



San José, 16 de febrero de 2017

Honorable

Roberto F. Caldas

Presidente

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José

E.S.D.

Asunto: Amicus curiae para el seguimiento del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.

1. Presentación de las organizaciones firmantes.

EarthRights Internacional¹ (ERI) es una organización no gubernamental sin fines de lucro que combina el poder de la ley y los pueblos en defensa de los derechos humanos y el medioambiente, definidos como “derechos de la tierra”. Nos especializamos en la investigación de hechos y acciones legales contra quienes violan estos derechos, capacitamos a líderes indígenas y promovemos campañas de incidencia pública. Mediante estas estrategias ERI busca promover y proteger los derechos humanos y el medio ambiente, terminar con el abuso a los derechos de la tierra y aportar soluciones reales para personas reales en las comunidades donde trabajamos.

El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia² es un centro de estudios jurídicos y sociales localizado en Bogotá dedicado al fortalecimiento del Estado de Derecho y a la promoción de los derechos humanos en Colombia y en el Sur Global. Somos un centro de investigación y acción que produce estudios rigurosos para promover el cambio social, así como campañas, litigios y programas educativos y de formación.

La Fundación para el Debido Proceso³ (DPLF por sus siglas en inglés) es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales.

2. Introducción

2.1. La obligación de implementar las decisiones judiciales de manera integral

De conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”), las sentencias de la Corte Interamericana de

¹ Para conocer más del trabajo de EarthRights Internacional visite: <https://www.earthrights.org>

² Para conocer más del trabajo de Dejusticia visite: www.dejusticia.org

³ Para conocer más del trabajo de DPLF visite: <http://www.dplf.org>

Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH”) son definitivas e inapelables. El artículo 68.2 del mencionado ratifica el carácter vinculante de los pronunciamientos de la Corte IDH, al señalar que las medidas compensatorias "podrá[n] ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". En palabras del ilustre Juez Ferrer Mac-Gregor,

(...) en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término, la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que "podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente"⁴.

Desde su temprana jurisprudencia, la Corte IDH ha señalado que, si bien la Convención Americana no contiene una disposición específica que regule la emisión de resoluciones sobre el incumplimiento de sentencias, dicha potestad es inherente al efecto útil del cual debe gozar las decisiones del tribunal interamericano. En el Caso Baena Ricardo vs. Panamá, por ejemplo, la Corte subrayó que:

la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones⁵.

En sus resoluciones de supervisión al cumplimiento de sentencias, la Corte Interamericana ha manifestado que:

[...] la obligación de cumplir lo dispuesto en [sus] decisiones corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado [la] Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida⁶.

A la luz del principio fundacional del Derecho Internacional – *pacta sunt servanda* – la sentencia de un tribunal supranacional vincula no solo al Poder Ejecutivo, sino a todo el aparato estatal. De esta forma, la emisión de decretos incompatibles con la sentencia en el Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku pone en situación de desacato a todo el Estado ecuatoriano. Por otro lado, impone a los Poderes Legislativo y Judicial el deber de actuar en el marco de sus competencias, con el

⁴ Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, sentencia de fondo de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

⁵ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 73.

⁶ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2009, considerando cuarto.

fin de dejar sin validez aquellos decretos incompatibles con las obligaciones internacionales asumidas por Ecuador.

Aún sobre la obligación del Estado ecuatoriano de dar el debido cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en el Caso Sarayaku, es importante subrayar lo dispuesto en el artículo 25.2.c) de la Convención Americana. Según dicha norma, la protección judicial requiere el inmediato cumplimiento de toda decisión emanada de una autoridad judicial competente. En palabras de la Corte, “[l]a efectividad de las sentencias depende de su ejecución”⁷. La Corte reiteró dicha posición en el Caso Furlán vs. Argentina⁸, en el que señaló que la efectividad de las sentencias dependerá de que su ejecución se realice de manera completa, perfecta, integral y sin demora⁹.

