

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**“ANÁLISIS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E
INFORMADA, EN TERRITORIOS INDÍGENAS EN MATERIA DE
EXPLOTACIÓN PETROLERA”**

Realizado por:

PATRICIA MARGARITA MOREANO LASSO

Director del proyecto:

AB. STEPHANIE LEÓN

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Quito, 24 de Septiembre del 2014

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Patricia Margarita Moreano Lasso con cédula de identidad No. 1718650706, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación 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.

Patricia Margarita Moreano Lasso

C.C. 1718650706

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación titulado:

“Análisis de la consulta previa libre e informada, en territorios indígenas en materia de explotación petrolera”

Realizado por:

Patricia Margarita Moreano Lasso

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADO

Ha sido dirigido por la profesora:

AB. STEPHANIE LEÓN

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor

AB. STEPHANIE LEÓN

DIRECTORA

LOS PROFESORES INFORMANTES

Los Profesores Informantes:

Dra. Lorena Bermúdez

Dr. Marcelo Vargas

Después de revisar el trabajo presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante
el tribunal examinador.

Quito, 24 de septiembre del 2014

DEDICATORIA

A mi Familia, a Johanna Maldonado y a Francisco Castillo.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Internacional Sek que me dio los conocimientos para poder realizar de manera eficaz esta tesis.

A los profesores por brindarme sus ilustraciones y orientarme de una manera óptima dentro de todo este proceso.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	5
AGRADECIMIENTO	6
ÍNDICE GENERAL.....	7
RESUMEN.....	9
CAPITULO I.....	10
INTRODUCCIÓN.....	10
1.1. El problema de Investigación.....	11
1.1.1. Planteamiento del problema	11
1.1.2. Formulación del Problema.....	¡Error! Marcador no definido.15
1.1.3. Sistematización del problema.....	¡Error! Marcador no definido.
1.1.4. Objetivo General.....	¡Error! Marcador no definido.16
1.1.5. Objetivos Específicos:	¡Error! Marcador no definido.16
1.1.6. Justificación	16
CAPÍTULO II.....	¡Error! Marcador no definido.18
LA PLURINACIONALIDAD, UN TSUNAMI CONSTITUCIONAL	
2. 1. Plurinacionalidad, distintas miradas y tensiones de este concepto.....	18
2 . 2 . Derecho de Autodeterminación.....	29
2 . 3 . Autodeterminación Territorial.....	37
CAPITULO III.....	47
CONFLICTOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE AUTODETERMINACION	
3 . 1 . Derechos colectivos.....	48
3 . 2 . Legislación protectora de pueblos indígenas.....	56
3 . 3 . Convenios internacionales protectores de derecho indígena vs. Reglamento de consulta en procesos de licitación de áreas petroleras.....	65
CAPITULO IV.....	73
EL JUEGO D E LAS PALABRAS EN LA CONSULTA PREVIA.	

4 . 1 . Participación Ciudadana. Democracia Directa.....	73
4 . 2 . Consulta previa. Diversas Interpretaciones.....	80
4 . 3 . Cuál es el ente que debe realizar la consulta previa?.....	94
4 . 4. Cuál es el tiempo razonables para realizar la consulta previa?. Y Quien lo determina.....	95
4 . 6 . El resultado que arroja la consulta previa es de carácter vinculante?.....	74
CAPITULO V.....	102
5 . 1 . Conclusiones.....	102
5 2. Recomendaciones.....	106
5.3. Referencia Bibliográfica.....	107

RESUMEN

En sustento a la declaración de los Derechos Colectivos, Libre Determinación, Interculturalidad, Plurinacionalidad, Autoderminación territorial, hacia los Pueblos Indígenas, los instrumentos internacionales buscaron generar un medio democrático para ejercer dichos Derechos, es así que nace la Consulta Previa Libre e Informada que se desarrolló como un derecho a la participación ciudadana en temas que pueden afectar a su subsistencia. En el Ecuador se incorporó de forma general a la Consulta previa, en la Constitución de la República del Ecuador de 1998. Posterior a ello, se profundizó esta temática en la emisión de la Constitución del 2008. En base a ello el Estado promulgó el Decreto Ejecutivo 1247, para generar espacios de diálogo intercultural, fortaleciendo la democracia, y a fin de considerar los criterios y observaciones que tienen los Pueblos Indígenas sobre los proyectos de explotación petrolera. Esta Consulta debe ser de manera obligatoria previa a la eventual adjudicación de las áreas hidrocarburíferas. Sin embargo a ello el dicho instrumento es contrario a las normas internacionales, especialmente al Convenio 169 de la OIT, en el que determina en su artículo 19 que: “ Los Estados celebrarán consultas y cooperaran de buena fe con los Pueblos Indígenas interesados por medio de sus instituciones respectivas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”, por lo que la finalidad de la consulta previa no es solo exponer los beneficios que trae un proyecto de explotación petrolera, sino que la Comunidad Indígena debe estar consciente de los beneficios y perjuicios que estos proyectos traen para la sociedad y en base a ello acepten o obstaculicen este procedimiento, siendo respaldada su decisión por el Estado.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La Consulta previa, libre e informada, es acogida en el Artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, sin embargo la ambigüedad que esta norma genera es una temática de preocupación por parte de los Pueblos Indígenas, ya que compone un impedimento para el desarrollo de los Derechos que han sido reconocidos internacional y nacionalmente.

Dicha ambigüedad se sustenta que dentro de la legislación Ecuatoriana, no se establece el carácter vinculante que existe entre la Consulta con la realización de programas de explotación petrolera, por ende se transforma a la Consulta previa como un medio de socialización y no como un mecanismo fundamental para ejercer sus Derechos.

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento del problema

La consulta previa es una forma de participación ciudadana en los procesos de decisión de desarrollo, por lo que constituye un derecho que puede ser ejercido por cualquier comunidades, pueblos y/o nacionalidades indígenas, constituye el mecanismo garante de las exigibilidades de los derechos; en la actual Constitución de la República del Ecuador, se consagra el derecho a la consulta previa, en el art. 57 numeral 7 “ La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna”. Ahora bien para su aplicación, el Convenio 169 de la OIT, consagra en el art. 6 “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

La problemática de la aplicación de la Consulta Previa, deriva de la ambigüedad de la redacción del artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, porque habla de que un plazo razonable el cual es ambiguo para los distintos actores inmersos, como es el Estado y las comunidades indígenas que tienen interés sobre dichos territorios, por otro lado en el mismo artículo se hace referencia de que estos procesos deben ser realizados por la autoridad competente, la misma que no está determinada, lo cual genera

una incertidumbre de quién es el actor principal que debe llevar a cabo dichos procedimientos.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT precisa la importancia de la realización de la Consulta previa y de la propiedad comunitaria de los pueblos indígena, lo cual fue contemplado en la sentencia del Caso Sarayaku vs. Ecuador, en la que se plasmó la necesidad de respetar las normas previstas en dicho instrumento, las cuales determina la realización de consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales sobre decisiones que afecten directamente con territorios,(véase en la Sentencia del Caso Sarayaku , en el párrafo 164) por otro lado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determina en la sentencia del Caso Sarayaku que el Ecuador señala que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades (Véase en la Sentencia del Caso Sarayaku, en el párrafo 304).

Al respecto el Resumen Ejecutivo emitido por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador señala:

La Consulta Previa implementada por el Estado ecuatoriano a través de la Secretaría de Hidrocarburos y Ministerio de Recursos Naturales No Renovables en coordinación con el Ministerio del Ambiente, Ministerio Coordinador de Desarrollo Social y Secretaría de Pueblos se define como un instrumento de generación de espacios de diálogo intercultural, de buena fe, de participación e información, que

fortalece la democracia, y que de manera obligatoria se realiza en el Ecuador previo a la eventual adjudicación de los bloques o áreas hidrocarburíferas o asignación para su gestión directa, con el objeto de garantizar la incidencia de la participación ciudadana en la toma de decisiones así como garantizar el acceso a la información veraz y oportuna sobre el plan o programa que podría ser desarrollado, y tiene como finalidad considerar los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para que las áreas o bloques a ser licitados, que puedan afectarles en el ámbito social, cultural o ambiental, se desarrollen de manera adecuada, solidaria y amigable con el medio ambiente y con pleno sentido humano orientado al Buen Vivir. El Estado ecuatoriano, en cumplimiento de los principios constitucionales y normativa aplicable señala que es el sujeto consultante que garantiza el ejercicio del derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados sobre los planes y programas de exploración y explotación hidrocarburífera, bajo el marco de derechos, deberes y responsabilidades ciudadanas. Es claro que el Estado ecuatoriano cumple cabalmente lo consagrado en la Constitución, así como lo estipulado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, estándares internacionales y Acuerdos Internacionales de los cuales el país es signatario (Convenio 169 de la OIT).

El discurso de movimientos sociales sustenta sus reclamos al Estado, amparándose en lo que señala la Constitución y el Convenio 169 de la OIT en donde se refiere a la Consulta previa como un Derecho que poseen los pueblos indígenas, pero a pesar de ello en el año 2012 se promulgó en el Registro Oficial el Decreto Ejecutivo 1247, el cual, es considerado por los movimientos sociales como un instrumento que concibe a la consulta previa como

un medio de difusión de beneficios sociales para las comunidades y pierde el verdadero objetivo de la consulta previa, libre e informada, el cual es informar y consultar sobre los aspectos positivos y negativos de la explotación petrolera, por otro lado, rechazan este reglamento en virtud de que el artículo 12 de este decreto, dispone que el proceso se realizará en el período de 30 días a partir de la convocatoria, y en este tiempo se debe llevar a cabo los eventos de difusión de información, sin tomar en cuenta el número de personas que existe en cada comunidad y sin tomar en cuenta si es que es posible o no que esta información llegue al 100% de la comunidad. Otra observación que realizan es referente al artículo 10 del mismo decreto, el cual designa a la Secretaría de Hidrocarburos como el ente realizador de la Consulta, que a su vez designará a facilitadores sociales para que informen únicamente de los beneficios sociales, compensación social, la actividad a desarrollarse y los resultados, omitiendo la socialización de los riesgos y aspectos negativos que trae este proceso para la comunidad y para el medio ambiente; como efecto de los enfoques normativos y las consultas previas que han sido realizadas en los últimos años, las cuales han sido viciadas en procedimientos, por no cumplir con sus requisitos principales. Todo esto ha provocado un rechazo total de los pueblos y comunidades indígenas consultados frente a este tipo de procedimientos y de normativas, así como de movimientos sociales.

El pronunciamiento de organismos internacionales, con respecto las medidas legislativas que ha tomado el Estado Ecuatoriano con respecto a la consulta previa, específicamente el informe de las Naciones Unidas, recomienda con respecto al Decreto 1247 que se suspenda la aplicación de dicho decreto porque irrespeta los derecho de los pueblos indígenas al consentimiento y transforma a la consulta en socialización.

1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

De lo anteriormente explicado, se puede deducir que el derecho que les asiste a las nacionalidades y pueblos indígenas se ve exacerbado por los intereses económicos ya que el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo y posteriormente los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio, lo que hace que la consulta previa quede como un mero mecanismo informativo para las comunidades indígenas, en el cual se violan Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales, Derechos Humanos, principios del debido proceso y por último se viole tratados y jurisprudencia internacional, lo que generaría que se reste legitimidad a la consulta previa y se afecte a la garantía a la seguridad jurídica.

1.1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

- 1.- ¿Qué es consulta previa?
- 2.- ¿Quiénes son considerados indígenas?
- 3.- ¿Cuál es la autoridad competente para que regule los procesos de consulta previa?
- 4.- ¿Cuál es un plazo razonable?
- 5.- ¿Se realiza la consulta de manera previa a la adopción de medidas administrativas?
- 6.- ¿Durante el proceso se garantiza el acceso a la información?
8. ¿Es vinculante el resultado que arroje la Consulta Previa?

10. ¿Es constitucional el reglamento de consulta en procesos de licitación en áreas y bloques?

1.1.4. OBJETIVO GENERAL

Analizar la ambigüedad a la que da lugar el Artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador con respecto a la Consulta Previa y analizar la constitucionalidad del decreto ejecutivo 1247.

1.1.5. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar el derecho territorial como un factor predominante en la cultura y en el proceso de explotación petrolera.
- Analizar el derecho cultural al territorio (territorialización, desterritorialización) de los pueblos y comunidades indígenas.
- Analizar el obligatorio desempeño de la participación ciudadana que debe tener las comunidades indígenas con respecto a las decisiones sobre explotación en sus territorios.

1.1.6. JUSTIFICACIÓN:

La autodeterminación indígena conlleva a que los pueblos indígenas, determinen libremente su condición política y persigan su desarrollo económico, social y cultural lo cual vincula directamente con el derecho de participación ciudadana, siendo esta una forma de democracia directa, dichos derechos que son consagrados en la Constitución, se ven exacerbados por la expedición del decreto 1247, ya que de una forma parcial someten a los

pueblos indígenas a que participen de un proceso en el cual se debaten intereses directos de estos pueblos sobre sus tierras, haciendo que estos procesos violenten sus garantías constitucionales. Por ello es de imprescindible relevancia e interés de los pueblos y comunidades indígenas el realizar una correcta consulta previa en materia de recursos renovables, ya que a esto le subyace la protección de los derechos a su cultura, a la vida, a la conservación de los recursos naturales, y la integridad territorial.

CAPÍTULO II

LA PLURINACIONALIDAD, UN TSUNAMI CONSTITUCIONAL

“Lo que es diverso no está desunido, lo que está unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es diferente no tiene que ser injusto.

Tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.

Boaventura de Sousa Santos.

2.1. Plurinacionalidad, distintas miradas y tensiones de este concepto

Actualmente, vivimos en un mundo globalizado donde los nuevos conocimientos son difundidos mucho más rápidos que en épocas pasadas, por lo que los procesos de transformación son increíblemente más notables dentro de las sociedades. Las organizaciones sociales no se escapan a estos cambios significativos, los cuales han ido influyendo en los ordenamientos normativos de los países, de forma tal que estos ordenamientos han iniciado un proceso de incorporación de diferentes enfoques y doctrinas dentro de su legislación. Ante esta situación, toma mayor simbolismo el proceso de la Constitución de las naciones latinoamericanas, que buscan la reivindicación de sus Derechos en los estados “plurinacionales”.

Deben formularse varios aspectos al momento de formular el concepto general de la plurinacionalidad, Julio Cesar Trujillo (2009) expone que; *“Para poder entender la concepción de plurinacionalidad se debe entender qué conlleva el concepto de nación, la misma que se divide en tres, la nación política la cual es el conjunto de personas que habitan en un mismo territorio sometidos a la misma autoridad; nación jurídica es un conjunto de personas, que en el mismo territorio están sujetas al mismo ordenamiento*

jurídico, y por ultimo nación cultural que es el conjunto de personas que se identifican como herederos y continuadores de un pasado común, con idioma, religión y organización social y familiar propias, costumbres de los miembros idénticas, pero a la vez diferentes de otros grupos humanos”.(pag.65).

Después de partir con la distinción sobre los aspectos que existen y que conlleva el término de nacionalidad que existen, me parece que es indispensable citar a Raul Llasag (2008), quien en relación a las concepciones y las aplicaciones del término nacionalidad, sostiene que el estado uninacional no funciona en Ecuador ya que la teoría del modelo de estado nación¹ fue impuesta, como resultado su inaplicabilidad por la diversidad de factores que caracterizan a nuestro país. (Ávila, 2008, P.332).

Uno de estos elementos es por ejemplo, el idioma. Desde las primeras Constituciones del Ecuador no se hace referencia expresa al idioma oficial, pues era evidente la práctica colonial del monolingüismo o la posición monoidiomática, la preocupación era que el castellano consiguiera atrofiar y destruir los idiomas locales. Por eso que se demuestra que el Ecuador es un estado plurilingüista. (Ávila, 2008, P. 320).

Otro factor relevante que evidencia la inaplicabilidad del estado uninacional es la educación ya que bajo los principios liberales de la igualdad y libertad del estado nación se homogeniza la educación, pero por efectos de una reivindicación del Movimiento indígena se logra en 1988, por Decreto Ejecutivo publicado en el Registro Oficial No.66, reconocer oficialmente la educación intercultural bilingüe. (Ávila, 2008, P. 320).

¹ Teoría política fue desarrollada en XIX, por cinco países básicamente: Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos de Norte América.

El Ecuador, el Estado y sus instituciones no han desarrollado el principio constitucional de la plurinacionalidad, en virtud a este principio se debió; en primer lugar, desarrollar nuevos métodos de interpretación constitucional y legal, con criterios básicos para la construcción de un nuevo estado y, dentro de ello, el bienestar de los sujetos, dando uso a los principios del derecho indígena y del derecho comparado por parte de jueces supremos, siendo fieles a la lógica, la interpretación de la administración de la justicia indígena, tomando en cuenta al derecho de la naturaleza como parámetro para conseguir el equilibrio entre la persona, la comunidad y la naturaleza. En segundo lugar, se debe exigir el reconocimiento y vigencia de las diferentes formas de democracia, como la participativa y formas de deliberación que no necesariamente se resuelve mediante el voto, sino por medio de sistemas de representación por rotación, consensos y otros que son normales al interior de pueblos indígenas. En tercer lugar, se debe instituir un Tribunal o Corte Constitucional capaz de procesar estas nuevas realidades políticas, culturales y jurídicas. En cuarta instancia, se debe readecuar y redefinir desde la Academia conceptos jurídicos, políticos, económicos, sociales y religiosos, para así aplicar correctamente de manera obligatoria en las políticas públicas. Adicionalmente y como quinto punto, se debe fomentar un cambio profundo en la mentalidad de la sociedad ecuatoriana, en la eliminación de referentes y actitudes racistas como etnocéntricas, porque son marcos que no permiten el análisis científico alguno y tampoco permite conocer y entender a las comunidades diversas, porque ello demanda de elementos intersociales, interculturales y multidisciplinarios que permiten construir sistemas lógicos estructurados. (Ávila, 2008, Ps. 335, 336, 337,341).

