

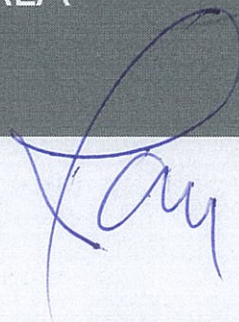
MCME-JU-R-02

VII
2014

Anuario de la
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ





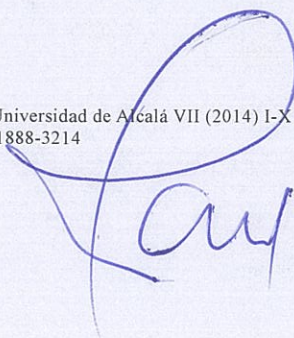
ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- Judicialización de la política y activismo judicial: ¿de qué estamos hablando?, por *Marco Feoli*..... 1-28
- Aproximación al sistema competencial municipal básico diseñado por la nueva ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Competencias propias *versus* competencias delegadas: el caso de las competencias de defensa de consumidores y usuarios, por *Agustín Gil Franco*..... 29-66
- El desistimiento unilateral: facultad del consumidor, por *María Rosario Martín Briceño* 67-92
- La integración jurídica y el *ius commune* americano como proyecto de utopía para la tradición jurídica occidental, por *Juan Pablo Pampillo Baliño*..... 93-140
- Garantías procesales del Estado de Derecho: la abolición de la tortura, por *Enrique Cesar Pérez-Luño Robledo* 141-156
- La proyección del Derecho a una buena administración en el Derecho Europeo de contratos públicos: hacia la “buena contratación”, por *Juan José Rastrollo Suárez* 157-180
- Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española, por *Ángeles Solanes Corella*..... 181-210
- El consumo del vino en el mundo, por *Gema Vallejo Pérez*..... 211-226

II. NOTAS

- La secesión catalana, entre la política y el derecho, por *Josep Maria Castellà Andreu*..... 227-240
- La nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información, por *Lorenzo Cotino Hueso* 241-256
- Regresiones legales en materia de derechos sociales y protección judicial, por *Juli Ponce Solé* 257-276
- Derechos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Avances alcanzados en la sentencia del Caso Sarayaku contra Ecuador, por *Mario Melo*..... 277-290



C

C

1111

**DERECHOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS. AVANCES ALCANZADOS EN LA SENTENCIA
DEL CASO SARAYAKU CONTRA ECUADOR**

**INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-
AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ADVANCES ACHIEVED IN THE CASE
OF THE KICHWA COMMUNITY SARAYAKU V. ECUADOR**

MARIO MELO¹

Centro de Derechos Humanos
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Resumen: En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Este caso, uno de los más importantes en la jurisprudencia interamericana sobre derechos indígenas, se refirió a los impactos de la actividad petrolera en el territorio, la vida y la identidad cultural de un pueblo indígena de la Amazonía ecuatoriana. Al sentenciarlo, la Corte avanzó en la definición de algunos estándares importantes respecto a cómo debe ser cumplido el derecho a la consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas.

Palabras clave: Pueblos indígenas, consulta previa, identidad cultural, derechos colectivos.

Abstract: In 2012, the Inter-American Court of Human Rights settled the Case of Kichwa Community of Sarayaku v. Ecuador. This lawsuit, one of the most important human rights process in the Inter-American System, point out the repercussions that oil activities produce in the territory, life and cultural identity produced in the Ecuadorian Amazon Region. With this sentence, The Inter-American Court set up great advances in the protection of Human Rights defining important statues for the right application of a free and prior Consultation and consent of the Indigenous People.

Keywords: Indigenous ommunities, Prior Consultation, Cultural Identity, Colective Rights.

SUMARIO: 1. RESPECTO A LA CONDICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS. 2. RESPECTO AL DERECHO A LA CONSULTA. 2.1 La obligación de cosultar es un principio general de Derecho internacional. 2.2. La consulta previa y el derecho a la cultura propia o identidad cultural. 2.3 Los estándares para la realización de la consultas a los pueblos indígenas. 3. MÁS ALLÁ DE LA SENTENCIA.

¹ Abogado del Pueblo Kichwa de Sarayaku ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor y Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.



La sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 25 de junio de 2012 en el caso Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku v. Ecuador², hizo algunos aportes trascendentes para los pueblos indígenas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es importante analizar.

