciones de control y supervisión de actividades de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas y áreas protegidas, como es el Ministerio de Tierras y Recursos Naturales de Pueblos y Nacionalidades Indígenas.
3. Se necesita que el derecho a la consulta previa, expresado en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, conste en la legislación secundaria con la elaboración de la Planificación del ordenamiento institucional y de consulta previa para pueblos indígenas en donde se elabore un presupuesto plurianual, que permita solventar los gastos de capacitación, promoción, información y ejecución de los procesos de consulta previa.
4. La consulta prelegislativa se debería realizar en los pueblos indígenas contactados y no contactados para la aprobación de leyes y normativas, tales como el Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización y el Código Ambiental, entre otras,
5. Los dirigentes de la CONAIE y el Movimiento político indígena Pachakutik, deberían ser partícipes en las sesiones de dialogo dentro de la Asamblea para que se tomen en cuentas aquellas observaciones, cambios o requerimientos que hacen sus miembros ante aspectos en las leyes que van a ser expedidas.
6. Para solucionar la falta de diálogos de participación del estado con los representantes y miembros de las comunidades indígenas del Yasuni ITT bloque 43, es la creación de una Ley integral que regule la consulta previa.
7. Es necesario que la función judicial del parlamento, capacite o contrate a expertos judiciales en derechos de pueblos indígenas, los cuales tengan experiencia para aplicar las normativas en derecho internacional que protejan la consulta previa en comunidades indígenas.

8. Es necesario que el derecho a la consulta previa tenga una estructura institucional dentro del estado, ya demás se necesita que posea una planificación de acciones administrativas, legales y estratégicas con objetivos y recursos, lo cual permitiría que se controle su jurisdicción.

9. Es necesario que el estado canalice el presupuesto público del Ministerio de Finanzas para el proceso de consulta previa y consulta prelegislativa en las comunidades indígenas.

10. Es imprescindible que las organizaciones indígenas actuales de la Sierra, Costa y Oriente se unifiquen en función de lograr aprobar la ley de consulta previa ante el pleno del legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, X. (2010). *Delitos de Peligro y Omisión, apuntes de clase*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Ávila, R. (2008). *Los Derechos en el Proyecto de Constitución*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Baigún, D. (2007). *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: IB de F.
- Beccaria, C.(1994). *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Altaya.
- Brunet, N (2007). *Límite al poder punitivo*. Uruguay: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- Buompadre, J. y Rivas, L. (2008). *La protección Penal del Medio Ambiente*. Córdoba: Mediterránea.
- Caicedo, D. (2009) *El Bloque de Constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanosmas alla de la Constitución*. Quito: UASB-ECUADOR
- Calero, R. (2011). *Los cimientos de un mundo sostenible*. Madrid: Centro de la culturapopular Canaria. Primera Edición.
- Franch, J. (2011). *Redes y productividad en la naturaleza*, Madrid: EveryView.
- Haro, G. (2009). *Yasuní Oro Verde. La lucha de la Amazonía para mantener el petróleo bajo tierra*. Quito: New International Publications Ltd
- Kimerling, J. (1993). *Crudo Amazónico*. Quito: Abya Yala.
- Larrea C. (2010). *Análisis comparativo de ingresos futuros del Estado para el BloqueITT*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Martínez, E. (2009). *Yasuní: El tortuoso camino de Kioto a Quito*. Quito: Abya-Yala.
- Naciones Unidas. (f/f). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

- Riofrio, J. C. (2006) *El Bloque de Constitucionalidad pergueñado por el Tribunal Constitucional. Quito: UASB-ECUADOR*
- Rivas, D. (1997). *Sustentabilidad. Desarrollo económico, Medio Ambiente y Biodiversidad*. Madrid: Parteluz.
- Rivas, D. (2004). *Desarrollo sostenible y estructura económica mundial*. Madrid: Cideal.
- Sánchez, J. (2009). *La iniciativa Yasuní – Ishpingo – Tambacocha – Tiputini y su impacto en la Economía ecuatoriana*. Quito: FLACSO.
- Tufiño, P. (2009). *¿Por qué desaparecen los bosques?*. Quito: FLACSO
- Uppsae (1993). *Culturas bañadas en petróleo. Diagnóstico de salud realizado por promotore*. Lago Agrio: Abya Yala.

LINKOGRAFÍA

- <http://www.bce.fin.ec>http://www.w2m.es/documentos/s2707_emisiones.pdf<http://www.pointcarbon.com/>http://es.mongabay.com/news/2011/es0922-hance_yasuni_map.html
- <http://www.amazoniaporla vida.org/es/Parque-nacional-Yasuni/impactos-previsibles-de-la-actividad-petrolea-dentro-del-yasun.html>
- <http://www.optur.org/estadisticas-turismo.html>
- <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>