En nuestro país la plurinacional surge como efecto de un proceso histórico, tomando como punto de partida la conquista de los Españoles en América, en donde los pueblos y

nacionalidades indígenas han sufrido de discriminación y explotación, haciendo que en la actualidad todavía se perciba el arraigamiento del rechazo, marginación y racismo ante estos grupo de personas, inculcándonos que tener calidad de “indígena” es sinónimo de inferioridad dentro de la sociedad Ecuatoriana, por lo que desde hace algunas décadas movimientos sociales han luchado para que esta concepción en cuanto a los pueblos indígenas cambie y se reconozcan sus derechos.

Es por ello que tomando en cuenta este proceso histórico, el Doctor Alberto Acosta (2009) nos habla sobre la plurinacionalidad sosteniendo que: *“En una sociedad como la Ecuatoriana, caracterizada de racismo y con problemas históricos de falta de democracia, la construcción de un estado plurinacional se convierte no sólo en un reto sino en una necesidad (...) el racismo no es solo un problema social. Es ante todo es un problema político, que también se expresa y deriva como un problema de segregación económica, exclusión y marginación. Es incluso, un problema de carácter ambiental... ya que cualquier forma de racismo debe ser rechazada y superada...”* (Pag. 15).

La diferencia cultural, vista como diferencia de formas de vida en una sociedad, ha sido tomada como origen de discriminación, que no solamente se encuentra en el trato interpersonal sino que también llega a desarrollarse dentro del ámbito normativo, es por ello que es prudente mirar lo que proyecta el estudio que se realiza sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en la que el Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen, distingue la existencia de cuatro tipos de discriminación: racial y étnica, la estructural, la histórica y legal, ésta última en la que nosotros nos concentraremos. (Grueso, P.36)

La Discriminación legal se basa en la omisión de derechos dentro de las leyes para el pleno disfrute de los pueblos indígenas, en la distribución de los bienes colectivos y gasto publico entre otros beneficios que recibe la sociedad, es aquí donde se evidencia el rechazo y la exclusión por parte de otros grupos de la población hacia grupos minoritarios como son los pueblos indígenas. (Grueso, P. 36)

Varios teóricos y entidades vieron imperioso realizar estudios para determinar que afectación tiene el racismo en la sociedad. Se observó que las sociedades, impulsadas por este fenómeno social, generan una medida legal para que a ciertos grupos sociales como los pueblos indígenas, no se les atribuya derechos pero sí se les impone obligaciones, violando así derechos fundamentales y Derechos humanos intrínsecos del hombre. (Gruso,L. pag. 36).

En base a ello podemos afirmar que la plurinacionalidad es tomada como una evolución de los derechos esenciales del hombre, en la que se reconoce la importancia y el papel fundamental que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas en nuestro país, a la par de ello, con esta manifestación podemos decir que la plurinacionalidad es una exigencia ética y moral que nace a raíz de nuestra descendencia histórica y cultural en donde se reconoce la existencia de varias Culturas.

En el Ecuador, el proceso de la plurinacionalidad se fue introduciendo ya que varios movimientos indígenas, en los años de los 80, irrumpen la vida política del país exigiendo el reconocimiento del Ecuador como un país pequeño con unas identidades sociales y políticas complejas, evidenciando la diversidad de culturas, costumbres, lenguas y formas de vida. De esta manera, se buscó eliminar por completo el concepto de un Ecuador

homogéneo, y se logró que varios legisladores introduzcan el tema de la reivindicación de la plurinacionalidad del Ecuador dentro de la Carta Magna. (Macas, 2009, P.82)

Es por ello que al elaborarse la Constitución de la República del Ecuador de 1998, se introduce un pequeño reconocimiento a los Pueblos Indígenas en el Artículo 83 que versa así “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. (Constitución de la República del Ecuador, 1998).

Años más tarde, en 2008 se conforma la Asamblea Constituyente, encargada de realizar una nueva Constitución para el Ecuador, en la cual se retoma el tema de la plurinacionalidad y se plasma en el Acta 07-08-086. El resultado del análisis que hizo a propósito de la Plurinacionalidad, fue la redacción del Artículo Primero de la Constitución de la República, el cual actualmente versa así: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada...”*.

Para poder determinar que el Ecuador es un estado plurinacional tomaron en cuenta estos antecedentes: *“Los pueblos indígenas y afroecuatorianos han sido objeto de discriminación histórica al punto que tras la Conquista, la Iglesia y la sociedad debatían si los indios tenían alma, y por tanto, eran seres humanos. Hasta hace no muchas décadas todavía se vendían las haciendas con indios incluidos, en el llamado huasipungo que funcionó mayoritariamente en la serranía, pese a que la esclavitud había sido derogada, la discriminación social continúa y las estructuras de represión y exclusión presentes en el imaginario colectivo de la población permanecen casi intactas. Ante ello, el derecho*

intentó dar como respuesta al reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afros, como una forma de reconocer su diferente cosmovisión e interpretación de la realidad” (véase en el Acta 07-08-86, de la Asamblea Constituyente, pagina 4)

Después de que los asambleístas reciben una capacitación referente al tema de la plurinacionalidad y la interculturalidad, la mayoría de ellos acuerdan que se debe plasmar en este artículo que el Estado Ecuatoriano es un país Plurinacional, su fundamentación está en que: *“El carácter plurinacional del Estado va aparejado de las derechos colectivos reconocidos a favor de los pueblos indígenas. Así, se ha reconocido un amplio catálogo de derechos a su favor, entre los que se destacan como más innovadores el reconocimiento a los pueblos en aislamientos voluntarios, la declaratoria de sus tierras comunitarias como inalienables, inembargables e imprescriptibles, el desarrollo y por la potencialización del sistema de educación intercultural bilingüe desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, la protección de sus lugares sagrados, etc... Y se los debe de reconocer al Estado plurinacional por las razones de reconocimiento ancestral, dentro del que constituyen derechos sobre los territorios, los saberes y otros derechos en estricto de pertenencias de las nacionalidades, y buscan bajo este reconocimiento lograr el control de los recursos y territorios de las zonas en las que ancestralmente habitan.” (Véase en el Acta 07-08-086 de la Asamblea Constituyente, página 6)*

En el marco del debate al que se ha hecho alusión en líneas anteriores, varios asambleístas concuerdan que *“el Ecuador es un país único e indivisible, por tanto existe una única nacionalidad que es la ecuatoriana, el sistema y ordenamiento jurídico es uno solo, basado en el principio de unidad jurisdiccional, por lo que en la Constitución debe haber una igualdad formal y real, por lo que debe haber una igualdad de ley que es que todos*

deben regirse una misma normativa jurídica, de ahí sea un riesgo previsible que la declaración del Estado Plurinacional, abra una excepción hacia nuestra legislación, y la disyuntiva se da en que si se reconocen unos derechos no pueden afectarse a otros derechos”. (Véase en el Acta n.-07-08-86 de la Asamblea Constituyente, página 31)

Con la identificación desde la propia Constitución de la República, de la diversidad étnica y cultural que posee el Ecuador, no cabe duda que se abre un abanico de cambios que se deben realizar en el ámbito del Derecho, empezando por el Sistema de Fuentes, para que se convierta en una herramienta que amplíe un panorama de solución de conflictos, dando como producto a ello la generación de diferentes sistemas de control, regulación y de participación dentro de la sociedad.

Los conocimientos son factores intrínsecos de la Cultura, que para muchos son tomados como verdades dentro de la vida del ser humano. La plurinacionalidad, incorpora como válidas toda gama de verdades que pueden coexistir en una misma cultura, para el caso del presente estudio, de la cultura a la que pertenecen todos los y las ecuatorianos.

Es por ellos que Boaventura de Sousa Santos (2009) mira a la plurinacionalidad con un enfoque a la interculturalidad sosteniendo que la idea de la plurinacionalidad conlleva a la vez otras ideas, la más importante de éstas es la interculturalidad. Así hace referencia a que puede existir una interculturalidad sin una plurinacionalidad pero no puede existir una plurinacionalidad sin una interculturalidad. Para que se dé este proceso es necesario que exista una cultura común, siendo ésta la forma específica de cómo organizar socialmente la plurinacionalidad. Por ello este autor propone que los Estados considerados “plurinacionales” deberían tener dos tipos de instituciones: las de carácter compartido y las

de carácter apartado a la identidad cultural de cada población que va regir. (Acosta, 2009, Ps.. 37, 38,42).

Con referencia a lo expuesto por Boaventura de Sousa (2012), en cuanto a la interculturalidad, Agustín Grijalva realiza otra importante reflexión *“una expresión del Estado plurinacional es el estado multicultural, que se caracteriza por la integración formal de dimensiones éticas y culturales en los textos constitucionales. Se trata de un reconocimiento culturalista que abstrae a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus concretas condiciones políticas y económicas. Esta abstracción lleva al estado multicultural a un contrasentido puesto que niega o al menos subvaloran las condiciones mismas de existencia de los pueblos cuyas culturas buscan defender y promover. Frente a estas limitaciones del multiculturalismo las propuestas de interculturalidad y plurinacionalidad surgen como una crítica y una renovación. Este constitucionalismo no puede sino ser dialógico², concretizante³ y garantista⁴”*. (Acosta, 2009,Ps. 96-97).

A pesar de los aspectos positivos que la aplicación de la Plurinacionalidad genera dentro de un ordenamiento jurídico, el cual crea una nueva forma de organización del estado, hoy en día todavía hay varios tratadistas que enfocan este tema con preocupación sustentados en la evolución histórica de nuestro país, que ha tenido un estado uninacional encaminado a la preservación del colonialismo, el mismo que, para muchos, protege la conservación del capitalismo colonial, que a lo largo del tiempo ha llegado a producir un desarrollo científico y tecnológico que permite obtener mayor aprovechamiento de la inteligencia del

² Dialógico: se refiere el autor a que se requiere de comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro.

³ Concretizante: se refiere el autor a que debe buscar soluciones específicas y al tiempo consistentes para situaciones individuales y complejas.

⁴ Garantista: se refiere el autor a que las soluciones que surgen de la deliberación en torno a los problemas y soluciones concretas deben tener por marco la comprensión y la vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en los derechos humanos

hombre, su identidad individual y asociada, haciendo que el individuo dentro de una sociedad genere una producción material e inmaterial sin límites y que se produzca una nueva forma de acumulación financiera, que requiere un control de forma subjetiva para el individuo y de manera directa para la autoridad. El objetivo es que la acumulación financiera, en conjunto con el desarrollo de la tecnología, permitan satisfacer todas las necesidades de la población y así eliminar por completo procesos como: dominación, discriminación, explotación y violencia, de los que las sociedades de todo el mundo ya han sido testigos con anterioridad. (De Sousa Santos Boaventura, paginas 1,2).

Galo Ramón Valarezo (2009) es uno de los académicos escépticos ante la plurinacionalidad, él manifiesta que la plurinacionalidad es ambigua por tres razones:

- 1) Solo reconoce la diversidad pero no enfatiza en la unidad de diversidad, creando una complejidad en el territorio ecuatoriano ya que cada etnia y cultura tiene constantes cambios donde se vislumbran diferencias económicas, religiosas, cosmovisión, formas de exclusión y dominio, etc.;
- 2) Induce al Estado a tratar a los pueblos indígenas como minorías nacionales (que se refiere a la incorporación de culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y estaban territorialmente concentradas en un estado mayor), y no transforma de manera activa a toda una estructura racista , excluyente, inequitativa y monocultural dominante.;
- 3) Es parcialmente aplicable en las zonas de territorios habitados por un solo pueblo, pero es inaplicable en territorios fluidos, que son la mayoría en el Ecuador, en donde conviven diversos pueblos.

Es por ello que además de hablar de plurinacionalidad, el enfoque debería estar orientado a que exista una verdadera interculturalidad en vez de la plurinacionalidad, ya que la interculturalidad reconoce la diversidad de nacionalidades indígenas pero enfatiza en la necesidad de construir una unidad. Por otro lado, la interculturalidad no permite que a los pueblos indígenas sean tratados como minorías, donde se le entrega una parte minúscula del estado, sino incentiva a que participen en la estructuración de todas las normas, instituciones y prácticas del estado; y por último, la interculturalidad permite un tratamiento flexible a las distintas formas de diversidad, porque aplica tanto a los territorios en los que vive un solo pueblo como en los territorios compartidos. (Valarezo, 2009, Ps. 125, 133,135)

Muchas inquietudes en cuanto, a la plurinacionalidad pueden ser planteadas en relación al sistema de aplicación de las normas, la eficacia y eficiencia de las mismas, pero ante esto también se debe toma en cuanto de los avances del desarrollo de la Cultura Indígena y de los profundos análisis que se dan en relación a ella, por eso es fundamental abordar el tema de plurinacionalidad, ya que esta propuesta involucra el reconocimientos de derechos que son intrínsecos con el ser humano, sin dejar a un lado que esto depende estrechamente de varios factores como; la idea de autogobernarse, de las nuevas formas de participación de los pueblos en las explotaciones de recursos naturales, su representación y participación de la vida política en las instituciones estatales, además de la oportunidad de que exista una verdadera interculturalidad en el territorio Ecuatoriano.

2.2 Derecho a la Autodeterminación.

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural”.(Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT,).

La concepción tradicional de nación blanco-mestiza ha sido cuestionada desde la heterogeneidad cultural de la sociedad, en donde se puede observar la diversidad étnica y regional que existe en el Ecuador. Es así en donde los pueblos indígenas exigen su reconocimiento de índole étnica, cultural, política, democrática, de manera que refleje y sustente la afirmación de su autonomía e independencia, lo cual significa el desmantelamiento de un sistema institucional que divide económica y socialmente a la población.

Desde la época donde el hombre fue primitivo, existía una forma de organización, así nace el derecho natural del ser humano para gobernar y ser gobernado de una forma justa, en donde todos los integrantes de la sociedad participen activamente, teniendo en cuenta dos elementos fundamentales: el entendimiento de la realidad y la voluntad de permanecer o de cambiar su realidad. Esta forma primitiva de gobierno se enfocaba en varios aspectos como por ejemplo la utilización de los recursos que servían para la supervivencia de la comunidad. (Valdano Juan, 2005, P. 81).

Con la evolución del hombre, también se da la transformación del derecho natural, antes mencionado, llamándolo “Derecho de Autodeterminación”, el mismo que faculta a grupos

de personas a autogobernarse, decidiendo los mecanismos para su desarrollo económico, social y cultural. (Bermejo, P.3)

El concepto de Derecho de Autodeterminación surgió entre fines del siglo XIX y a inicios del siglo XX y quedó plasmado en la Carta de las Naciones Unidas⁵, sin embargo, su incorporación a este documento regulatorio ha sido catalogado como ambigua y heterogénea ya que con ella, por un lado, se acepta el hecho colonial encuadrado bajo la categoría de territorios no autónomos y de fideicomisos y, por otro, se reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación. Luego de estas fuertes críticas que recibió la Organización de Naciones Unidas (ONU) por este motivo, decide expedir la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y a los pueblos coloniales”, a partir de ello en varios ordenamientos internaciones consagran este principio.(Bermejo, P.4).

Dentro de los ordenamientos jurídicos existen dos grandes bloques de derechos, que son los creados y otorgados por las leyes libres: y son anteriores a las leyes que se limitan a reconocer y respetar, dentro de estos últimos figuran los Derechos humanos y fundamentales como la igualdad y la libertad. (Caño,1997,P. 21)

La autodeterminación, como derecho de libertad de un grupo humano, ha sido definido como un derecho humano, no individual sino colectivo, cuya existencia no depende de las leyes, sino que preexisten a ellas. Es así que este Derecho está conectado a la soberanía, en este sentido, autodeterminación significa que es la decisión libre y soberana sobre la estructura política interna y externa de un pueblo, pero no se identifica forzosamente con la

⁵ La Carta de las Naciones Unidas es el instrumento constituyente de la Organización: determina los derechos y las obligaciones de los Estados Miembros y establece los órganos y procedimientos de las Naciones Unidas. En su calidad de tratado internacional, la Carta codifica los principios fundamentales de las relaciones internacionales, desde la igualdad soberana de los Estados hasta la prohibición del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales en cualquier forma que sea incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

creación de un Estado independiente, ya que caben otras variantes además de la secesión-segregación, como la agregación. (Caño,1997. P.22).

En el Ecuador, el Derecho a la Autodeterminación se da por los movimientos indígenas que, en el trascurso de los años han ido planteando de una manera creciente el reconocimiento de un derecho propio que regule la vida de la sociedad indígena, oponiéndose rotundamente a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen. (Iturralde, 2009, P.127)

Esta exigencia se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible la hegemonía del Estado, desintegrando la oposición de sectores culturales y socialmente diferenciados que se resisten a mudar sus prácticas propias y sus entidades particulares, por aquellas que son propuestas por un proyecto nacional. (Iturralde, 2009,P.128).

Los mecanismos que el Estado utiliza surgen para que, en primer lugar, se facilite el pleno desarrollo de los Estados Nacionales, en lo que se refiere a la ocupación del espacio, la articulación de la población y el desarrollo del mercado interno. En segundo lugar, para fortalecer las configuraciones étnicas, que estructuran formas de organización cada vez más sólidas y empiezan a plantear una serie de reivindicaciones que van más allá de las posibilidades del modelo nacional, porque suponen privilegiar la diversidad, transformar el marco organizativo sobre el que se funda la construcción del Estado tal como lo conocemos, cambiar las actitudes y las prácticas prevalecientes en la relación pueblos indígenas – Estados nacionales. (Iturralde,2009,P.129).