1. RESPECTO A LA CONDICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS

Para empezar, fue en esta sentencia cuando, por primera vez dentro de la ya amplia jurisprudencia interamericana sobre la materia, la Corte reconoció que los pueblos indígenas, como colectivos, son titulares de derechos humanos y que esa titularidad y esos derechos son distintos a los de los individuos que los componen.

Así, cuando en anteriores oportunidades la Corte ha fallado casos referentes a comunidades y pueblos indígenas y tribales, lo ha hecho declarando violaciones a los derechos de los miembros o integrantes de dichas comunidades y pueblos³. En la sentencia del Caso Sarayaku, en cambio, la Corte Interamericana, establece que las consideraciones de derecho que realiza, deberán entenderse desde una perspectiva colectiva. (Párrafo 231, Sentencia Caso Sarayaku) y por tanto declara la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la violación de derechos humanos “en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku”. (Párrafo 341, Sentencia Caso Sarayaku). De manera consecuente, en lo referente a las reparaciones, la Corte consideró parte lesionada en los términos del Artículo 63.1 de la Convención Americana⁴, al Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku que sufrió las violaciones, por lo que lo considera beneficiario de las reparaciones que ordena. (Párrafo 284, Sentencia Caso Sarayaku)

Recordemos que la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los indígenas “como pueblos o como personas” tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Art. 1). Por su parte, el Convenio 169 de la OIT establece que sus disposiciones se aplican a *los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su*

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Sarayaku v. Ecuador. 27 de junio de 2012. Párrafo 231.

³ Caso Awas Tigni v. Nicaragua, Caso Moiwana v. Surinam, Caso Yakye Axa v. Paraguay, Caso Sawhoyamaya v. Paraguay; Caso Saramaka v. Surinam; Caso Xkamok Kasek v. Paraguay.

⁴ Artículo 63.

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Art 1, numeral 1, letra a). También se aplican a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (Art. 1, numeral 1, letra b).

En 2007, al fallar el Caso Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió un pueblo tribal *como un pueblo que no es indígena a la región (que habita) pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones*⁵, e hizo uso del Convenio 169 para interpretar la Convención Americana en lo referente al derecho a la propiedad territorial de los Saramakas, pueblo afrodescendiente (maroon) de la selvas de Surinam, aunque en esa oportunidad, como en las anteriores en las que trató violaciones de derechos de los pueblos o comunidades indígenas y tribales, no llegó a definir con claridad que la víctima de las violaciones de derechos declaradas por esa sentencia era el pueblo Saramaka, como colectivo, sino que consideró víctimas a sus miembros.

La diferencia es trascendental desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista de la ciencia política, puesto que en la sentencia del Caso Sarayaku, el más alto Tribunal de Justicia de las Américas, al considerar a dicho pueblo indígena como sujeto de derechos humanos, reconoció que todos los pueblos indígenas americanos son titulares de una dignidad colectiva distinta a la de sus miembros, y que requieren de una especial protección a través del reconocimiento y ejercicio de derechos colectivos. Al hacerlo, sienta un precedente muy importante, especialmente para los pueblos indígenas de aquellos países que aún no son estados parte del Convenio 169 de la OIT ni han reconocidos a los pueblos indígenas como sujetos de derecho en sus constituciones nacionales.

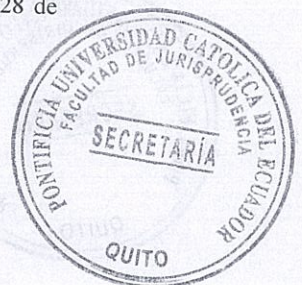
2. RESPECTO AL DERECHO A LA CONSULTA

Sin lugar a dudas, el aspecto en el que la sentencia del Caso Sarayaku hace mayores aportes es la consulta previa a los pueblos indígenas.

2.1. La obligación de consultar es un principio general de Derecho internacional

A partir de la constatación de que diversos estados miembros de la OEA, a través de su legislación interna y de la jurisprudencia de sus altos tribunales han

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Saramaka v. Suriname. 28 de noviembre de 2007. Párrafo 79.



reconocido la importancia de las consultas y de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas; de que en varios países de la región que son estados parte del Convenio 169 de la OIT, los tribunales de justicia han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa previstas en dicho instrumento y que incluso tribunales de estados que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT, dentro y fuera de la región americana, se han referido a la necesidad de realizar consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales sobre decisiones que afecten directamente sus derechos y sus territorios, la Corte Interamericana concluye que la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general de Derecho Internacional. (Párrafo 164, Sentencia Caso Sarayaku).