Los factores determinantes que han provocado que los pueblos indígenas se conviertan en actores sociales y sujetos políticos en los Estados:

- 1.- La creciente territorialización de la presencia étnica en la Nación, que resulta de la expansión geográfica y demográfica de dichos pueblos.
- 2.- El fortalecimiento de organizaciones étnicas para lograr una acción concentrada que no elimina las formas comunitarias de base ni establece la pirámide jerarquizada a la manera sindical.
- 3.- Los pronunciamientos indígenas que llevan consigo los reclamos específicos de comunidades hacia expresiones más altas en los órdenes jurídico y político.
- 4.- Una creciente inserción de las economías de los pueblos indígenas en el mercado interno bajo todas las modalidades posibles.
- 5.- Todo lo anterior conduce a la modificación de las relaciones entre los pueblos y los Estados, la misma que cada vez es más compleja y directa, porque desaparecen las intermediaciones y los pueblos indígenas organizados se ven enfrentados directamente con el aparato del estado, para negociar sus asuntos. (Iturralde, 2009, P. 130-131).

Es importante decir que en la vida de los pueblos y nacionalidades indígenas no reina la anarquía, porque todos actúan conforme a las reglas conocidas y respetadas por todos, lo real es que también hay individuos que se apartan de las reglas de convivencia y por lo mismo hace falta, autoridad y procesos para resolver los conflictos interindividuales y de los individuos con la comunidad, todo esto tienen las colectividades indígenas. (Trujillo.2007).

Los elementos de los cuales depende el goce del Derecho de Autodeterminación de los pueblos son los siguientes:

- La libre elección de la condición política y del desarrollo económico, social y cultural.
- La soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales.
- La igualdad de los derechos de los pueblos.
- La no discriminación.
- La igualdad soberana de los estados.
- El arreglo pacífico de las controversias.
- La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y en las relaciones internacionales.
- La abstención del recurso a la fuerza, dentro de los conflictos con el Estado.
- La cooperación internacional y el respeto por parte de los Estados de sus compromisos internacionales en particular en materia de derechos humanos.(Ozden, & Golay, P.11).

En el Derecho Internacional, la doctrina indica dos aspectos de la Autodeterminación: el externo cuya competencia es la regulación internacional y el interno, que rige para los temas de índole nacional. Esta división es sobre todo formal, ya que estos dos aspectos no pueden existir el uno sin el otro. (Ozden & Golay, P.17)

A nivel internacional se cuenta con distintas formas de efectivizar el Derecho a la Autodeterminación, como por ejemplo que los Estados sean federales o monárquicos. En este ámbito también se habla de la Autodeterminación de los pueblos colonizados, Tal como consta en la Carta de las Naciones Unidas y en las declaraciones adoptadas en los

años 60 y 70, las cuales incluyeron Derecho a la Autodeterminación para dotar de base jurídica a los pueblos colonizados, en este sentido se trata de la descolonización y la independencia de los pueblos colonizados. (Ozden & Golay , P.23)

En cuanto a lo nacional, en primer lugar la Autodeterminación se ve reflejada en el derecho a la libre participación en los asuntos políticos de un país, a acceder de condiciones iguales a cargos para funciones públicas y en el respeto a la voluntad del pueblo, expresada mediante diversos mecanismos democráticos. En segundo lugar, este Derecho abarca la Autodeterminación de los pueblos indígenas, con el fin de proteger la sabiduría tradicional, la biodiversidad y los recursos genéticos, buscando imponer límites a las actividades que puedan llevar a cabo terceros en los territorios de pueblos indígenas, adoptando así la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo las injusticias cometidas durante la colonización, refiriéndose a las amenazas que conlleva la mundialización actual. (Ozden & Golay, P.23)

En los Estados, existen varios impactos de las políticas y decisiones económicas internacionales y transnacionales que afectan al ejercicio del Derecho a la Autodeterminación, entre ellos encontramos:

- La Deuda externa, que es de gran carga real que cada país posee, fomenta el hecho de que el Estado se enfoque en generar fondos para cubrirla mientras procura, de alguna manera, satisfacer las necesidades básicas de sus habitantes, dejando a un lado las cuestiones de la voluntad política de los dirigentes y provocando que en tales condiciones hablar de soberanía nacional sea en el engaño. Es una paradoja defender la idea de soberanía mientras los pueblos no tienen las condiciones necesarias para afrontar adecuadamente su presente y, menos aún, para pensar su

provenir. El déficit monetario que provoca la priorización de dinero para el pago de la deuda externa, es el causante de grandes efectos en contra los derechos de los pueblos indígenas, por lo que las políticas y programas de ajuste estructural están encaminados para reaccionar ante desequilibrios de la económica. (Ozden M , Golay C, pags.31).

- El comercio y a las inversiones extranjeras, para facilitarlos en la actualidad se han creado varios acuerdos y tratos internacionales donde se apoya a la aplicación de cláusulas como las del “Trato Favorable”, pensadas en proteger a los inversores, de pérdida de ganancias esperadas, pero que inducen a que los Estados receptores eliminen políticas tributarias, salariales o de protección social, ya que se considera que podrían afectar las ganancias esperadas de los inversores. De esta manera, los Estados que reciben las inversiones renuncian a su facultad soberana de reglamentar los litigios sobrevenidos, sobre su propio territorio ante sus tribunales nacionales.(Ozden M , Golay C, pag.32)
- El problema del aprovechamiento de los recursos naturales de los Estados por parte de empresas transnacionales. Ciertas organizaciones han asentado su control sobre países extraños a los suyos, dictando sus voluntades en los Estados que las acogen, que generalmente son los más débiles, explotando a sus pueblos y sus recursos naturales. Estas empresas son causantes de manera directa o indirecta del deterioro del medio ambiente y del incremento sistemático de la violación de los derechos humanos, entre ellos los de la Autodeterminación y la soberanía sobre los recursos naturales. En Ecuador un claro caso de esta situación fue las acciones realizadas por la empresa Chevron, dedicada a la explotación petrolera, que dejaron profundos

daños ambientales y destrucción cultural en las áreas donde se realizaban las explotaciones a gran escala. (Ozden & Golay , pags.32)

- Propiedad Intelectual, este es un aspecto impórtate ya que la gran mayoría de los acuerdos bilaterales en materia de propiedad intelectual obligan a los Estados firmantes a adherirse a la UPOV (Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales), lo cual implica una gran libertad para patentar plantas y deja expuestos a los agricultores a que, para seguir sembrando y cultivando, deben pagar derechos a grandes trasnacionales especializadas en la ingeniería genética y en biopiratería. Los agricultores ven como se suprime su derecho fundamental de guardar las semillas o intercambiarlas por están protegidas por el registro del Derecho del Obtentor. (Ozden & Golay , pags.32)
- La explotación indiscriminada de recursos naturales, que genera violaciones de los derechos humanos fundamentales de la población, transgrediendo en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud del Derecho a la Autodeterminación, los Estados están obligados a utilizar las riquezas y recursos naturales para mejorar el bienestar de la población, sin embargo el usufructo de recursos de la naturaleza sin control implica violaciones múltiples de derechos fundamentales de los pueblos, a menudo se amenazan derechos como el acceso a la alimentación, al agua, a la vivienda, a la salud y al medio ambiente sano. (Ozden M , Golay C, págs. 32-36).

Dentro del Derecho a la Autodeterminación es fundamental saber que existen mecanismos de control disponibles en caso de que se incurra en su violación. En primera instancia, los pueblos pueden acudir al mecanismo de control judicial, el cual es ejercido por un juez

nacional, quien emite decisiones de obligatorio cumplimiento dentro del Estado donde se impugnó la acción. En segunda instancia, se puede solicitar al mecanismo de control cuasi judiciales, el cual lo ejerce órganos internacionales, los mismos que hacen recomendaciones al Estado tras haber recibido una comunicación y haber oído las dos partes. Y, por último el mecanismo de control extrajudicial, que en este caso podría ser un relator de la ONU, el cual hace recomendaciones al Estado en base a la misión realizada en el territorio, tratando de solucionar los problemas que existen en las poblaciones de cada país, siendo su objetivo hacer que se respete el Derecho a la Autodeterminación que cada pueblo tiene. (Ozden, M. y Golay, C. pag. 45)

2.3 Autodeterminación Territorial

“Para los Secoya, la divinidad suprema que creó es Ñañe, es omnipresente en el bosque, subsuelo, en las aguas, entre las personas. Ñañe creó la Amazonía en un proceso de miles de años. Primero invitó a Huihuati, otro espíritu generador de la selva para que retoñaran las plantas, el bosque con árboles duros. Sin embargo, esto no era suficiente para que las personas pudieran subsistir. Nuevamente pidió colaboración y se crearon los árboles de madera suave. El Ñañe continuaba dando vida, y decidió abrir el camino para enseñarles las bondades de las tierras”

(Almeida D. (2013) .pag.220.).

El Ecuador es un país el que se caracteriza por poseer territorios de gran riqueza biológica, y megadiversidad, la mayor parte de la misma se encuentra en los territorios indígenas, por lo que varias nacionalidades y pueblos indígenas mediante su exigencia, han logrado que ciertas extensiones de su territorio ancestral les sean reconocidos por el Estado Ecuatoriano, pero a pesar de ello, existen intereses de explotar estos recursos naturales de esos

territorios, por lo que hábilmente el Estado ha creado una legislación llena de vicios jurídicos para de esa forma obtener derechos sobre estas zonas y, por ende, sobre los recursos naturales contenidos ahí. (Borja R. 2007. Pag.45).

Dentro de todo este conflicto jurídico, se deja a un lado la concepción de territorio que es tan fundamental para los pueblos indígenas. El territorio para ellos es relativo a su cosmovisión en donde existe una conexión espiritual entre la persona y su tierra, va mas allá de un medio de supervivencia, es un espacio de conocimiento y comunicación con sus raíces y sus dioses. No es un simple bien o medio de producción, pues la dimensión espiritual que le otorgan al territorio les lleva a interactuar con los espíritus creadores y protectores de toda vida, base material y espiritual de la existencia a través de las generaciones. Como se evidencia esta concepción del territorio es muy distante de aquella occidentalizada, propia de la sociedad en general.(Borja R. 2007. Pag.45).

Es por ello que nosotros entendemos que, para que pueda haber un Estado se necesita de cuatro elementos constitutivos básicos: el elemento humano, el entorno físico, el poder político, que es la facultad de mando dentro de la sociedad, y la soberanía, que es su capacidad de autobligarse y autodeterminarse sin sufrir interferencias exteriores.

El territorio en particular es el ámbito de validez de su ordenamiento jurídico y de la autoridad de su gobierno. Entendiendo esta concepción pragmática y totalmente apegada al Derecho, en nuestra idiosincrasia no se concibe esa relación espiritual que le dan los pueblos indígenas con su entorno, llegando a tal punto de sentir que las personas nos debemos a la existencia de dicho territorio y no que el territorio se debe a nosotros.(Borja R. 2007. Pag.45).

Más allá de estas circunstancias, entrando de lleno al ámbito de Derecho, cuando se habla del derecho al territorio no es solamente se trata de la acción de habitar físicamente en ese espacio de tierra (entendido como suelo comprendido de los límites políticos de la Nación, el espacio aéreo, el mar territorial, golfos, bahías, embajadas del país en el extranjero), es el hecho de ejercer un poder dentro de la misma, al igual que un ente público, es decir, encargarse del manejo y control sobre lo que ocurre en estos espacios, el uso que se les da y la manera en que se dispone de ellos, por ejemplo la participación como colectividades, en las decisiones que afecten a esas zonas y a los recursos ahí existentes. Es aquí dentro de ese territorio donde se aplican normas, costumbres y tradiciones, se ve la forma de autoregular las alternativas de organización social. (Andy C. 2004. P. 121).

La noción de territorialidad implica la consolidación como pueblos, donde está implícito el ejercicio del derecho a ser libre y gozar de la paz en sus espacios que se habita. En gran parte de los países se ha otorgado a las tierras de los Pueblos indígenas la calidad de inembargables, inalienables e imprescriptibles, los mismos que todavía no han sido reconocidos en igual medida ámbitos nacionales como internacionales. (Andy C. 2004. P. 121).

Desplazándonos dentro del Derecho al territorio, encontramos la autonomía territorial de los Pueblos Indígenas, la misma que se concreta en aspectos como: competencia reconocida y respetada externamente para disponer las propias normas respecto a una zona determinada; el control social, espiritual y cultural sobre el territorio y sus recursos, incluyendo la protección de los propios conocimientos sobre la biodiversidad; el control sobre la transmisión de los valores que constituyen la ética económica de cada pueblo, y la capacidad de autogobernación de conocimientos en los nuevos contextos interculturales; y

por último, la libertad para organizar la redistribución interna de derechos y obligaciones entre sus miembros. (Torre, 2004, P. 135)

Es importante en cuanto el control social de las variables que puedan afectar las relaciones de producción, reposición y redistribución de los recursos, para garantizar mecanismos específicos para que se dé una seguridad jurídica que sea eficaz para reaccionar frente a las perturbaciones ilícitas, considerando el ámbito de jurisdicción sobre las tierras. (Torre, 2004,P. 143).

Es por ello que para que se pueda aplicar el Derecho al Territorio y, por lo tanto, una autodeterminación territorial, tiene que existir una verdadera plurinacionalidad, en donde se comprenda que estamos frente a un nuevo concepto de territorialidad, el mismo que debe contener como característica principal la solidaridad nacional, ya que ésta se encuentra estrechamente relacionada con la explotación de los recursos naturales y su acceso a ellos, para procurar proteger los derechos que les acoge a los pueblos indígenas. (Torre, 2004, P. 136)

En este contexto, se debe reconocer que los mayores problemas de los Pueblos Indígenas en cuanto al ejercicio de este Derecho, provienen del poder de concesión de los Estados sobre estas reservas de dominio, que constituyen un obstáculo a la gestión eficiente de los territorios indígenas y algunas veces, promueven perturbaciones tan graves que llevan a pueblos enteros a su desaparición. (Torre, 2004, P.137)

Como resultado de esta expropiación de los territorios indígenas y de la reserva de dominio del Estado sobre algunos de esos componentes, se posibilita la distribución de usos y derechos diferenciados y generalmente opuestos, entre diferentes sujetos con la evidente apetencia de las regalías resultantes de su explotación. (Torre, 2004,P. 138)

La globalización consigue hacer visible y accesible cualquier oportunidad mercantil, y las espesas selvas amazónicas ya están revelando la posibilidad de algunos negocios importantes que han llevado a los actores económicos a presionar al Estado con el fin de reservar si no los espacios, si los derechos necesarios para extraer las riquezas apetecidas al menor costo posible. (Torre, 2004, P.143).

Es por ello que Raúl Llasag (2008) dice que la homogeneidad territorial hoy es una ficción, ya sea por reivindicaciones de los pueblos indígenas como por el proceso de globalización. En el estado plurinacional, al menos deben convivir la autonomía administrativa (procesos tradicionales de descentralización), y las autonomías vinculadas a la identidad cultural. Las autonomías vinculadas a la identidad cultural son formas originarias, no pueden estar subordinadas a otras, por ello deben ser extraterritoriales, con capacidad de control y acceso a los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, pero no para efectos extractivistas y comerciales, sino para la satisfacción de sus necesidades vitales y bajo los parámetros de solidaridad nacional. Por lo tanto la homogeneidad territorial es una invención primero desde el punto de vista interno, que siempre existió en los Pueblos Indígenas originarios y su reivindicación territorial, y segundo, por la globalización hegemónica, por lo que se discuten sobre la homogeneidad del territorio en que algunos casos debilitan y en otros casos fortalece a los Estados que no aceptan que debe haber un estado en donde se pueda aplicar la autonomía territorial de los Pueblos Indígenas (Llasag. R. 2008. Ps. 311-348).

El derecho constitucional moderno se caracteriza justamente por una hermenéutica orientada a la caracterización, es decir, a la consideración de los actores y contextos reales y específicos en los cuales las normas se aplican, a efectos de lograr la mayor optimización

posible de los derechos, incluso si algunos de ellos registran tensiones o contradicciones entre sí. De esta forma, no es lo mismo, por ejemplo, la regulación de la actividad económica orientada a la explotación de recursos renovables que la de recursos no renovables, o el desarrollo de la actividad en zonas intangibles de alta biodiversidad o en lugares donde habitan Pueblos Indígenas, que en otras áreas que no albergan estos ecosistemas o en las cuales no habitan estos pueblos. (Grijalva, 2008. P. 78).

También deberá considerarse el grado y tipo de relación de estos pueblos con el resto de la sociedad ecuatoriana. En este sentido, los estudios de impacto ambiental son de gran importancia, aunque para ciertos tipos de áreas y actividad económica la propia Constitución ha formulado ya claras prioridades, éstos son puntos que se deben meditar para que el Estado aplique de manera correcta el Derecho a la Autodeterminación Territorial (Grijalva, 2008. P. 78).

Para la Autodeterminación Territorial en el ámbito internacional, existen varios ordenamientos jurídicos, en donde se faculta este derecho a los pueblos indígenas pero a muchos Estados les da miedo reconocer este derecho porque creen que atentarían contra la conservación de la soberanía sobre el territorio nacional. Sin embargo, para los pueblos indígenas no es forzosamente la recuperación de sus tierras, aunque es esencial para la preservación de la integridad de la colectividad, sino significa defender una concepción específica de la tierra y del medio ambiente en general. Es por ello que en muchos instrumentos internacionales, se incorpora el Derecho a la Autodeterminación en su tierras, buscando garantizar su participación en decisiones que incluyan sus tierras, así como el derecho a escoger sus representantes, proceso que debe ser concordante a su modo de organización político-jurídica. En cuanto al artículo 15 numeral 2 intenta evitar toda

explotación, de los recursos naturales en los territorios indígenas, pues la soberanía gubernamental sobre los recursos naturales es restringida por los derechos y intereses de los pueblos indígenas. (Tiouka,,2004, P. 127-134)

En cuanto a la doctrina internacional de los derechos humanos ha desarrollado un concepto de propiedad diferente para los Pueblos Indígenas y Tribales, fundado en el reconocimiento del carácter colectivo de la misma, por lo que los Estados deben salvaguardar este derecho con sus especiales elementos. Sin embargo, la mera aceptación por parte de los Estado del Derecho a la Propiedad especial y colectiva de sus Pueblos Indígenas no es suficiente por lo que se deben analizar varios aspectos sustanciales de los deberes de los Estados en este tema:

- Reconocimiento, con efectos jurídicos, de que la posesión tradicional sobre las tierras de los Pueblos Indígenas y Tribales equivale al pleno título que otorga el Estado y abarca el concepto de territorios.
- Aceptación, también con efectos jurídicos, de que esta posesión tradicional les confiere el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro.
- Entrega de títulos oficiales de sus territorios, a fin de garantizar el uso y el goce permanente de dichas tierras y salvaguardar su certeza jurídica.
- Demarcación o delimitación física de la propiedad.
- Restitución, cuando correspondiere, las tierras tradicionales comunes, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y éstas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, aún a falta de título legal, se mantiene el derecho a la

propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma más óptima de respetar el derecho a la propiedad.

- Otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las pérdidas, cuando la restitución no fuera posible en casos excepcionales y acordados con las comunidades y sus representantes libremente elegidos.
- Indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

(OXFAM, 2011, pags 15-17)

La tensión entre el derecho y la propiedad sobre los territorios indígenas y la exploración y explotación por terceros de los recursos que se encuentran en ellos, se ve exacerbada por los intereses económicos en juego y porque el Estado primero protege sus derechos sobre los recursos del subsuelo y posteriormente los derechos de Pueblos Indígenas sobre los recursos naturales que están en el mismo territorio. Con frecuencia, los Estados desconocen el 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 renovables.(OXFAM, 2011, P. 19).

La característica principal de la propiedad comunal y que la diferencia de las formas convencionales de la propiedad, es que las tierras pertenecen en común y colectivamente a las comunidades indígenas, las que tienen como origen de su tenencia y dominio el uso, goce y disfrute de sus antepasados. Esta forma o sistema de propiedad comunal origina la idea de propiedad indivisible y trae como consecuencia de hecho innegable de lo que le pasó a uno le pasa a todos y lo que le pasa a todos afecta a todos y a cada uno de ellos. El Convenio 169 de OIT (Organización Internacional del Trabajo) expresamente afirma el

derecho de los Pueblos Indígenas a participar “en los beneficios que reporten las actividades de explotación de recursos naturales”. La Jurisprudencia Interamericana ha sostenido que para asegurar la supervivencia de los pueblos, en el marco de los procesos de consulta previa. (Glavis,M. y Ramirez,A. 2013, pag. 227.)

Las actividades extractivitas que se llevan a cabo en tierras indígenas originan muchas veces que las comunidades locales y los Pueblos Indígenas afectados sufran profundos cambios sociales y económicos que afectan inevitablemente a sus condiciones de vida, que a menudo , las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever. A veces los efectos son beneficiosos, pero muy a menudo devastadores.

La Constitución Ecuatoriana establece que los recursos que se encuentran bajo tierra, es decir subsuelo, pertenecen al Estado. Este principio se cristalizó cuando los graves desequilibrios del mercado internacional y el creciente abismo entre países ricos y pobres inspiraron a las Naciones Unidas a dictar la Resolución No. 1803 (XVII) del 14 de diciembre de 1962 referente a “Soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos naturales”, como derecho básico a la Autodeterminación. Posteriormente, la Asamblea de Naciones Unidas dictó La Resolución No.3281 en diciembre 1974, que puso en vigencia la “Carta de Derechos y Deberes de los Estados”. Sus objetivos tienden al logro de relaciones internacionales más racionales y equitativas, al fomento de los países en desarrollo. Pero por otro lado también podemos partir de la premisa que el derecho es el dador de poder, que el derecho crea y a la vez limita el poder. (Benavente, 2010,Ps. 86-88).

Los actos de un gobernante están legitimados por el poder que le ha otorgado la ciudadanía para administrar los bienes en su beneficio, y, por ello, los mecanismos de participación y consulta permiten establecer a nivel de consenso que existe en la población y en las

comunidades sobre una decisión. En ese sentido, debemos decir que un acto del gobernante se reviste de legitimidad por el consentimiento expreso o tácito que el ciudadano manifiesta sobre él, cuestión en la que radica la importancia de la participación como forma de legitimar la actuación estatal. Por otra parte, si bien a nivel constitucional está establecido que el poder soberano de los recursos naturales de nuestros países lo posee el Estado, está claro también que este poder soberano se encuentra limitado por la obligación estatal de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas; así como la de promover el desarrollo sostenible en las zonas de ecosistemas frágiles, de biodiversidad importante y en peligro de extinción; y la de proteger las zonas de generación de fuentes de agua, las que se encuentran especialmente en las alturas de las sierras y en la Amazonia. Además de dicha limitante, están los derechos de participación en la vida política o económica y el derecho a la propiedad, el derecho a la salud y la vida, etcétera (Benavente, 2010,Ps. 86-88).

CAPÍTULO III

CONFLICTOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE AUTODETERMINACIÓN.

La normativa ecuatoriana, que refiere a la Consulta previa, libre e informada, trae a contextualizar la disyuntiva de la supremacía de la Constitución sobre los tratados o viceversa. Dentro del artículo 57 numeral 7 se expone los parámetros generales de cómo se debe realizar a la consulta previa, exponiendo que si no se obtuviere el consentimiento de las Pueblos Indígenas se procederá bajo las normas de la Constitución o la ley.

A partir del artículo constitucional se promulga el Decreto Ejecutivo 1247, mismo que omite la importancia del carácter vinculante dentro de la Consulta previa, estableciendo normas que son contrarias a los tratados internacionales ratificados por el Ecuador. Sin embargo a ello dicho Decreto, va de la mano con lo que se establece en el artículo constitucional. Es por ello que en el presente capítulo se intenta entender que es lo que prima los tratados internacionales que son han generado la base de Derechos que se dan en la Constitución, o es la Constitución que a partir de ella se desplazan todos los ordenamientos jurídicos.

Según el Artículo 425 de la Constitución de la Republica del Ecuador establece que: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será la siguiente: la Constitución; los Tratos y Convenios Internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales; las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; los demás actos y decisiones de poder público”.

Y en cuanto a los Tratados Internaciones en materia de Derechos Humanos que han sido ratificados en por el Estado, prevalecerá sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, es lo que menciona en su Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

El presente capítulo inicia con los Derechos Colectivos, ya que, son el eje fundamental para que se den el reconocimiento de la consulta previa a los Pueblos Indígenas en la Legislación Internacional, es así que después de ello traigo a discusión cuales son las legislaciones protectoras de derechos indígenas y por ultimo analizo los convenios internacionales versus el decreto 1247. Para así poder llegar a una correcta conclusión sobre esta disyuntiva.

3.1.- Derechos Colectivos.

Declaramos que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y están dotados de la posibilidad de contribuir constructivamente al desarrollo y al bienestar de sus sociedades.

Toda doctrina de superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, sociablemente injusta y peligrosa y debe rechazarse, junto con las teorías que tratan de determinar la existencia de razas humanas separadas.

(Declaración de Acción de Durban, 2002)

El reconocimiento de los Derechos Colectivos no es una idea que se ha ido introduciendo recientemente, ya que desde mucho antes se pensaba que no todas las personas eran tratadas de una forma igualitaria y que el ser humano era un ente social y por ende colectivo, es por ello que muchos tratadistas van introduciendo el pensamiento del

reconocimiento de los derechos colectivos y se ven varios mecanismos para incluir a los grupos sociales que por varios años han sido tratados con inferioridad, es por ello que en los tiempos recientes la temática de los derechos colectivos ha sido retomada con mayor importancia en las discusiones políticas de los países.

En un mundo occidental profundamente individualista en su historia moderna, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos, en tanto particularmente su titularidad. Domina la idea de que los Derechos Colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e inclusive peligrosa, ya que el individualismo moderno sostiene que lo colectivo es una construcción de los individuos, no es algo “natural”, sino “artificio”. Los fenómenos sociales se basan en ficciones y los fenómenos individuales se basan en hechos. Nada colectivo tiene sentido si no es por su incuestionable servicio a los individuos. Entonces el derecho de las naciones y de los pueblos a su soberanía, que es un derecho colectivo inventado por el individualismo moderno, sigue vivo todavía hoy y engendra conflictos doctrinales y políticos muy serios. (Molina, 2011, p56)

A pesar del apogeo de los derechos individuales, se ven las primeras expresiones de los derechos colectivos, esto se da después de la Segunda guerra mundial, en donde dos pactos internacionales de la ONU establecieron que “todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación”, reconociendo algunos derechos a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas pero con varios tratados posteriores se fueron reconociendo los más Derechos a los Pueblos Indígenas, llegando a que varias Constituciones se implementará estos Derechos como garantías Constitucionales .(Cruz, 1998, p. 95).

En América Latina, los pueblos y naciones indígenas optaron por reivindicar sus derechos fundamentales colectivos, de preservación de sus identidades, organizaciones, lenguas, culturas e instituciones. La historia contemporánea no se puede entender sin ese fenómeno político de enorme importancia e impacto social que es el nacionalismo que como ideología política para la conquista del poder, se apoya incuestionablemente en los derechos colectivos de las naciones. Estas transformaciones se enmarcan en el objetivo global de gran parte de los movimientos indígenas actuales, especialmente en el contexto de construcción de un estado plurinacional, con el objetivo de llegar a articular una concepción pluralista del orden político y jurídico que contribuya a revalorizar el sentido de arraigo y de diversidad, tomado como base fundamental a ello a los derechos colectivos. (Molina, 2011, p.57)

Los derechos colectivos responden a la realidad de las sociedades, en donde existen varias formas de ciudadanía a las versiones tradicionales, que situaban la ciudadanía en la condición de individualidad. Esta noción tradicionalista de ciudadanía expresa el derecho de una persona individual en la constitución de un estado – nación; su condición de ciudadanía implica el reconocimiento a su libertad personal, a su capacidad de tomar decisiones de maneta autónoma, y a que es poseedor de un estatuto de soberanía sobre sí mismo y que se ratifica en la existencia de sus derechos políticos. (IWGIA, 2009, p 45).

El Gran paso que se da para que los Derechos Colectivos tengan una real trascendencia, fue la implementación de un estado plurinacional el cual recogía las propuestas realizadas en años anteriores por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que definió un conjunto de derechos específicos para los pueblos indígenas conocido como Convenio 169.

A este conjunto de derechos y marcos jurídicos que piensan en términos de “pueblos” y no de individuos, se los conoce con el nombre de derechos colectivos. Esta definición rompe con el paradigma tradicional de los derechos fundamentales, que siempre consideraron al ciudadano como un individuo aislado de su comunidad o pueblo y de sus relaciones culturales. Los derechos colectivos representan un avance en materia de derechos fundamentales y a los pueblos les reconocen y garantizan la vigencia de su cultura, de su territorio, de sus instituciones. De hecho, han sido incluso denominados como “derechos de tercera generación” en virtud de que amplían la esfera de los derechos y reconocen un sujeto especial de derechos fundamentales: el sujeto comunitario expresado en el pueblo y nacionalidades. En el Ecuador se introduce los Derechos Colectivos, con la aprobación de la implementación de estos derechos en el Texto Constitucional de 1998, esto no fue una concesión del sistema político ecuatoriano, sino que se produjo por la movilización y la fuerza política del movimiento indígena. Sin embargo, se produce la paradoja de que los derechos colectivos declarados en la Constitución de 1998 no generan un sistema de garantías y aplicación del mismo y se inscribían en un texto constitucional abiertamente neoliberal. (IWGIA, 2009, ps 36- 37).

Jacob Levy (como se cito en Carbonel) dentro de este tema ha elaborado una síntesis de los tipos de derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes tanto en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales. Es por ello que para el autor, los principales derechos culturales o colectivos son los siguientes:

- 1.- Que se erradique en los ordenamientos jurídicos todas las leyes que penalizan o dificultan la reproducción y subsistencia de las prácticas culturales.

2.- Que las poblaciones puedan para llevar a cabo una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda de agentes externos de las poblaciones. Esto se enfoca a que se puedan realizar festivales tradicionales para impulsar a la difusión de su propia lengua, de su modo de vida, de sus costumbres etc.

3.- Que los pueblos puedan tener la capacidad de autogobierno. Dentro de esta categoría se incluye las demandas de autonomía gubernamentaria.

4.- Reglas externas consistentes en la restricción de ciertas libertades para los no miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad.

5.- Reglas internas que busca normar hacia dentro del grupo de conductas de sus miembros.

6.- Reconocimiento – obligatoriedad de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. Se trataría de la exigencia de reconocimiento a las prácticas jurídicas de los grupos étnicos y culturales.

7.- Representación adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos de las mayorías.

8.- Demandas simbólicas que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad. (Carbonell, ps. 65-66-67)

Los Derechos colectivos no pueden ser reducidos a un conglomerado de derechos humanos individuales, ya que pertenecen a una colectividad en sí y protegen las características grupales que son importantes para la supervivencia de un grupo. En cierto sentido, en la formación de los derechos colectivos se coloca a la comunidad por encima del individuo; los intereses comunitarios son más importantes que para los individuales. Al contrario en la

formulación de los derechos humanos individuales, la comunidad se subordina a los individuos que conforman la comunidad. (Kloosterman, 1997, p. 17)

La sustentación para que se les otorgue los derechos colectivos en primer lugar es que los pueblos indígenas sostienen que como ellos son los primeros pueblos y naciones, son portadores de derechos históricos que no tienen necesariamente que compartir con otras minorías. En segundo lugar opinan que son víctimas de invasiones, conquistas y saqueos y exigen por ello la restitución de los derechos usurpados. En tercer lugar los ancestros de los pueblos indígenas constituyeron alguna vez nacionales soberanas que fueron incorporadas, contra su voluntad a unidades políticas externas. (Kloosterman, 1997,p.18).

Por otro lado para Galenkamp (1988) el reconocimiento de los derechos colectivos, argumentado por los pueblos indígenas es importante porque ellos se ven conformados en la práctica con un sinnúmero de problemas específicos. Durante largo tiempo se les ha privado de algunos derechos, como el uso de su propia lengua, el control de territorios que habitaban desde tiempos inmemoriales, y la preservación de la cultura. Los pueblos indígenas quieren cambiar esta situación porque saben que sus culturas son valiosas, y porque saben que, a veces, encuentran en sus culturas respuestas a cuestiones que aun no pueden ser solucionadas en Occidente. En la actualidad se viola el derecho a la preservación de las culturas indígenas debido, entre otros factores, a los procesos mundiales de globalización y modernización. A veces es el propio progreso occidental la causa de la violación de los derechos humanos individuales de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas exigen por esto el derecho a no desear el desarrollo o por lo menos no de acuerdo al modelo occidental. La discusión sobre derechos colectivos especiales para los pueblos

indígenas se centra así, en realidad, en las limitaciones de una visión del mundo moderno preocupado sobre todo de la protección del individuo. Los pueblos indígenas se basan en sistemas y valores que de acuerdo a otros son tradicionales y vistos como un obstáculo para la modernización (Kloosterman, 1997, p. 19)

En cuanto a la argumentación desde el punto de vista occidental es que se asume que todos los hombres tienen derecho a ser respetados, incluyendo el respeto a su propia identidad. El sentimiento de la identidad está estrechamente relacionado con la pertenencia a una comunidad, lo que hace que la preservación de la identidad colectiva de esta comunidad sea algo importante, los pueblos indígenas reclaman derechos colectivos porque estos garantizan, mejor que los derechos humanos individuales, la preservación de la identidad colectiva. (Kloosterman, 1997, pag 20).

Desventajas en la concesión de los derechos colectivos es que se teme que bajo el pretexto de la ideología colectiva se podrían violar los derechos humanos individuales. Este punto de vista merece algunos matices, ya que en el reconocimiento de los derechos colectivos se pueden incorporar algunas precondiciones restrictivas como por ejemplo plantear la condición de que los derechos colectivos no deben contradecir a las reglas internacionales corrientes en el terreno de los derechos humanos individuales, siendo que los segundos regulen a los primeros. (Kloosterman, 1997, pag 20)

Dentro de los derecho colectivos existen dos tipos de reivindicaciones: la primera es la reivindicación de un grupo ético, está implica el reconocimiento de un grupo contra sus propios miembros, su objetivo es proteger al grupo de impacto desestabilizador del disenso interno (por ejemplo la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o

costumbres tradicionales) es por ello que esto implica restricciones internas lo cual implica relaciones intragrupales; el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual. (kimlicka,2009, pg.5)

Y la segunda es llamada la reivindicación nacional, esta implica el reconocimiento de un grupo contra la sociedad en la que está englobado, y su objetivo es proteger al grupo del impacto de las decisiones externas (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor) y esto implica protecciones externas, éstas conllevan relaciones intergrupales, esto es el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado. Esto también plantea ciertos problemas, no de opresión individual dentro de un grupo, sino de injusticia entre grupos. Un grupo puede ser marginado o segregado en aras de conservar la especificidad de otro grupo. Sin embargo estas protecciones externas no necesariamente crean injusticia. (kimlicka,2009, p. 6).