Definir la obligación de consultar como un principio general de Derecho Internacional tiene una enorme importancia desde el punto de vista jurídico. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala a los *principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*, entre las fuentes del Derecho Internacional en base a las cuales la Corte Internacional de Justicia resuelve las controversias sometidas a su conocimiento. En otras palabras, los estados tienen el deber de realizar consultas a los pueblos indígenas, exista o no una norma legal nacional o internacional que así le obligue.

Este señalamiento zanja la discusión respecto a que si los estados que no son parte del Convenio 169 de la OIT, de la Convención Americana de Derechos Humanos, o que no contemplan dicha obligación en su legislación interna, están jurídicamente obligados a realizar consultas previas a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones que les afecten. También la discusión planteada por el Estado ecuatoriano en el litigio del Caso Sarayaku, respecto a que si los estados estaban obligados a realizar consultas previas antes de que el Convenio 169 entrara en vigor para ellos o se haya incorporado ese deber en su legislación nacional.

En ambos casos la respuesta es sí. Como ha dicho la Corte, el deber de consultar no dimana exclusivamente de una fuente legal nacional a o internacional, sino de un principio general de Derecho, que como ya dijimos, constituye fuente formal de Derecho Internacional.

2.2. La consulta previa y el derecho a la cultura propia o identidad cultural

Si bien en anteriores casos la Corte ya señaló que el desconocimiento del territorio ancestral de las comunidades indígenas podría afectar otros derechos básicos como el de la identidad cultural⁶, la sentencia del Caso Sarayaku hace importantes desarrollos respecto al derecho a la identidad cultural.

Así, en la sentencia que estamos comentando, la Corte concibe al derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de

⁶ Ver Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay.



las comunidades indígenas, lo cual implica que los Estados tienen la obligación de garantizar que los pueblos indígenas sean debidamente consultados sobre asuntos que incidan o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. (Párrafo 217, Sentencia Caso Sarayaku) Más aún, para la Corte, *el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas*. (Párrafo 213, Sentencia Caso Sarayaku).

La Corte Interamericana dice que el derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas está cimentado, entre otros, en el respecto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural y añade que esos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática (párrafo 159, Sentencia Sarayaku).

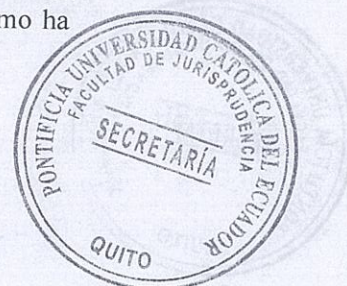
Los hechos probados durante el litigio del caso, como la destrucción del árbol sagrado "Lispungo" por parte de trabajadores de la empresa petrolera que ingresaron al territorio de Sarayaku, la colocación y estallido de explosivos para realizar la exploración sísmica dentro del territorio ancestral del pueblo, la imposibilidad de realizar la fiesta tradicional de Sarayaku por varios años debido a los acontecimientos materia del caso, produjeron *profundas afectaciones a las relaciones sociales y espirituales que los integrantes de la comunidad pueden tener con los diferentes elementos de la naturaleza que los rodea cuando son destruidos o menoscabados*. (Párrafo 219, Sentencia Caso Sarayaku). Por tanto la Corte consideró que la falta de consulta afectó la identidad cultural del Pueblo de Sarayaku, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir. (Párrafo 220, Sentencia Caso Sarayaku).

2.3. Los estándares para la realización de las consultas a los pueblos indígenas

La Corte hace algunos importantes aportes respecto a los estándares de derechos humanos que se deberán observar al momento de realizar las consultas a los pueblos y comunidades indígenas:

2.3.1 Las consultas deberán realizarse mediante procesos especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad... (Párrafo 165, Sentencia Sarayaku)

La Corte ratifica, por una parte, el principio general establecido en el Artículo 6 del Convenio 169 y en el Artículo 9 de la Declaración de Naciones Unidas, respecto a que los estados deberán hacer consultas a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas y legislativas que los afecten. Como ha



señalado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos y libertades de los indígenas. James Anaya, el deber de celebrar consultas a los pueblos indígenas es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a dichos pueblos *en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad*.⁷

Por otro lado, la Corte resalta que la modalidad que se vaya a adoptar para realizar las consultas, debe responder a los patrones tradicionales de cada pueblo para la toma de decisiones importantes. La reglamentación de los procesos de consulta a los pueblos indígenas debe ser flexible para incorporar las particularidades de cada pueblo. El formato de la consulta tiene que ser previamente acordado entre el Estado consultante y los sujetos consultados. La imposición de modalidades distintas a las propias de los pueblos da paso a que la voluntad del consultado pueda resultar viciada por intimidación o manipulación. (Ibis, 2013).