Estos dos tipos de reivindicación protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, porque responden a diferentes fuentes de inestabilidad. Ambas reivindicaciones no necesariamente van juntas. Algunos grupos étnicos o nacionales buscan protección externa ante la sociedad mayor sin pretender imponer restricciones internas legalmente vigentes entre sus miembros. Otros grupos no buscan reivindicar una protección externa de la comunidad de la que forman parte, pero buscan tener un mayor control sobre las conductas de los propios miembros. (kimlicka, 2009, p. 7).

En cuanto a la ambigüedad del término “derechos colectivos” podemos ver ahora porque resulta de poca ayuda a la hora de describir las diversas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo. El problema es, por una parte, que el término es demasiado amplio y, por otra, que no logra trazar la distinción entre restricciones internas y protecciones externas. Pero un problema más profundo es que dicho término surge una falsa dicotomía con los derechos individuales. (kimlicka,2009, p. 20).

Una mirada importante que hace el relator especial James Anaya (2008) dentro del tema derechos colectivos, es que considera significativo la necesidad de asegurar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, deben estar establecidos conjuntamente en un solo capítulo de la Constitución, y que no se queden al margen de las políticas y programas pertinentes del Estado. (Anaya, 2008, p 4)

En un Estado realmente construido con base a la diversidad y la inclusión de los pueblos indígenas es necesario hacer que todos los programas y políticas consideren y apliquen los derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto sea pertinente. No sería adecuado, por ejemplo, afirmar el derecho colectivo de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo sin que las instituciones del estado encargadas de fomentar el desarrollo fueran configuradas para hacer efectivo ese derecho. Convendría, por lo tanto, que la nueva Constitución de alguna manera dejara claro el carácter transversal de los derechos colectivos afirmados. (Anaya, 2008, p 4).

2.2.- Legislación protectora de pueblos indígenas

La historia de los derechos humanos en cuanto a su consagración y vulneración, es parte de la historia de la humanidad y por ende se encuentra involucrada en una marcada lucha de

clases, pugnas por ejercer el poder, dominio sobre los demás y sometimiento a los mismos a un determinado régimen jurídico político y económico, impuesto precisamente por quien pueda estar ejerciendo soberanía en una determinada región y coyuntura histórica. Es por ello que es natural decir que a lo largo de la historia han habido atropellos ante varios grupos de personas, que en respuesta de ello se haya generado movimientos que busquen erradicar todas formas injustas y arbitrarias de convivencia entre seres humanos. (Albarracin, 2011, p 67).

A partir de ello se da una lucha por reivindicar y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas que ha sido una batalla incansable que se remonta a los primeros días de la Colonia. Su evolución junto con la de otros procesos que han intentado forjar sistemas de equidad y justicia material han sido víctimas de estigmatización y una dura represión por parte de los poderes públicos. Fue en los albores de la conquista cuando se vivieron los primeros esbozos de lo que luego sería un sistema político colonial, olvidadizo y acérrimamente opositor a la preservación o desarrollo de las culturas y pueblos que habitaban el Nuevo Mundo.(Kymlicka,2009. p 3)

Declaración Universal de Derechos Humanos

Después de un proceso histórico, los derechos de los miembros de pueblos indígenas están garantizados en la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, en la que se determinan que ellos, como cualquiera, tienen derecho a una nacionalidad, a una vida privada, a la preservación de la cultura, lengua religión propias, a las libertades de expresión y de asociación, a la alimentación y vivienda, y a cuidados médicos y educación.(kloosterman, 2009, p 11)

Por otro lado dicha Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagró la personalidad humana, respeto los derechos humanos y las libertades fundamentales estableciéndose que éstas favorecerán a la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones. También consagra el principio de igualdad de todas las personas ante al Estado y ante la ley, de modo que el conjunto de derechos están enarbolados en sus 30 artículos, se los asume bajo la idea de que son accesibles a todas las personas sin discriminación de ninguna naturaleza. Por consiguiente, dicha condición no puede no debe dar lugar al menoscabo de derecho alguno. Mencionada Declaración forma parte de lo que conoce como Carta de los Derechos Humanos, integrada la misma por dos Pactos importantes suscritos a nivel de las Naciones Unidas. (Albarracín, 2011, ps.70-71).

Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales & Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dichos pactos son: Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que fueron aprobados en 1966 por la asamblea general de las Naciones Unidas y entraron en vigor en 1976. Es aquí en donde a los pueblos indígenas también llamados grupos étnicos, pueblos tribales y minorías nacionales, son reconocidos como sujetos de derecho, lo cual servirá como fundamento para la expedición de otros pactos y declaraciones internacionales. (kloosterman, 2009, p 11)

Por otro lado, ambos pactos reivindican el derecho de autodeterminación de los pueblos, en tal virtud establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural, también consagra el derecho a los pueblos a disponer

libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligación que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. También establece la prohibición expresa de privar a un pueblo de sus medios de subsistencia, reafirmando la obligación ineludible de los Estados de promover el ejercicio del derecho de libre determinación.(Albarracin, 2011, p 71).

Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos

A partir de expedirse dichos ordenamientos internacionales, deciden reunirse los presidentes de los países de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y a nombre de los pueblos de la comunidad andina, expresando su voluntad de suscribir la Carta Andina para la promoción y protección de Derechos Humanos, con el fin de aportar a la construcción de un mundo que reconoce la diversidad humana, respetando y promoviendo los Derechos Humanos, generando un desarrollo político, económico y social de sus países. Es así que en su Articulado, reconocen que los Pueblos Indígenas y comunidades de afrodescendientes, como grupos humanos de raíz ancestral, que son partícipes de sus derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica la preservación de su identidad y su desarrollo futuro.

En esta Carta los países que los suscriben, reiteran su compromiso de cumplir, los derechos y obligaciones consagradas en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas y los de las comunidades de afroscendientes en particular el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo.

Convención 107 & Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

A partir de ellos la única alianza internacional que hasta 1989 guardaba relación específica con los pueblos indígenas es la Convención 107 sobre la protección e integración de los pueblos indígenas y poblaciones tribales o semitribales en países independientes, ratificada por la organización internacional del trabajo (OIT). En cuanto a los derechos colectivos en el ámbito internacional, se lo reconoce en varios instrumentos internacionales pero el que más tiene relación con los pueblos indígenas antes del convenio 169 fue el convenio 107, este Pacto reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la posesión colectiva de las tierras, aunque los pueblos lo han criticado en el pasado porque persigue la integración de los indígenas en las sociedades nacionales. Este pacto corresponde bien con las ideas que tenían sobre los pueblos indígenas en los años 50, como punto de partida todavía era que los indígenas debían ser integrados cuanto antes a la sociedad nacional. Estas ideas comenzaron a sufrir modificaciones cuando, en los años sesenta, los pueblos indígenas comenzaron a resistir esta política de integración. En 1986 la OIT con colaboración de organizaciones OMS, UNESCO, FAO, BM, empiezan a realizar la revisión del convenio 107 y de esta colaboración se crea el convenio 169 de la OIT. (Kloosterman, 2009, p 11).

Con la creación de este convenio que hasta la actualidad es el único instrumento legal que ha sido diseñado específicamente para garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Dicho convenio se divide especialmente

en dos categorías: la primera es la adopción y supervisión de normas, la segunda es brindar asistencia técnica y capacitación a los pueblos indígenas y tribales y a los Estados, para la consecución del goce pleno de los derechos de tales pueblos.

Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta declaración fue aprobada por la asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 13 de septiembre del 2007, mediante resolución No. 61/295, cuyo artículo 1 establece el “derecho como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de los derechos humanos. Dicho instrumento ratifica el derecho a la libre determinación, a conservación y reforzar sus propias instituciones, políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, a una nacionalidad, a la vida, integridad física y mental, libertad y seguridad de su persona, a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. (Albarracin, 2011,p73)

Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos

La Declaración y programa de Viena Aprobada por la conferencia Mundial de Derechos Humanos, llevada a cabo en Viena, del 14 al 25 de junio de 1993, reafirmó los derechos de las poblaciones indígenas determinando que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

De la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos

reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación. (Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos)

La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho. Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna. (Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos)

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a la Comisión de Derechos humanos que examine los medios de promover y proteger eficazmente los derechos de las personas pertenecientes a minorías enunciadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. En este contexto, la Conferencia pide al Centro de Derechos Humanos que, como parte de su programa de servicios de asesoramiento y asistencia técnica, proporcione a los gobiernos que lo soliciten servicios de expertos en cuestiones relativas a las minorías y los derechos humanos, así como a la prevención y solución de controversias, para

ayudarlos a resolver las situaciones relativas a las minorías que existan o que puedan surgir. (Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos).

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social. (Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos).

Declaraciones de San José

Como todas las poblaciones indígenas, éstas han sufrido desde su contacto con la cultura occidental agresiones permanentes en todos los ámbitos de su vida social y espiritual. Por ello se encuentran al borde del etnocidio, concepto que indica la destrucción sistemática de sus modos de vida, sistemas de producción y su pensamiento. Es por ello que en la declaración de San José define que “el etnocidio significa que a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respecto de su identidad cultural” (Albarracin, 2011, p 74).

Declaración y programa de acción de Durban, conferencia mundial contra el racismo, discriminación racial

Del 31 de agosto al 8 de septiembre del 2001 tuvo lugar en Durban, Sudáfrica, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de Intolerancia y como resultado fueron publicadas la Declaración y el Programa de Acción de Durban, que establece estándares internacionales en el tema y proporcionan un programa contra la discriminación innovador. En la Declaración de Durban los países reunidos reconocen que el colonialismo ha llevado al racismo y las formas conexas de intolerancia y que, entre otros, los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y que continúan siéndolo de sus consecuencias. (Declaración y programa de acción de Durban)

Dentro de esta declaración también se expresa que se reconoce y se afirma que al comenzar el tercer milenio la lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en todas sus formas y manifestaciones

odiosas y en constante evolución, es un asunto prioritario para la comunidad internacional, y que esta conferencia ofrece una oportunidad única e histórica de evaluar y determinar todas las dimensiones de esos males devastadores de la humanidad con vistas a lograr su eliminación total, entre otras cosas mediante la adopción de enfoques innovadores y holísticos y el fortalecimiento y la promoción de medidas prácticas y eficaces a los niveles nacional, regional e internacional.

(Declaración y programa de acción de Durban)

Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia los derechos de los pueblos indígenas y lucha contra la pobreza.

Para concluir con la demostración de toda la legislación que protege a los Pueblos indígenas es indispensable hablar de la Declaración de Machu Picchu, ya que considera a la diversidad cultural y étnica como una de la caracterización de nuestras naciones, siendo esta una fuente de gran riqueza y unión entre nuestras sociedades. Por lo que el ejercicio democrático en nuestros pueblos exige el respeto y la promoción de su diversidad.

En este sentido, los países apoyan firmemente todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los Derechos y libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, entre ellos: el derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual cultural, lingüístico; económico; individual histórico; a sus sistemas, conocimiento y prácticas de medicina tradicional, incluso el Derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados ; a la educación en la diversidad; a ser elegidos y desempeñar cargos públicos .

3.3.- Convenios internacionales protectores de derecho indígena vs. Reglamento de consulta en procesos de licitación de áreas y bloques.

“No Existe un modelo único de procedimiento apropiado
Sino que las circunstancias de cada país y de cada pueblo deben
Tenerse en cuenta para el proceso de la consulta previa sea adecuado
A dichas circunstancias y a la naturaleza de la medida que se pretende consultar”
(Glavis & Ramirez, 2013, P.140)

Con la expedición del Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo en 1989, se implementa en uno de sus artículos, el tema de Consulta previa libre e informada, determinando en los artículos 6 numeral 2 que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, y el artículo 15 numeral 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. (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Y es así que en el Ecuador se implementa en la Constitución de 1998, en el Artículo 84 numeral 5 diciendo que el Estado garantiza a los pueblos indígenas 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 de la República del Ecuador 1998)

Con estos antecedentes, cuando se conforma la Asamblea Nacional, para crear la nueva Constitución de la República de Ecuador, se determina que se debía mantener la línea

ideológica de realizar consultas a los pueblos indígenas cuando se va a realizar una explotación dentro de sus tierras y es así que en el art. 57 se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

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

Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Constitución de la República del Ecuador del 2008).

En base al último articulado, en el 2012 se determina realizar el decreto ejecutivo 1247 publicado en el Registro Oficial número 759, el mismo que habla específicamente sobre la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos, tomando en cuenta los reconocimientos que están invocados en la Constitución, en relación a los Pueblos indígenas, también se toma en consideración a la Ley de participación ciudadana, la misma que habla sobre la consulta previa en su Artículo 81 que dice que se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable.

Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio. A través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley; y en el Artículo 83 que manifiesta que si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana. (Ley de Participación Ciudadana).

A poco tiempo de expedirse este reglamento se da un pronunciamiento de la CONFENIAE (Agosto, 2012), expresando que las nacionalidades y pueblos de la Amazonía han sido irrespetados en los derechos y ofendidos por la actitud del gobierno, atentadas en la unidad organizativa por parte de las maniobras de parte de entidades públicas ya que el Decreto Ejecutivo 1247 que expide el reglamento para la ejecución de la consulta libre previa e informada en los procesos de licitación y asignación de las áreas y bloques

hidrocarburíferos, carece de validez porque nuevamente recurre a la violación a la Constitución, Tratados y convenios internacionales al haber sido emitido de manera inconsulta pre legislativa. La consulta es obligatoria para los estados, pues las leyes, los programas y proyectos, la explotación de recursos naturales, y toda decisión estatal-gubernamental que va afectar a los derechos indígenas, deben ser consultados para obtener el consentimiento. La consulta debe ser un proceso previo y sin ninguna manipulación ni mala fe la declaración de Naciones Unidas se refiere a la consulta, participación y el consentimiento libre previo e informado como derecho fundamental y transversales para los pueblos indígenas. (<http://www.ecuadorinformativo.net/2012/08/confeniae-se-pronuncia-ante-el-decreto.html>)

En Octubre del mismo año, se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un Informe de situación del derecho a la consulta previa, libre e informada en la región amazónica del Ecuador, y en el que varias organizaciones conformadas por la Red Jurídica Amazónica, la Fundación Pachamama, el Centro Lianas, el INRDEH, la CONAIE, la CONFENIAE, expresan su desacuerdo con el Decreto 1247 ya que el reglamento no fue consultado antes de su expedición, tomando en cuenta que días anteriores se publicó la Sentencia en el Caso Sarayaku, en donde se determina que cuando el Estado Ecuatoriano vaya a expedir una normativa que afecte a los pueblos indígenas se deberá hacer una consulta prelegislativa, la misma que no se llevó a cabo, aparte de ello centrándose a los aspectos que están inmersos en dicho reglamento, sin que contenga un procedimiento en el cual la realización de la consulta previa, se destaca la idea de la consulta como el espacio para acceder a beneficios sociales de acuerdo con las necesidades que se identifiquen en el proceso, por lo que arbitrariamente el estado determina que la Secretaría de Hidrocarburos

es la encargada de realizar la consulta, la misma que cubrirá con sus costos, y serán consultados los pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentran asentados dentro de las áreas de influencia lo cual esta determinación queda a criterio de la Secretaría. Posterior a ello se establece una planificación de la consulta por medio de un supervisor del proceso y un facilitador quien deberá ofrecer información detallada sobre los beneficios sociales del proyecto, así como las medidas de mitigación y compensación social que se gestiona por medio del mismo, a partir de ello se establece una convocatoria que debe contener la identificación del bloque, el objeto de consulta, descripción general del proyecto, cronograma de la consulta, ubicación de la oficina y la información de los beneficios sociales, por lo que los consultados no participan dentro del proceso de planificación, dentro del reglamento se intenta establecer los mecanismo de participación, dentro de los cuales no se contempla la posibilidad de que las decisiones de cada pueblo o nacionalidad sea adoptada de acuerdo a su forma de deliberación y organización propias, y se establece la información que deberá estar a disposición de los consultados, además de la descripción del proyecto, lo que hace énfasis en la información sobre los beneficios, también se establece que la falta de participación de quien ha sido convocado o se oponga a la realización de la consulta no anulará el proceso ni suspenderá la continuación del mismo. El reglamento no establece cuál es el efecto de la oposición de los consultados a la realización del proyecto. (Red Jurídica Amazónica, et al., 2012).

Dentro de la sentencia del caso Sarayaku contra el Ecuador, expresa textualmente que la Corte observa, entonces, que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades

multiculturales, deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios. (Sentencia Corte IDH. Caso Sarayaku, 2012).

Por otro lado, dentro de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas establece en el art. 31 numeral 2 que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Lo cual va en concordancia con lo que establece en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en el que establece en el art. 1 numeral 1 que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y asimismo a su desarrollo económico, social y cultural y numeral 2 que señala que 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 de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Por otro lado también al respecto se menciona la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo en su principio 22 que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

Para poder dar una conclusión sobre esta temática es indispensable citar la Carta Andina para la Promoción y protección de los Derechos Humanos, en donde el Ecuador se ha comprometido a acatar las sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos, asimismo, de asumir una actitud constructiva para acoger favorablemente las decisiones y recomendaciones de los mecanismos regionales y universales de naturaleza no jurisdiccional, cuando corresponda, de conformidad con los Tratados de Derechos Humanos y las disposiciones constitucionales pertinentes.

Sin embargo a ello el Decreto Ejecutivo 1247, por haber sido expedido por el Presidente de la República, solo podrá ser anulado por el Presidente de la República o uno de las máximas autoridades de la entidad pública donde se emite el Decreto ejecutivo. Esta es la única manera legal para que pierda su vigencia en el Ecuador, aunque el mismo sea contrario a un Tratado Internacional que haya sido ratificado por el Ecuador.

CAPÍTULO IV

EL JUEGO DE PALABRAS EN LA CONSULTA PREVIA

3.1 Participación Ciudadana. Democracia Directa.

*“La participación es un derecho humano que busca viabilizar
que las personas , comunidades y pueblos participen
en la vida social y política de los Estados.*

(Defensoría del Pueblo, 2011)

Es primordial partir con la premisa, con la que muchos autores concuerdan, de que la participación ciudadana es fundamentalmente uno de los elementos básicos de la democracia, pues ésta es, por naturaleza, un sistema de gobierno esencialmente participativo. La participación tiene especial significado para el desarrollo democrático integral, siendo un instrumento que permite a la persona el pleno desenvolvimiento de sus aptitudes y capacidades, las cuales deben estar al servicio del desarrollo y progreso integral de la comunidad. Es por ello que a la participación en la democracia se le concibe como un medio indispensable, de especial importancia para el logro del bien común. (Jahncke & Meza, 2010, P. 11, 17).

Por otro lado, algunos tratadistas consideran a la participación ciudadana como mecanismo por medio del cual los ciudadanos inciden o buscan hacerlo en las decisiones públicas sin la mediación de los partidos políticos, tales como la práctica de actividades comunitarias o acciones colectivas dirigidas a alcanzar un fin específico o las que se derivan de algún

conflicto en particular. Con respecto a ello, surgen otras visiones de varios catedráticos que consideran que esta participación, en la que los ciudadanos se unen para influir en las decisiones públicas, está ya tomando parte de la participación política y se deja a un lado la esencia de la participación ciudadana. Así muchas veces al hablar de participación ciudadana, se hace referencia a la participación política, llegando a tal punto que se toman como sinónimos. Esto se debe a que se asocia este Derecho con los llamados Derechos Civiles y Políticos, pero la participación va más allá de limitarse al ámbito político, es decir, no solamente a los procesos electorales para seleccionar a los representantes encargados de la dirección de las áreas del poder público. (Jahncke & Meza, 2010, P. 18).

Para configurar una sociedad auténticamente democrática, los Derechos Políticos, como primera y básica manifestación del principio democrático, deben completarse con otros mecanismos y formas de participación⁶, que los Estados deben poner a disposición de todas las personas que habitan sus territorios. Este deber estatal tiene particular importancia respecto de las minorías y los grupos vulnerables, a quienes se les debe garantizar las condiciones que les permitan participar real y efectivamente en los asuntos y decisiones que les atañen. (Glavis & Ramírez. 2013. P 49).

En cuanto a este tema, según la Defensoría del Pueblo (como se cito en Carrión, 2012) la participación es un derecho humano que busca viabilizar que las personas, comunidades y pueblos actúen en la vida social y política de los Estados. Sin embargo, este derecho humano, visto desde la diversidad étnica genera una mayor complejidad, pues busca

⁶ Los mecanismos de participación ciudadana consagradas dentro de las normas Ecuatorianas son: la iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular y la revocatoria del mandato , debates públicos, elección de representantes, consulta previa, consulta pre-legislativa (Ley de Participación ciudadana)

salvaguardar la recreación de estas identidades históricas con identidad y culturas propias, frente a decisiones estatales que puedan afectarlas.(Carrión , 2012, P.23)

El Derecho a la Participación abarca varias dimensiones, protege los Derechos de Autoderminación y Colectivos de los Pueblos Indígenas, se otorga la garantía de ejercer el derecho a participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional ya que ellos son directamente susceptibles de afectarles, en la utilización, administración y conservación de su cultura, de su forma de vida y los recursos naturales en sus tierras. (Gueso,2008, P.42).

Tomando este punto de partida, varios movimientos sociales consideran que para lograr una participación efectiva de los pueblos, el deber de los Estados es buscar mecanismos de participación. Uno de los más aptos es la consulta, la cual, en la actualidad se ha transformado en la piedra angular de su relación del Estado con las comunidades y pueblos indígenas y tribales, el mismo que tiene un sustento teórico que ha sido plasmado en instrumentos internacionales y decisiones de los órganos de control internacionales. Los mismos que han establecido que para asegurar una efectiva participación de los grupos indígenas, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, brindar información de manera permanente, lo que implica la comunicación constante entre las partes. Dicho deber del Estado recae sobre numerosas materias y sobre medidas administrativas, legislativas o de otra índole. (OXFAM, 2011. P 20).

La participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida política, económica y social es entonces un aspecto central y de vital importancia en una verdadera democracia constitucional. Debido a esto, en armonía con este planteamiento de manera más concreta,

la Normativa Internacional determina que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en:

- 1.- Las acciones que desarrollen los Estados para proteger los derechos de dichos pueblos y asegurar el respeto de su dignidad.
- 2.- La adopción de decisiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos de conformidad con sus propios procedimientos, así como en las instituciones electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población.
- 3.- La aceptación de medidas encaminadas a superar la dificultades que experimenten los pueblos indígenas al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo; en mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación que deberán ser una prioridad en los planes de desarrollo económico de las regiones que habitan, y en la formulación y ejecución de programas de educación que aseguren la formación de los miembros.
- 4.- La elaboración de los programas económicos y sociales que les conciernan y en la administración de esos programas mediante sus propias instituciones.
- 5.- La formulación, aplicación y evaluación de los planes de desarrollo nacional y regional que los puedan afectar directamente.
- 6.- Los procesos de reconocimiento y adjudicación sobre sus tierras, territorios y recursos, incluidos aquellos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado.
- 7.- La utilización, administración y conservación de los recursos naturales y en los beneficios que reporten las actividades de prospección o extracción de recursos naturales.
- 8.- La admisión de medidas orientadas a dotar a los pueblos indígenas de programas de formación profesional que respondan a sus necesidades.

9.- El establecimiento de medidas que fomenten el fortalecimiento de la artesanía, las industrias rurales y comunitarias; actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos, como la caza y la recolección. (Glavis & Ramírez. 2013. Ps. 50-51).

La trascendencia del Derecho a la Participación puede radicar también en la realización y la interpretación de otros derechos de los pueblos indígenas consagrados tanto en las normas internacionales como en las constitucionales y la legislación interna de los Estados. Así, por ejemplo, la participación de los pueblos indígenas en los procesos de reconocimiento y adjudicación de derechos sobre sus tierras reviste la importancia en que si las decisiones de este tipo son tomadas con una inadecuada participación de los pueblos indígenas su legalidad puede resultar viciada, lo que puede traería como consecuencia la invalidez, nulidad, inconstitucionalidad y carencia de efectos o inaplicabilidad de dichas decisiones. (Glavis & Ramírez. 2013. P 53).

Sin duda, es menester considerar la perspectiva de que el Derecho a la Participación va estrechamente relacionado con la libre determinación que, como principio y como derecho, es fundamental para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectarlos ya sea directa o indirectamente. Por una parte, la libre determinación implica que los pueblos indígenas tienen el derecho a tomar decisiones independientes mediante las cuales puedan determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural. (Glavis & Ramírez. 2013. P 69).

En corroboración a ello, la Legislación Internacional dentro del Convenio 169 de la OIT, le da a la Participación Ciudadana un lugar clave en la práctica de los derechos de los pueblos, tal como está plasmado en su artículo 2 numeral 1, “Los gobiernos deberán asumir la

responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. (Convenio 169 de la OIT, 1989).

La aplicación del Convenio es una necesidad dada por el respeto a los pueblos, que ancestralmente han ocupado las tierras que habitan antes de la aparición de cualquier derecho occidental, a sus costumbres, sus creencias y su trato singular con la naturaleza, sus formas de tomar decisiones y de administrar justicia, para llegar a acuerdos adecuados o aceptar decisiones, evitando posibles conflictos o daños a su integridad, cultura y costumbres. (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Por otra parte, la libre determinación debe entenderse como un proceso continuo que asegure que los pueblos indígenas participen permanentemente en los procesos de decisión sobre sus propios destinos. Esto implica que las instituciones encargadas de la toma de decisiones deben estar establecidas y organizadas con sus asuntos internos y locales, participar colectivamente en procesos de decisión externos, de conformidad con los estándares de Derechos Humanos pertinentes. (Glavis & Ramírez. 2013. P 69).

Es por ello que en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en su Artículo 95, se establece que “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación debe orientarse por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en los asuntos de interés público es un derecho, que se

ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”. (Constitución del la República del Ecuador, 2008).

A pesar de esta implementación en la Constitución del Ecuador la participación ha sido entendida prioritariamente como la negociación que realizan los actores con las empresas petroleras, para obtener beneficios materiales, en la mayoría de los casos insustanciales y de efectos inmediatos. Generalmente, este proceso pasa por una mutua presión, chantaje y regateo de beneficios, entorpecida por paralizaciones de la operación. Ante ello se critica el papel que el Estado buscando que se genere una responsabilidad de las empresas exigiéndoles la prevención, remediación e indemnización de los daños causados en dichas tierras. (Alban, 2003, P 147).

En el Ecuador la participación ciudadana se ve enfocada en problemáticas de índole ambiental, la participación que viven las personas que viven en esas áreas deben ejercerla para que no existan violaciones a sus tierras y su vida en sí. Por esto, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en el Principio 10, establece que todas las personas tienen derecho a acceder a la información ambiental, a participar de los procesos de toma de decisiones y a la justicia ambiental. Así, el Derecho de Participación está interrelacionado con el acceso a la información oportuna, lo cual evidencia la interrelación entre los derechos, pues la vigencia de uno de ellos pasa por el pleno ejercicio del otro. (Carrión, 2012, P. 23).

Por otro lado los mecanismos diseñados por el Estado Ecuatoriano para garantizar el ejercicio del Derecho de Participación, deben pasar por el reconocimiento y respeto a la diversidad cultural y a los principios constitucionales, por ende es esencial el respeto a los Derechos Colectivos, entre los que incluye el Derecho de la Consulta Previa, libre e

informada de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Sin embargo, este postulado tiene un grado de dificultad pues implica el reconocimiento de sociedades multiculturales, respeto de sus propias formas de vida y organización o Derecho a la autodeterminación (Carrión, 2012, P. 23).

3.2 Consulta Previa. Diversas interpretaciones.

“En la consulta previa lo que hay de por medio es la vida”.

Lider Indígena Albernis Tique.

El modelo de desarrollo en Latinoamérica promueve y prioriza el crecimiento económico sobre las demás dimensiones tales como el ambiente sano, la equidad y justicia social y el respeto a los Derechos Humanos. La presión por dicho crecimiento acelerado de la economía implica un incremento de la demanda de recursos naturales, petroleros, minerales y otras materias primas. Aunque en los últimos años países como Venezuela, Bolivia, Paraguay, Brasil y Ecuador han buscado afirmar su soberanía y utilizar los beneficios derivados de la extracción de recursos para la aplicación de estrategias en una mayor regulación de las actividades de las compañías trasnacionales. (Jahncke & Meza, 2010, P 43).

El Ecuador tiene una historia de explotación petrolera que ha atentado contra los pueblos indígenas, las comunidades rurales y contra la conservación de la naturaleza. Así lo confirma el informante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997: “los efectos del desarrollo y explotación de petróleo en el Ecuador no solo han dañado el medio ambiente, sino que han impedido directamente el derecho a la supervivencia física y cultural de los pueblos”.(RAMA , 2009, P. 126).

Como consecuencia de esta situación, surge un mecanismo de participación ciudadana llamado la Consulta Previa, Libre e Informada, que tiene su razón de ser en el mandato constitucional de precautelar los derechos a todas y todos para que puedan gozar de sus derechos humanos, derechos colectivos, derechos fundamentales, así como busca también proteger el Derecho a que toda persona pueda vivir en un ambiente sano y libre de contaminación, pudiendo seguir reproduciendo su forma de vida y sus culturas. (Montes de Oca, 2010)

Por otro lado, la Consulta previa, libre e informada se fundamenta en la dignidad de la persona (a no ser tratado como un objeto que puede ser “movido” de su lugar de realización personal sin haber oído su opinión), en la soberanía del pueblo (de los pueblos definidos por una historia y proyecto común, como los pueblos indígenas o las comunidades locales en general, que deben ser consultados sobre decisiones que afectarán su historia). (Jahncke & Meza, 2010, P. 43)

El Derecho a la Consulta Previa debe ser asegurado por el Estado democrático de derechos como es el Ecuador, el cual exige respaldos para todo acto de poder que afecte: los Derechos Fundamentales de las personas, ya sean garantías sustanciales o garantías de procedimiento, la forma republicana de gobierno que implica transparencia en la gestión de la res pública que es la cosa pública o asuntos públicos. (Jahncke & Meza, 2010, P. 44).

Por ser públicos son asuntos que afectan e interesan a todos. Aunque la delegación popular otorga responsabilidades y atribuciones a los gobernantes, esta no es nunca una delegación absoluta y deben existir canales de participación y control en las decisiones de sus mandatarios. (Jahncke & Meza, 2010, P. 44).

En el caso de pueblos indígenas, la Consulta previa tiene otros fundamentos. En primer lugar están los Derechos Colectivos Especiales, los pueblos indígenas, por ser grupos humanos originarios, gozan de los mismos (que han sido reconocidos en el ámbito nacional e internacional) y tienen derecho a ser consultados ante cualquier medida legislativa, administrativa, constitucional o planes, programas y proyectos de desarrollo que los puedan afectar. Por otro lado, el Derecho a la Libre Determinación, les atribuye el derecho a ser consultados sin que se confunda a que este reconocimiento se trata de crear un Estado dentro de otro, sino de respetar la calidad especial de los pueblos indígenas y sus propias visiones de vida y desarrollo. Y por último, los Derechos basados en la Territorialidad, el proceso de Consulta Previa garantiza la protección de estas clases de Derechos, en tanto los territorios representan la vigencia y existencia de la cultura de los pueblos indígenas. (Jahncke & Meza, 2010, P. 44).

Por su parte, Wilton Guaranda (2009) expone que desde una mirada mestiza, la Consulta previa es un proceso que está circunscrito a la protección ambiental, el mismo que comprende no sólo a las poblaciones indígenas sino a la ciudadanía en general, lo que crea una complejidad interpretativa, pues ha de considerarse que la Consulta previa a la comunidad está en el mismo rango que aquel derecho específico que hace referencia a las comunidades de las nacionalidades indígenas. Desde esta perspectiva, la Consulta previa se convierte entonces en una forma de participación ciudadana que otorga legitimidad a la decisión estatal respecto a la intervención en el medio ambiente. (INREDH ,2009, P. 144).

Desde otro enfoque, es indiscutible que la Consulta previa es un tema que tratan de evitar algunos gobiernos porque se le considera un mecanismo de oposición a los proyectos. Este proceso, se convierte entonces la consulta previa en una formalidad sobre la cual se

imponen criterios en un diálogo desigual que hace reaccionar a las comunidades con reclamos y protestas que luego son reprimidas por la fuerza pública. Hechos como esos indican que en el equilibrio de poder para la toma de decisiones, el gobierno y la empresa privada suman el mayor peso cuando hay una subvaloración de la participación indígena en el proceso. En estas condiciones no podríamos hablar de gobernabilidad indígena si no se les tiene en cuenta como titulares de unos derechos. (INREDH ,2009, P 151).

Desde el punto de vista para las empresas sin duda, es posible afirmar que la posición de las empresas es la más clara en torno a esta temática, pues las mismas tienen el único interés de obtener la mayor cantidad de ganancia posible; por lo tanto, si la Consulta previa significa, de alguna forma, un retraso de sus actividades o un costo adicional para la complementación de las mismas, dichas entidades prefieren dejar de lado este mecanismo o, si aceptan, con certeza incorporarán los costos de consulta y negociación con los pueblos indígenas a la estructura del precio del proyecto, elevando el valor final del mismo. (KAS,2012, P. 32).

Por lo tanto, se podría señalar, por un lado, que las empresas se constituyen en uno de los actores en contra a la implementación de la consulta previa, pues, de una forma u otra, la misma se constituye en condicionante para el éxito o no de las actividades que puedan realizar en determinados territorios. Mientras que los bienes o servicios a ser provistos se encarecen relativamente cuando de por medio existen territorios y pueblos indígenas que deben ser sujetos de Consulta previa y, en algunos casos, compensados económicamente.(KAS,2012, P. 32).

Ahora bien, frente a la definición de Consulta Previa, la Corte Constitucional en Sentencia C- 169. M.P. (mencionada en OPIAC, en la página 7-8) reconoce que es un derecho

fundamental “individual y colectivo” de los grupos étnicos, y que es por un lado la cristalización del derecho fundamental a la participación y, por otro, un medio para proteger la diversidad étnica y cultural de los grupos étnicos. Igualmente, la Corte en diferentes pronunciamientos ha reiterado que es un derecho que no puede ser suspendido ni siquiera en los estados de excepción, que es un derecho de carácter fundamental, de obligatorio cumplimiento y esencial para el mantenimiento de la coacción social de las comunidades indígenas. (OPIAC. 2008. P. 7-8).

Lamentablemente, desde la inclusión de este Derecho en el Derecho Positivo del Estado ecuatoriano en 1998, no se ha conseguido su plena garantía dentro de la práctica administrativa y judicial pese a los constantes intentos de las organizaciones indígenas y la sociedad civil. Este esfuerzo ha quedado plasmado en varias resoluciones del Tribunal Constitucional así como en la propia inclusión del Derecho a la Consulta Previa en la Constitución de 1998, en la actual Carta Magna y la ratificación del Convenio 169 de la OIT. (RAMA, 2009, p 115)

El Derecho a la Consulta Previa, libre e informada, se lo puede analizar entonces desde una doble dimensión, como un mecanismo de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y, como un Derecho Colectivo reconocido tanto por la Constitución Ecuatoriana como por los instrumentos internacionales, en especial el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. (Carrión & Cárdenas, 2013, p. 23)

En otro ámbito, la Consulta previa es un mecanismo importante para prevenir el desplazamiento forzado de los indígenas de sus territorios ancestrales, particularmente en casos de proyectos de desarrollo o de extracción de recursos naturales. Es así que las

regulaciones internacionales contienen disposiciones que prohíben que los pueblos indígenas y tribales sean desalojados por la fuerza violentando así todos sus Derechos. (Glavis y Ramírez, 2013, Ps. 156).