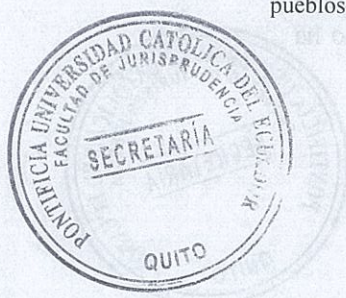
Al respecto la Corte señaló que: *... el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades*. (Párrafo 301, Sentencia Caso Sarayaku).

Como lo hemos señalado en trabajos anteriores⁸, a menudo las decisiones de los pueblos indígenas son tomadas en asambleas con participación amplia e igualdad de sus miembros. En otras ocasiones las decisiones importantes son, por motivos culturales, reservadas o órganos especializados como los Consejos de Sabios. En ocasiones las decisiones son precedidas de ritos o ceremonias imprescindibles para su validez y legitimidad. Obligar, mediante reglas impuestas desde fuera, a que las decisiones se adopten mediante consultas realizadas con formatos rígidos y extraños a la cultura de los consultados, limita las posibilidades de que un eventual consentimiento otorgado en esas condiciones, cumpla con el requisito de ser libre. A esto se refiere el Convenio 169 cuando señala que las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse *mediante procedimientos adecuados*. (Art. 6, numeral 2).

2.3.2. Es necesario aclarar que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizados (Párrafo 179, Sentencia Caso Sarayaku)

⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya. 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34

⁸ Ver: IBIS Dinamarca (2013) Directrices para la aplicación de derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas. La Paz. Disponible en <http://www.slideshare.net/weberbol/directrices-para-la-aplicacion-del-consentimiento-libre-previo-eh-informado-de-los-pueblos-indigenas>.



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Mario Melo', written over a faint circular stamp.

La Corte establece una inversión de la carga de la prueba a favor de los pueblos indígenas, cuando determina que corresponde al Estado demostrar el efectivo cumplimiento de todas las dimensiones del derecho a la consulta.

2.3.3. ... la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. (Párrafo 186, Sentencia Caso Sarayaku)

El Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas destaca que las consultas deben entablarse con buena fe y de forma adecuada al contexto, lo que requiere que se celebren en un clima de confianza mutua y transparencia.⁹ Por su parte, el Foro Permanente de Naciones Unidas para las cuestiones indígenas ha dicho, refiriéndose a las consultas a los pueblos indígenas que *Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa.*

Es evidente que las maniobras divisorias de las organizaciones indígenas, la compra de líderes y otros mecanismos oscuros utilizados para arrancar un sí a las comunidades consultadas, son incompatibles con la necesidad de generar un ambiente de confianza entre consultantes y consultados que aparece como un factor clave para la construcción del consentimiento. Ese ambiente solo es posible en la medida de que se cultive el respeto mutuo fundado en el reconocimiento del carácter de sujetos de derechos que tienen los pueblos indígenas.

La característica de buena fe, tiene que ver, también con la efectividad de la consulta para lograr un resultado en el proceso de formación de la decisión consultada. En ese sentido, la consulta es de buena fe si su objetivo final es lograr el consentimiento de los consultados. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que *Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.* (Art. 19). El artículo 6, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT dice 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.*

⁹ MECANISMO DE EXPERTOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making. 2011. A/HRC/18/42; página 19; párrafo 9.



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Luis', written over the bottom of the page.

El pleno cumplimiento del objetivo de las consultas a los pueblos indígenas se refleja en el consentimiento de los consultados. Por lo tanto, si se obtiene el consentimiento de los consultados, se habrá cumplido el objetivo de las consultas. Si, por lo contrario, no se llega a dicho consentimiento, las consultas habrán sido fallidas, trucas e ineficaces. (Ibis, 2013).