En los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales internacionales, la Consulta previa ha sido definida como un deber del Estado de carácter constitucional, cuyo objetivo consiste en asegurar o habilitar una verdadera protección de los Derechos esenciales de los Pueblos Indígenas, que a su vez constituye una forma de garantizar la supervivencia de dichos Pueblos, sus culturas y cosmovisiones. Asimismo se resalta que la Consulta previa es una forma específica del Derecho a la Participación. Algunas decisiones, como las de Guatemala y Colombia, han señalado que la falta de regulación en los instrumentos internacionales pertinentes sobre el procedimiento para realizar los procesos de consulta previa implica que el Estado, en aplicación del principio de buena fe, debe diseñar un método o procedimiento que permita recoger fielmente las opiniones de los pueblos indígenas. Estas decisiones atienden entonces el mandato según el cual los procesos de consulta previa deben contar con un marco regulatorio adecuado. (Glavis y Ramírez, 2013, Ps.76) revisar cita

La defensoría del Pueblo del Ecuador, analiza este tema desde el punto de vista de la evolución del Derecho Internacional y señala que el Derecho de la Consulta involucra dos aspectos fundamentales:

1. La consulta previa, libre e informada, entendida como límite del poder público, contiene una obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

2. El proceso de diálogo, entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la aparición de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de las decisiones estatales (Carrión, 2012, p 25)

El objetivo principal de la Consulta previa consiste en dotar de legitimidad tanto al proceso de toma de decisiones como la actuación estatal relacionada con asuntos que involucran los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta legitimidad es esencial para la ejecución de los proyectos en condiciones que excluyan la conflictividad social y la violencia. Es por ello que en sintonía con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cortes o tribunales constitucionales han reiterado en el ámbito interno que la finalidad de la consulta previa consiste en llegar a un acuerdo u obtener un consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que el Estado pretende adoptar, antes de que éstos tomen una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas. (Glavis y Ramírez, 2013, Ps.89-90).

El mecanismo de Consulta debe ser específicamente y culturalmente apropiado y puede incluir la creación de grupos constitutivos de líderes indígenas que aconsejan en todas las etapas del proceso de programación o a través de consultas a nivel local.

El costo de los procesos participativos con los pueblos indígenas debe ser evaluado como parte del proceso de planificación y se deben asignar recursos adecuados, teniendo en cuenta las posibles diferencias entre los procesos comunitarios de toma de decisiones, los cuales pueden ser muy diferentes de la toma de decisiones de la sociedad en general basada en la representación, la delegación de poder y /o la decisión por mayoría.

Se recomienda que se hagan con anterioridad acuerdos entre todas las partes interesadas con respecto a quienes organizan y lideran tales procesos de consultas para evitar influencias indeseadas de los organizadores (Jahncke & Meza, 2010, P.57)

Los elementos de la consulta previa son:

- Que sea libre, esto implica que no haya coerción, intimidación ni manipulación.
- Debe ser un proceso previo esto quiere decir que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades extractivistas y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta y consenso con los pueblos indígenas.
- Debe ser informado, quiere decir que se suministre información que abarque, por lo menos los siguientes aspectos:

1. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad prepuesto .
2. Las razones o el objetivo del proyecto y/o actividad.
3. Duración del proyecto u actividad.
4. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental. Incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativamente en un contexto que respete el principio de precaución.
5. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto, incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas.
6. Procedimientos que puede entrañar el proyecto. (Jahncke & Meza, 2010. P.58).

Un claro ejemplo de la utilización de la Consulta previa libre e informada en las explotaciones petroleras, fue en septiembre del 2003 en los bloques 20 y 29, se aplicó el Decreto 3401 el cual se lo consideraba ilegítimo e inconstitucional. Estos Bloques están dentro de las provincias Napo y Pastaza, en donde la Universidad Politécnica Salesiana (UPS) fue contratada para hacer el proceso de consulta previa a una población de 64.3521 habitantes, de los cuales 32.000 eran de nacionalidad Kichwa. Se contrató a 30 líderes comunitarios como facilitadores del proceso de la Consulta, además de contactar a las organizaciones indígenas de segundo grado, el proceso de socialización de la información, se incluyó talleres a los presidentes de las comunidades y algunas asambleas. Al final del corto proceso de 60 días las comunidades entregaron a la UPS un acta final con los criterios.

Las organizaciones locales frente de Comunidades kishwas de Rukullact, Asociación Kallari, Ricancie, Recoka, y Archidona, hicieron público su pronunciamiento sobre la Consulta previa en los Bloques 20 y 29 en marzo del 2004.

Posteriormente se evaluaron todos los aspectos de la Consulta previa que se realizó en una investigación que fue realizada por Meghan Morris⁷, la misma que identificó los siguientes errores que se dieron dentro del proceso:

- Desconocimiento general sobre los efectos jurídicos de la Consulta previa y su naturaleza de Derecho humano. Algunos dirigentes manifestaron en las asambleas intercomunales que no supieron para qué fueron convocados o que no habían escuchado sobre la Consulta previa hasta que recibieron la convocatoria, donde tenían que presentar la decisión final de sus comunidades.

⁷ Cooperante del Proyecto Kayari y Consultora por el Centro de Derechos Económicos y Sociales

- Se realizó la Consulta previa en el corto tiempo de 60 días, para consultar a 90.000 personas, a pesar de que los facilitadores pidieron en su taller de capacitación más tiempo para poder informar a otros instructores, ya que no iban a poder cumplir con su trabajo por falta de tiempo, la sugerencia fue rechazada por el equipo de la UPS.
- La convocatoria a la consulta solo se realizó al 70% de las comunidades indígenas rurales, se excluyó a la población urbana, mestiza u otros terratenientes en los dos Bloques. Según la contabilidad final del proceso solamente contaron con los votos de 229 comunidades, el 60% del número total de comunidades indígenas rurales, excluyendo así al 40% de la población rural y la totalidad de la población urbana y mestiza de la zona.
- Los facilitadores no fueron debidamente capacitados recibieron información sobre temas técnicos en cursos de 6 días.
- Las autoridades encargadas de la realización de la Consulta lo tomaron como un mero proceso de socialización de la información más que de consulta, la cual genera efectos jurídicos importantes para el desempeño de los derechos de los pueblos indígenas.
- Dentro de este proceso también se observaron problemas con la información transmitida, no llegó a personas consultadas de una forma clara, ya que existió una minimización de riesgos, glorificación de beneficios y omisión de mucha información.
- El proceso de consulta fue conducido de manera que dio a entender que no había la aceptación de la actividad.
- Uno de los problemas más graves que se dio dentro de la Consulta previa fue que la decisión fue manipulada por algunos líderes indígenas que actuaron como facilitadores,

quienes dijeron a sus representados que no existía opción de negarse. Las voces de oposición a la Consulta previa fueron amenazadas y calladas o escondidas para crear ilusión de que las organizaciones, sus bases y la UPS estaban unidas para apoyar de la consulta.

A pesar de todos estos inconvenientes el proceso de Consulta previa en los Bloques 20 y 29 fue aprobado por el Secretario de Protección Ambiental y se archivó el proceso, el mismo que está en el expediente titulado “Procesó de consulta y participación de los pueblos indígenas y ciudadanía en general”. Las denuncias de las irregularidades en el proceso no fueron tomados en cuenta, ni siquiera analizadas por el texto de aprobación. (Izko,2004, 187-228).

Posterior a ello se da otro ejemplo pragmático de la violación del Derecho a la Consulta Previa, el cual llego al ámbito internacional, demandando al Estado Ecuatoriano por las violaciones cometidas. Se trata del caso emblemático de Sarayaku vs. Ecuador, que comenzó en 1996, en donde el Estado Ecuatoriano concesionó el Bloque 23, ubicado en la Provincia de Pastaza, a la Compañía General de Combustibles (CGC), para que realice la explotación petrolera de dicho campo. Este proceso afectaba a un 60% del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku. Esta concesión fue realizada sin que haya precedido por parte del Estado Ecuatoriano ningún proceso de información, consulta o pedido de consentimiento al Pueblo de Sarayaku para el desarrollo de actividades petroleras en el territorio de su propiedad. Desde 1996 Sarayaku ha venido expresando su rechazo al ingreso de la actividad petrolera en su territorio, fundamentado en los enormes impactos negativos que dicha actividad provoca en sus habitantes y en su territorio sagrado. Sin embargo, durante los últimos meses del 2002 y el primer trimestre del 2003, la CGC

ingresó reiteradamente al territorio de Sarayaku, sin autorización y contra la voluntad del legítimo propietario, para efectuar investigaciones sísmicas altamente destructivas⁸. Para intentar detener la campaña de sísmica Sarayaku debió declararse en emergencia por siete meses y movilizar a sus pobladores, a resguardar su territorio en los denominados Campos de Paz y Vida, donde se estaba produciendo la invasión armada de CGC y el ejército.

Según información oficial del Ministerio de Energía, existen 476 puntos dentro del territorio de Sarayaku y el territorio Achuar, en donde la empresa CGC colocó, cargas de entre 3 y 5 kgs. de pentolita, un explosivo de alto poder destructivo, sin conocimiento de los afectados, sin haberlos consultado antes y en contra de su voluntad. En total hay 1.433 Kgs. (casi tonelada y media) de explosivos sembrados a 12 metros de profundidad y una cantidad no determinada abandonada en la superficie de la selva de Sarayaku, en sus lugares de caza, en sitios donde niños y jóvenes transitan en busca del sustento.

A inicios de 2003, Sarayaku, acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitando su intervención urgente en salvaguardia de sus derechos violados durante la campaña sísmica de la empresa CGC. En mayo de ese año, la Comisión dictó Medidas Cautelares a favor de la vida e integridad de los miembros de la Comunidad y de su especial relación con su territorio. El Estado Ecuatoriano desoyó sistemáticamente dichas medidas. En los años siguientes, la Comisión y la Corte Interamericano de Derechos Humanos sentenciaron en varias ocasiones Medidas Cautelares a favor de Sarayaku.

⁸ Los métodos sísmicos son utilizados para medir velocidad de propagación de ondas en el suelo permitiendo caracterizar el subsuelo desde la superficie a centenas de metros. Las técnicas usadas para medir son: la sísmica de refracción, sísmica de reflexión, ruido sísmico u ondas superficiales. (<http://geofisicaexploraciones.com/metodos>)

Frente al incumplimiento de las Medidas Cautelares, la CIDH remitió este caso a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El 6 y 7 de julio del 2011 se realizó la audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. El 21 de abril del 2011, antes de dictar la sentencia, una delegación de la Corte IDH, acompañado por una delegación de la CIDH, realizó una histórica visita a Sarayaku para verificar los lugares donde ocurrieron los hechos de violaciones de Derechos Humanos.

Sarayaku, impulsó una demanda ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde el año 2003, y el 27 de junio de 2012. Luego de casi una década de litigio, la Corte IDH declaró, que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la Consulta previa, libre e informada, a la propiedad comunal indígena, a la identidad cultural y por la violación de los derechos a la garantías judiciales y a la protección judicial, además el Estado fue declarado responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal. La sentencia emitida dispone que los países firmantes de la Convención Americana, entre ellos Ecuador, deberán establecer procesos de Consulta previa, libre e informada ante cualquier proyecto que pudiera afectar el territorio de pueblos y comunidades indígenas u otros derechos esenciales para su supervivencia. La sentencia de la Corte IDH es vinculante para Ecuador y establece un precedente jurídico en la región. (Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos emitida el 27 de junio del 2012, obtenida de la página www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

Actualmente a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que la Consulta previa deba tener un carácter vinculante, pero en el Decreto ejecutivo 1247 se lo

toma a este proceso como un mecanismo de información, ya que no genera la posibilidad de que haya un dialogo entre el Pueblo Indígena y el Estado y por ende la única función que cumple la Consulta previa es informar de las decisiones ya tomadas sobre los proyectos que se van a realizar en sus tierras sin tomar en cuenta los efectos que esto trae para la comunidad (como la pérdida de su cultura, el desplazamiento de su tierras, la contaminación de las mismas, etc.) es por ello que como medio de limitación a dicho abuso, la Corte Interamericana ve al carácter vinculante como uno de los medios para erradicar estos abusos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, consideró que “el Derecho a la Identidad Cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser representado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”. Por lo que implica la obligación de los Estados de consultar debidamente a los pueblos indígenas sobre asuntos que incidan en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

La Jurisprudencia de países como Colombia y Perú señala la importancia de que los procesos de Consulta previa permitan preservar la identidad cultural, estas decisiones han precisado que las Consultas previas deben permitir identificar y establecer los rasgos y elementos culturales que distinguen a un determinado pueblo, que pueden ser afectados como un proyecto. La Consulta previa es entonces un instrumento que permite ponderar entre el proyecto y la identidad cultural del pueblo indígena, de manera que se asegure la subsistencia de los pueblos. (Glavis y Ramirez, 2013, Ps. 151-152).

3.3 ¿Cuál es el ente que debe realizar la Consulta previa?

La Constitución Ecuatoriana, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, establecen que el Estado es el sujeto consultante (legitimado para realizar la Consulta previa libre e informada), esta capacidad es indelegable a otras personas naturales o jurídicas. Este reconocimiento es importante pues históricamente las empresas extractivistas eran quienes se encargaban de realizar los procesos de consulta a la población, como una forma de legitimar sus actividades en los territorios; pero en estos procesos no se cumplían, incluyendo los principios de la consulta previa, libre e informada, ni siquiera de la consulta ambiental.

Al respecto, el relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas, manifestó en el 2009, que incluso cuando las empresas privadas, en la práctica, son quienes llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, debe ser el Estado el responsable de celebrar las consultas de manera adecuada. (Carrión, 2012, P. 27)

La consulta que el Estado realiza como sujeto legítimo consultante, a los sujetos consultados, debe realizarse a través de las instituciones propias y organizaciones representativas de acuerdo a mandato constitucional y a lo establecido en los instrumentos internacionales antes referidos. Es este sentido, el Estado no puede imponer un modelo de institución ni determinar de forma unilateral cuáles son las organizaciones por medio de las que se realizan la consulta de los pueblos, sino los propios pueblos pueden definir las instituciones representativas que gozaran de legitimidad para realizar la consulta, es por ello que ninguna de las dos partes puede poner de forma unilateral al sujeto consultante, sino que los dos de forma organizada lleguen a un acuerdo de quien va a ser el ente encargado de llevar a cabo este procedimiento. (OIT, 2009) (Carrión,2012, P 27)

Es importante resaltar que es el gobierno y no la empresa el responsable de llevar a cabo la consulta previa, porque él es quien debe velar por la protección y la garantía de todos los Derechos de los Pueblos Indígenas, como el de la Consulta Previa, pero también los Derechos a la Educación, a la Viviendo, Salud y a la Seguridad Alimentaria, entre otros. (DE JUSTICIA & ONIC, 2011, P. 33)

Dentro del Reglamento 1247, en el Artículo 6 se determina que “La Secretaría de Hidrocarburos, entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, como institución encargada de la administración de las áreas hidrocarburíferas del Estado Ecuatoriano y asignarlas para su exploración y explotación, será la autorizada de llevar a cabo los procesos de consulta previa descritos en el Reglamento. Para el efecto, la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables contarán con la Participación y respaldo del Ministerio del Ambiente y la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, como entidades coadyuvantes respecto a los temas ambientales, sociales y culturales, respectivamente.

3.4 ¿Cuál es el tiempo razonable para realizar la consulta previa?, ¿Quién lo determina?

Evitar el daño ambiental constituye uno de los fundamentales objetivos de toda política ambiental, pues las afectaciones al medio ambiente, como ya se ha dicho, muchas veces son irreparables, de ahí que las medidas que se adopten para evitarlas se encuentran guiadas por los principios que deben orientar la actividad estatal. (Montes de Oca, 160)

Se debe tratar de conseguir el consentimiento, libre, previo e informado con suficiente antelación al comienzo y autorización de las actividades, teniendo en cuenta el proceso de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, en las fases de: Evaluación, Planificación,

Aplicación (exploración y explotación), Vigencia, y cierre del proyecto. (Jahncke & Meza, 2010, p. 58).

En cuanto al tiempo para desarrollarse una Consulta previa, en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, Artículo 57, Numeral 7 que “ la Consulta previa libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los prejuicios sociales, culturales y ambientales que les cause”.

Dentro de la sentencia de Sarayaku, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 302 se determina que las violaciones de los derechos a la consulta previa y a la identidad cultural del pueblo Sarayaku ocurrieron por acciones y omisiones de diversos funcionarios e instituciones que no los garantizaron. El Estado debe implementar, en una plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en Derechos Humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas, como parte de la formación general y continua de los funcionarios en las respectivas instituciones, en todos los niveles jerárquicos.(Sentencia en el Caso Sarayaku vs. Ecuador emitida por la corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012,P. 89).

Dentro del reglamento 1247, se establece en el plazo para la realización de la consulta, el proceso de consulta previa hidrocarbúfera tendrá una duración no mayor a treinta días

calendario, contados a partir de la fecha de la última publicación de la Convocatoria, conforme el cronograma referencial presentado por el Facilitador Socio-Ambiental e informe del Supervisor previo al inicio del proceso. Durante este plazo deberán llevarse a cabo todos los eventos de difusión de información y recolección de criterios.