La efectividad de la consulta también se observa si es realizada de manera oportuna, antes de que la decisión que se consulta se haya tomado, desde el inicio de la planificación del proyecto de que se trate y durante todas sus etapas. Si la decisión ya está tomada, las concesiones entregadas, los contratos firmados, la consulta es evidentemente ineficaz y por tanto no es realizada de buena fe.

Para explicar este punto en algunos talleres posteriores a la publicación de la sentencia, he usado la siguiente analogía: “supongamos que el organizador del taller nos consulta a todos los participantes si queremos cenar pollo o pescado. Luego de deliberar y discutir por un rato entre nosotros sobre los pros y contras de una y otra opción, unánimemente nos pronunciamos por el pescado. El organizador, sin embargo, nos dice que nuestra decisión no importa porque él ya tenía contratado pollo. Entonces, naturalmente, los participantes le diríamos molestos: si ya lo tenía decidido, ¿para qué nos pregunta? Esa no es una consulta sino una tomadura de pelo”.

En ese sentido la Corte dijo: *El Tribunal recuerda en este sentido que los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza. Además, conforme a los estándares internacionales aplicables, en tales supuestos el Estado debe garantizar efectivamente que el plan o proyecto que involucre o pueda potencialmente afectar el territorio ancestral, implique la realización previa de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas.* (Párrafo 300, Sentencia Caso Sarayaku).

2.3.4. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. (Párrafo 187, Sentencia Caso Sarayaku)

Como señalan los instrumentos internacionales de la materia, los Estados son los titulares de los deberes de respeto, garantía y tutela de los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Consecuentemente corresponde a los Estados realizar las consultas a los pueblos indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas (*Los Estados celebrarán consultas...*) y en el Artículo 6, numeral 1 del



A handwritten signature in blue ink, appearing to be "Fau", written over a faint circular stamp.

Convenio 169 de la OIT (*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados...*).

La inconveniencia de que ese deber sea delegado a entidades privadas, peor aún si son las empresas interesadas en el proyecto que se consulta, es evidente. Recientes estudios, refiriéndose a la situación colombiana han afirmado que *pese a los intereses compartidos entre el inversor y el Estado, al momento de emprender un proyecto de exploración de recursos naturales no renovables, el Estado relega en los intereses particulares de actores privados transnacionales buena parte de sus obligaciones. En esa medida, existe un rol pasivo del Estado, traducido en una desarticulación entre lo asumido por este bajo la Convención de la OIT y la Constitución y lo ocurrido en la práctica, lo cual supone la presencia de una institucionalidad poco garante de los derechos de los indígenas, que para ellos es un desamparo institucional.*¹⁰ Esta situación, observable en otros países, constituye uno de los mayores obstáculos para el pleno cumplimiento del deber estatal de consultar a los pueblos indígenas. (Ibis, 2013).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana reiteró que *la búsqueda de un "entendimiento" con el Pueblo Sarayaku llevado a cabo por la misma empresa CGC, no puede ser entendida como una consulta de buena fe en la diligencia de visita medida que no consistió en un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo.* (Párrafo 200, Sentencia Caso Sarayaku).

2.3.5. ... el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku por parte del Estado, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado la creación de una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros. (Párrafo 248)

La inobservancia del deber de consultar, constituyendo en sí misma una violación de derechos humanos, provoca, además, la violación de otros derechos conexos e indivisibles. Así, como se ha señalado antes, la falta de consulta llevó a la vulneración del derecho a la identidad cultural del Pueblo de Sarayaku.

La Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que el derecho a la consulta previa está vinculado con el derecho a la propiedad comunal, garantizado por el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso Saramaka v Surinam¹¹, la Corte Interamericana consideró que la entrega por parte del Estado, de concesiones para actividades extractivas

¹⁰ Castillo, Yadira. El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con los indígenas. La experiencia de Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. Barranquilla, 2012.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Saramaka v. Suriname. 28 de noviembre de 2007.



dentro de territorios indígenas o tribales, constituyó una restricción al derecho de propiedad privada comunitaria de dichos pueblos. Reconoció, no obstante, que el derecho a la propiedad comunitaria de un pueblo sobre su territorio, puede ser restringidos en la medida de que dicha restricción *no implique una denegación de su vida como pueblo tribal*. Para asegurar aquello, el Estado deberá garantizar al pueblo cuya propiedad se restringe: a) participación efectiva *de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro del territorio*; b) que los miembros del pueblo afectado se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; c) que no se emita ninguna concesión dentro del territorio del pueblo afectado *a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental*.¹²