3.4 El resultado que arroja la Consulta previa es de carácter vinculante.

“El consentimiento está configurado como la finalidad de la Consulta previa y no como un derecho en sí mismo”.

(Galvis & Ramirez, 2013, P.229)

En la Constitución del Ecuador, en el Artículo 57, Numeral 7, se estipula que: “si no se obtuviere el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y a la Ley”, esto nos muestra claramente que el carácter vinculante que se debería tener en cuenta antes de realizar una explotación petrolera, dentro de las leyes Ecuatorianas no tiene ninguna vigencia. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Según las normas internacionales actuales (Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas) sostiene que el consentimiento está configurado como la finalidad de los procesos de Consulta previa y no como un derecho en sí mismo. La Jurisprudencia constitucional revisada va en el mismo sentido: sostener que el consentimiento, como regla general, es el fin al que debe estar orientada la Consulta y no un derecho autónomo de los pueblos. (Galvis & Ramirez, 2013, P. 207).

Sin perjuicio de lo anterior, las normas internacionales vigentes sobre los derechos de los pueblos indígenas permiten identificar algunas circunstancias donde la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es obligatoria, de manera

que constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas, estas circunstancias son las siguientes:

- Cuando el proyecto implique por la fuerza, el traslado de las tierras que ocupan o la reubicación de los pueblos indígenas.
- Cuando se pretenda el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios indígenas. (Glavis & Ramírez, 2013, P.208).

Por su parte los órganos que han interpretado las normas internacionales que regulan la materia han mencionado que el deber de consultar es insuficiente y por lo tanto se requiere obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en los siguientes casos:

- Cuando se trate de la ejecución de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que generen un impacto mayor en el territorio de un pueblo indígena.
- Cuando se trate de proyectos, especialmente de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas, que podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los respectivos pueblos. (Glavis & Ramírez, 2013, P.208).

Sobre la primera de las dos anteriores situaciones, la Corte Interamericana ha considerado que dependiendo del nivel de impacto de la actividad que se propone realizar en el territorio indígena, el Estado estará obligado a obtener el consentimiento previo, libre e informado. (Glavis & Ramírez, 2013, P.208).

En la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Saramaka vs. Surinam⁹ en el 2007, la Corte adoptó por primera vez un estándar que incluye la necesidad de lograr, en ciertas

⁹ El pueblo Maroon Saramaka es descendiente de esclavos africanos, que llegaron a Surinam durante la colonización. Durante un largo período, el Gobierno de Surinam permitieron la deforestación de vastos territorios, facilitando el acceso de empresas madereras y mineras, en

circunstancias el consentimiento de las comunidades afectadas. En esa sentencia, la Corte estableció; “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” , por lo que es el primera jurisprudencia, en donde se habla directamente sobre el carácter vinculante que debería tener la consulta previa, la cual debería ser adoptado por todos los Estados .(Rodríguez Morris, Orduz y Buriticá, 2010, P.78)

Por lo general, los estados han abogado por un entendimiento limitado del efecto de la Consulta previa, en el cual el deber de consultar se agota en la relación de un diálogo con las comunidades, cuyo resultado no vincula al Estado. (Rodríguez, Morris, Orduz y Buriticá, 2010,P. 80)

Tal como esta consagrada en la actualidad, la Consulta previa, no obstante las reclamaciones y solicitudes de los diferentes grupos étnicos del país, se mira como un proceso y no realmente como un derecho que necesita materializarse, de la cual depende la vida misma de los pueblos étnicos del país. Coincidiendo con la afirmando por Hinestroza, se requiere de un avance legislativo que haga vinculantes las decisiones que se adopten en

perjuicio de la población. Las autorizaciones para esos proyectos extractivos se otorgaron sin consulta previa, desconociendo la propiedad colectiva de los territorios. En el 2000 se ingresa una demanda por presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka. En el 2006 La Comisión IDH alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que ha violado el Derecho a la protección judicial al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad, y no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.(http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)

ejercicio de este derecho, de tal forma que los grupos étnicos puedan “participar con autonomía en las decisiones que los afectan, e incidir en ellas”, y en consecuencia, sean los que realmente decidan si se afecta un territorio o los recursos que son de su propiedad. No tiene razón de ser que sea la autoridad mediante un acto administrativo; o que el resultado de la Consulta obligue realmente a las autoridades. (OPIAC, 2008, PAG. 16)

La Consulta previa es un mecanismo a través del cual, de forma obligatoria con anterioridad se pregunta a la población respecto a la toma de decisiones sobre la realización de proyectos, obras y actividades relativas a la explotación de recursos naturales. Sin embargo, las conclusiones, los acuerdos o las decisiones tomadas en el marco de este mecanismo no tienen carácter vinculante, aunque deberán ser tomados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda. En este marco, la población involucrada en la consulta deberá participar de forma libre, previa e informada, teniendo en cuenta, a su vez, que en el caso de la participación de las naciones y los Pueblos Indígenas originarios, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios (KAS, PG. 28)

Si bien en muchos casos los procesos de consulta previa son realizados, incluso algunos de ellos con éxito, resulta previsible que en caso de posibilidad de elección, todo Gobierno preferiría no llevar a cabo ello, y por ende, implementar políticas públicas sin necesidad de consultar a otros actores sobre éstas, o finalmente, y ante la presión mediática o social, llevar la consulta, pero conociendo de antemano que los resultados no son vinculantes. (KAS, 2012. P 32).

Según las normas internacionales, específicamente dentro del Convenio 169 de la OIT, expresa que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los Pueblos

Indígenas interesados por medio de sus instituciones respectivas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” esto se da con el objetivo de que los Pueblos Indígenas no sean desplazados de sus tierras, obligados a cambiar su forma de organización y el desarrollo de su cultura sin que ellos hayan dado su autorización con anterioridad.

CAPÍTULO V

5.1 CONCLUSIONES

- La Plurinacionalidad es un tema clave para entender la importancia del otorgamiento de derechos por parte del Estado, una gama de derechos a todos los pueblos y nacionalidades que existen en nuestro país, sin embargo para que se dé una efectiva aplicación de este Derecho es indispensable mencionar que se debe implementar varios cambios significativos dentro de la organización del Estado, empezando por la creación de instituciones públicas en las que reflejen la representación de todos los grupos étnicos de nuestro país, los mismos que aplicarán los diferentes preceptos constitucionales y legales existentes en cada caso. Por otro lado, el gobierno debe tener una conciencia intercultural, para ello se necesita que se implemente políticas educativas en todas las instancias, en donde se refleje que el Ecuador, ha sido desde siempre un país plurinacional e intercultural. Como último es menester aplicar todas las formas de democracia, para que el Estado logre que haya una participación colectiva, respetando la diversidad de culturas.
- El Derecho de Autodeterminación se da con el fin de preservar las identidades culturales de cada Pueblo Indígena las mismas que son reflejadas en sus ordenamientos jurídicos, políticos y estructurales que se han desarrollado dentro de su espacio de convivencia sin que esto signifique una desmembración del Estado. Para ello es imperativo que el Estado impulse a que se respete la soberanía los Pueblos Indígenas sobre los recursos naturales de sus territorios, propiciar al arreglo pacífico de las controversias, generar una cooperación entre el Estado y los Pueblos Indígenas, y

principalmente fundamentar en un libre desarrollo económico, social y cultural que sea armónico al desarrollo del País.

- El Derecho de autodeterminación territorial de los pueblos indígenas intenta solucionar las tensiones que se dan en torno a la posesión y explotación de los recursos naturales que tienen dichos espacios. Para poder llegar a su objetivo es indispensable fortalecer la capacidad política, organizativa y financiera dentro del Estado para que pueda permitir una fluida coexistencia, haciendo que sea un trabajo conjunto entre estos dos actores. Por otro lado, debe haber una coordinación y comunicación permanente con relación a las estrategias y planes de desarrollo que serán aplicadas para que el país obtenga réditos monetarios sin violar ningún Derecho de dichos Pueblos Indígenas.
- La Constitución en el Ecuador, es la base fundamental para la aplicación del ordenamiento jurídico y la organización del Estado. Es por ello que la estructura de la misma debe tener una precisa relación con los preceptos internacionales, para que no haya abusos del Estado sobre los Derechos que poseen los Pueblos Indígenas. Siendo así, todo el aparato jurisdiccional debe acoger la norma Constitucional e interpretarla para maximizar las garantías que esta concede a los Pueblos Indígenas.
- El abuso que se ha visto frente a los Pueblos indígenas, crea una preocupación por parte de los Organismos Internacionales que de múltiples maneras han intentado normar, las conductas discriminatorias y abusivas en contra de estos grupos sociales. Sin embargo de todos estos avances, el Ecuador emite el Decreto 1247, en el que estipula la forma de realización de la Consulta previa, libre e informada dentro de los Pueblos indígenas, contraviniendo con lo estipulado dentro del Convenio 169 de la OIT, Declaración de Derechos humanos protectores de los Pueblos Indígenas y demás ordenamientos

internacionales que hablan sobre la elaboración de normativa que afecte a los Pueblos Indígenas, y la forma de regular a la Consulta previa.

- La Participación ciudadana por un lado es la clara expresión de la Democracia, y desde otro punto busca garantizar el reconocimiento de todos los Derechos que se les ha otorgado a las personas. Y para que esta participación se efectivice se han desarrollado varios métodos, pero a pesar de ello los diferentes intereses han manipulado este método para vulnerar ciertos Derechos para favorecer los intereses individuales. Es por ello que para optimizar estos métodos, es imperioso velar por que la calidad de los actos públicos y decisiones públicas, las mismas que deben ser realizadas con la debida transparencia y honorabilidad, se debe sancionar a todas las personas o grupos sociales que busquen desconocer de cualquier manera que en el Ecuador existe una diversidad cultural y étnica.
- La finalidad de la Consulta previa, libre e informada es que efectivice los Derechos que tienen los Pueblos Indígenas, que sea los que decidan sobre su vida y sus tierras, y que no sea el Estado quien decida como ellos deben actuar, ya que tienen Derechos que los respalda. En la historia del país se dieron algunos casos en donde se realizó la Consulta previa, de una forma inadecuada violando la esencia del procedimiento, como por ejemplo que no se informó de forma correcta a todas las personas de la comunidad, se realizó en un corto plazo, no fue de forma libre, e inclusive en ocasiones no fue de forma previa. Como resultado de ello el Estado ha sido penalizado por Organismos Internacionales, que solicitan que el Ecuador respete las normas internacionales que hablan sobre ello y simplemente los apliquen de una forma previa, libre e informada.

- Dentro de Ordenamientos Internacionales y la Constitución de la República del Ecuador y el Decreto 1247, establecen que el Estado es el único que puede realizar la consulta previa ya que le garantiza el respeto de los Derechos de los Pueblos Indígenas. También establece que el procedimiento debe ser realizado en un plazo razonable, la problemática se da que cuando hablamos de plazo razonable se entiende que es totalmente subjetivo, depende desde la posición en que se tome esta terminología. Es aquí donde las políticas Estatales deberían considerar la proporcionalidad de la información que debe ser transmitida, el desarrollo de la Consulta y el número de personas a quien se intenta llegar, para que así el proceso no sea viciado.
- En el Ecuador el carácter vinculante de la Consulta previa, todavía no se lo toma como opción por su trascendencia que puede causar en el ámbito político, económico y social, ya que los Pueblos Indígenas, han visto como las exportaciones petroleras han devastado a su población, a su cultura y su tierra, por lo que el rechazo a estas prácticas sería inminente y el país se quedaría sin recursos para explotar. Y aunque en ordenamientos internacionales habla sobre el consentimiento del Pueblos Indígenas debe ser respetado hasta la actualidad no se da.

5.2 RECOMENDACIONES

Posteriormente de haber desarrollado este trabajo y puntualizadas las debilidades que se dan en torno al tema de la Consulta previa, podría decir que se debe erradicar toda forma de discriminación social y legal, creando espacios en donde se socialice el reconocimiento de los Derechos colectivos, el Derecho a la Autodeterminación, y la Plurinacionalidad.

El Estado debe respetar todos los Ordenamientos Internacionales que protegen a los grupos vulnerables como son los Pueblos Indígenas, otorgando métodos de participación activa dentro de la vida política del País. Uno de dichos medios es la Consulta previa que debe ser realizada de una forma libre e informada, que el método sea transparente y adecuado a la forma de vida del Pueblo Indígena y que su consentimiento sea vinculante y determinante para que se realice o no el proyecto de extracción, por lo que para ello es indispensable anular el Decreto ejecutivo 1247.

5.2 REFERENCIAS

- Acosta, A. (Ed.). (2009). *Plurinacionalidad Democracia en la diversidad*. Quito, Ecuador. Editorial Abya-Yala.
- Asamblea Nacional. (2008). Acta 077-08-86. Quito, Ecuador.
- Ávila Santamaría, R. (Ed.). (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito, Ecuador, Imprenta V&M Gráficas.
- Anaya, J. (2008). *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos Humanos y libertades fundamentales de los Indígenas acerca del proceso de revisión constitucional*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/ObservacionesEcuadorSRIndigenous.pdf>.
- Avila, M. & Corredores, M. (Eds.). (2009). *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. Quito, Ecuador. V&M graficas.
- Ávila Ordoñez, M. (Ed.). (2009). *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva Comprensión y protección*. Quito, Ecuador. Imprenta: V&M Gráficas.
- Bermejo, R. (...) *Derecho de Autodeterminación de los pueblos a la luz del Derecho Internacional*. Recuperado en <http://www.wshrw.org/>.
- Borja, R. (2007). *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito, Ecuador, Editorial Ecuador F.B.T.Cia.Ltda.
- Caño, J. (...) *Nacionalismo, Autodeterminación e independencia*. Recopilado de www.gazteabertzaleak.org.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y Aplicación*. Quito, Ecuador, Fundación Konrad Adenauer.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y Aplicación*. Quito, Ecuador, Fundación Konrad Adenauer.
- Carrión, P. & Cárdenas, A. (2010). *Los Derechos de Acceso en el Ecuador y el derecho Consulta Previa, libre e informada*. Quito, Ecuador. CEDA.

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, (1989).
- Constitución de la Republica del Ecuador 1998.
- Cruz, J.A. (1998). Sobre el concepto de derechos colectivos. RIFP. 12. pp 95-115
- Carbonell,M. (...) *Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/94/5.pdf>
- CONFENIAE. Decreto Presidencial 1247. Recuperado de <http://www.ecuadorinformativo.net/2012/08/confeniae-se-pronuncia-ante-el-decreto.html>.
- Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia de Derecho humanos.(1993)
- Declaración y programa de acción de Durban, Conferencia Mundial contra el racismo y discriminación social (2001)
- Declaración de San José
- Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas
- Decreto 1247. Reglamento para la ejecución de la Consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de Áreas y bloques hidrocarburíferos (2012).
- Gallegos, C. & Caicedo,D. (Eds.). (2009). *Derechos Ancestrales justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ecuador. V&M gráficas
- De Sousa Santos, B. (Ed.). (2013). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador. Editorial Abya-Yala.
- De Sousa Santos, B.(2008). *Estados Plurinacionales y Constituyente*. Conferencia de Encuentro Internacional “Pueblos Indígenas, Estados Plurinacionales y Derecho al agua. Recuperado de <http://alainet.org/active/23957>
- Fontaine, G. (Ed.) (2003). *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador. 1. Las reglas de juego*. Quito, Ecuador. Flacso

- Fontaine, G. (Ed.) (2004). *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador. 2. Las apuestas*. Quito, Ecuador. Flacso.
- Grijalva Jiménez, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito, Ecuador, Imprenta: V&M Gráficas.
- Galvis, M & Ramírez, A. (2013). *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y propiedad comunitaria*. Washington D.C., Estados Unidos. DPLF.
- Grueso, L. (2008). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada*. Bogotá, Colombia. ONU
- INREDH (Ed.). (2009). *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito Ecuador, INREDH
- Jahncke, J. & Meza, R. (2011). *Derecho a la participación a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Lima, Perú. Frandraf.
- KAS. (2012). *El Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina* La Paz, Bolivia. Kas.
- Kloosterman, J. (1997). *Identidad indígena: “entre romanticismo y realidad”, Derecho a la autodeterminación y la tierra en el resguardo Muellamues en el suroeste de Colombia*. Quito- Ecuador. Abya-yala.
- Ley de Participación Ciudadana.

- Montes de Oca, B. (2010). *La consulta previa en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*. Quito, Ecuador, Cevallos.
- Ozden,M. (Ed). El Derecho de los Pueblos a la Autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los Derechos Humanos. CEITM.
- OPIAC, (Ed). (2008). *Análisis Jurídico de la propuesta de reforma al decreto 622/77 para la Reglamentación de la Consulta Previa*. Quito- Ecuador.
- OXFAM, (Ed.). (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima, Perú.
- Parrellada, A. (Ed.), (2009). *Derechos Colectivos de los pueblos y nacionalidades, evaluación de una década 1998-2008*. Quito, Ecuador: Iwgia.
- Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales
- RAMA. (Ed.). (2009). *La Consulta Previa con los pueblos indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito- Ecuador. Rama.
- Rojas, F. (Ed.). (2011). *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz, Bolivia. Garza Azul.
- Rodríguez, C, (Ed.). (2010). *Justicia Global 2. La consulta previa a pueblos indígenas. Estándares de Derecho Internacional*. Bogotá, Colombia, Unaides.
- Sentencia Corte IDH. Caso Sarayaku Vs Ecuador, (2012).
- Valdano, J. (Ed). (2005) *Identidad y formas de los ecuatoriano* .Eskeletra editorial. Quito-Ecuador.