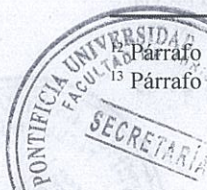
La Corte sostiene en el Caso Sarayaku, que la restricción del derecho a la propiedad territorial derivada de la ausencia de consulta llegó a poner en peligro, no solo la vida como pueblo, analizada a la luz de las violaciones al derecho a la identidad cultural descritas en la sentencia, sino incluso del derecho a la vida e integridad personal de sus miembros.

La gravedad del impacto sobre los derechos producida por la actividad petrolera al sembrar, a espaldas y sin el consentimiento de los propietarios y habitantes ancestrales de los territorios afectados, de una importante cantidad de explosivos de alto poder para realizar la exploración sísmica, y luego abandonarlos sencillamente ahí, demuestra un alto grado de desprecio por la dignidad colectiva del pueblo indígena y por la dignidad humana de sus miembros. Más todavía, dicha operación implicó una manifestación evidente de desprecio y atentado contra la dignidad de la Madre Tierra cuyos derechos reconoce la Constitución del Ecuador desde 2008.

Por ello, el estándar establecido en el Caso Saramaka respecto a que *cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones*.¹³, es plenamente aplicable en la situación de Sarayaku. En ese sentido, la Corte ordenó como garantía de no repetición, *que en el eventual caso que se pretenda realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares*

¹² Párrafo 129. Caso Saramaka v. Surinam.

¹³ Párrafo 134. Caso Saramaka v. Surinam.



internacionales aplicables a la materia. (Párrafo 299, Sentencia Caso Sarayaku). Consecuentemente, al disponer que las consultas se realicen de conformidad con los estándares internacionales, la sentencia del Caso Sarayaku remite al estándar de la sentencia de Saramaka respecto al consentimiento.

Como se puede observar, estos estándares sobre consulta, siendo importantes, son concordantes con los establecidos por importantes instrumentos internacionales de *soft law* como los pronunciamientos del Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, del Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas, del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y la propia Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que, al desarrollarlos en su sentencia, los ha convertido en precedentes obligatorios (*hard law*) para los países parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual es intérprete auténtica y fuente de derecho internacional.

3. MÁS ALLÁ DE LA SENTENCIA

La sentencia del Caso Sarayaku marca un nuevo hito en el desarrollo de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano y su influencia en los debates sobre extractivismo se deja sentir a nivel global. Sin embargo, a un año de pronunciada la sentencia es momento para ensayar algunas reflexiones en torno a los derroteros por los que se dirigen los debates sobre los derechos indígenas.

La primera reflexión que surge es una advertencia respecto al peligro de reducir el debate respecto a los territorios indígenas y las políticas extractivas a la cuestión de la consulta-consentimiento.

No debería perderse de vista que, aún cuando la Corte Interamericana vincula la consulta con el ejercicio de la propiedad colectiva sobre los territorios, la complejidad de los hechos vinculados con el caso Sarayaku y de los derechos que resultaron violados muestra claramente que el derecho a la propiedad es un continente estrecho para una problemática tan amplia.

Más aún cuando en los últimos años han surgido dos constituciones en la región americana, la ecuatoriana y la boliviana, que proclaman sus estados como plurinacionales, el foco de la discusión debería ir más allá, hacia la dicotomía colonialismo vs. libre determinación de los pueblos.

Entregar una concesión para actividades extractivas o de infraestructura de alto impacto a espaldas y/o contra la voluntad de los propietarios ancestrales de los territorios afectados es, sin duda, un acto colonial, impropio de una democracia e inconcebible en un estado plurinacional. Cuando esto sucede, el remedio jurídico que propone la línea jurisprudencial Saramaka-Sarayaku es la consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado como mecanismo de participación que prevenga que la restricción del derecho a la propiedad territorial de los afectados les impida el ejercicio de su vida como pueblos.



Ese es un enfoque todavía limitado. Supone que con realizar un buen proceso de consulta para, eventualmente, obtener el consentimiento, lo que por cierto sigue sin suceder en la generalidad de los países de la región, el derecho a la propiedad queda tutelado y el estado puede proceder con políticas y proyectos de impactos catastróficos en los territorios indígenas.

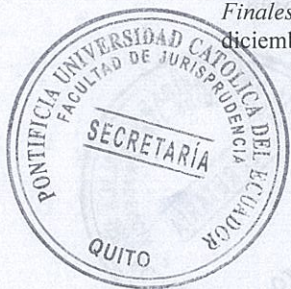
El Caso Sarayaku es claro al mostrar los límites de ese enfoque. La destrucción del hábitat de lo sagrado; de la selva viva Kausak Sacha, que produjo la muerte o desaparición de la mitad de los amos espirituales del bosque, como señaló el *yachag* Sabino Gualinga en su testimonio ante la Corte; la siembra de pentolita en una gran extensión del territorio y su abandono como una trampa mortal para la vida humana y la Madre Tierra; la división y conflicto motivado por la empresa petrolera con sus hermanos y vecinos; la militarización; los atentados y la violencia; la ausencia de tutela judicial efectiva, no son, ni de lejos, producto de la falta de consulta al pueblo de Sarayaku. La causa va mucho más allá: es un modelo colonial de ejercicio del poder público.

Bajo la misma perspectiva y solo para señalar dos de los casos más emblemáticos de la región, ni la problemática de los pueblos indígenas afectados por la carretera que atravesará el TIPNIS en Bolivia ni la de los pueblos cuyos territorios serán inundados por la represa Belo Monte en Brasil se reduce a la consulta. Va más allá y toca su derecho a ser y vivir como pueblos diversos, con sus propias culturas, en sus territorios.

Los pueblos indígenas son sujetos de derechos, como lo ha reconocido la Corte. Son sujetos, al igual que todos los pueblos del mundo, del derecho fundamental a la libre determinación¹⁴ que, de conformidad con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, conlleva la facultad de decidir su presente y su futuro y la de autonomía y autogobierno dentro de su territorio (Arts. 3 y 4). Como se ve, los instrumentos internacionales ponen la discusión en otro plano.

Los pueblos indígenas deben seguir exigiendo ser consultados y que se obtenga su consentimiento antes de cualquier decisión que afecte sus territorios y sus culturas, claro que sí. Y para eso la sentencia del Caso Sarayaku es una herramienta formidable. Pero no deberían dejarse conducir a una discusión que

¹⁴ Ver artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), (Artículo 1, numeral 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural). El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo de expertos independientes que supervisa el cumplimiento del PIDESC, ha interpretado como aplicable a los pueblos indígenas. (ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003). (Ibis, 2013).



A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Mario Melo', written over a faint circular stamp.

se limita a la consulta y el consentimiento cuando lo que está en juego es la libre determinación. Deberían exigir el pleno ejercicio de su facultad de decidir su futuro y autogobernarse en su territorio.

La relación entre consultante y consultado es, de todos modos, una relación vertical entre un estado que tiene el poder de imponer y una comunidad que tiene el poder de consentir o resistir.

El ejercicio de la libre determinación conlleva mirar la interlocución entre los pueblos indígenas y los estados de una manera mucho más horizontal y respetuosa, que será viable en la medida de que los temas de discusión no sean simplemente dinero por destrucción.

Más aún, en el caso de los estados plurinacionales, el cambio de enfoque es un imperativo constitucional y conlleva la discusión de una nueva manera de entender la democracia, la soberanía y el pacto social.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso Sarayaku v. Ecuador. 27 de junio de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso Saramaka v. Suriname. 28 de noviembre de 2007.

ANAYA, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34.

IBIS Dinamarca, Directrices para la aplicación de derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas. La Paz. 2013. Disponible en <http://www.slideshare.net/weberbol/directrices-para-la-aplicacion-del-consentimiento-libre-previo-eh-informado-de-los-pueblos-indigenas>.

CASTILLO, Y., El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con los indígenas. La experiencia de Colombia. Revista de Derecho. Universidad del Norte. Barranquilla, 2012.

RUIZ-CHIRIBOGA, O., "Sentencia en caso Sarayaku vs. Ecuador", Corte IDH Blog, 30 de julio de 2012, <http://corteidhblog.blogspot.com/2012/07/sentencia-en-caso-sarayaku-vs-ecuador.html>

MECANISMO DE EXPERTOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Final report of the study on indigenous peoples and the right to participate in decision-making. 2011. A/HRC/18/42.