Al interpretar el artículo 25.2.c) de la Convención Americana, el máximo Tribunal Interamericano ha invocado la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos y aseverado que “el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes”¹⁰.

2.2 Situación de los pueblos indígenas ecuatorianos y las violaciones continuadas generadas por la industria extractiva

La sentencia de fondo y reparaciones dictada en el caso Sarayaku, representó no solo el reconocimiento de derechos de este pueblo indígena, sino de todos los pueblos indígenas en las Américas cuando se ven afectados por la extracción intensiva de recursos naturales, específicamente por actividades de exploración y explotación de petróleo.

En las últimas décadas en América Latina la proliferación de actividades extractivas se ha convertido en escenario propicio para violaciones de derechos humanos, en particular para los pueblos indígenas, quienes sufren de manera individual y colectiva violaciones a sus derechos que terminan poniendo en riesgo su supervivencia física y espiritual. En Ecuador este escenario ha sido particularmente grave, pues durante los últimos años ha habido un aumento considerable de concesiones de proyectos extractivos en territorios de pueblos indígenas. A este escenario se suma la represión del Estado ante las acciones de protesta y movilización social que se dan en contra de este tipo de proyectos.

En 2008, Ecuador adoptó una nueva Constitución que fue ampliamente elogiada por su carácter progresista, particularmente en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Además de reconocer los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras

⁷ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 217; y *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 73.

⁸ Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 209, Cfr. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, párr. 104, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia*, párr. 82, y *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 72.

⁹ Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 347 Cfr. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, párr. 105, citando T.E.D.H., *Mathews Vs. Francia*, (No. 62740/01), Sentencia de 31 de marzo de 2005, párr. 58. *Cocchiarella Vs. Italia*, (No. 64886/01), G.C., Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 89, y *Caso Gaglione y otros Vs. Italia*, (No. 45867/07 y otros), Sentencia de 21 de diciembre de 2010. Final, 20 de junio de 2011, párr. 34.

¹⁰Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 219, en el que se hace referencia a CEDH, 20 de julio de 2000; *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC], no. 22774/93, para. 63, EHCR, 1999-V; y *Hornsby v. Greece* judgment of 19 March 1997, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, para. 40.

ancestrales y de consulta previa, la constitución reconoce el principio del *sumak kawsay*, concepto indígena que denota vivir en armonía entre sí y el medio ambiente. A su vez, el artículo 250 declara expresamente que, debido a que la Amazonía es “necesaria para el equilibrio ambiental del planeta”, cualquier planificación y desarrollo en esta zona tomaría en consideración este principio y aseguraría la conservación y protección del ecosistema de la región.¹¹ Sin embargo, esto no se ha traducido en reconocimiento efectivo de derechos, entre ellos el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Con la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso Sarayaku, Ecuador tuvo la oportunidad de hacer realidad el nuevo texto constitucional y regular el mecanismo de la consulta previa. Sin embargo, pasados más de 4 años después de la sentencia, el Estado aún no ha cumplido con esta obligación.

En Ecuador, los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales continúan siendo realizados de manera inconsulta y sin haber obtenido el pleno y libre consentimiento de las poblaciones afectadas. Tal situación es particularmente grave, pues en los últimos años se han establecido un número importante de proyectos de explotación de recursos naturales, entre ellos de explotación de oro en territorio Shuar y de cobre en territorio de comunidades de Junín, además de la explotación de petróleo en territorio de los pueblos Shuar, Sarayaku y de los pueblos aislados Tagaeri y Taromenane¹².

En 2013 el gobierno anunció que comenzaría la exploración de petróleo en el Parque Nacional Yasuni. La exploración, iniciada en 2016, presenta un grave riesgo para los Tagaeri y los Taromenane que viven en aislamiento voluntario en el bloque Ishpingo Tambococha Tiputini (ITT), tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana¹³. Esta acción es también una violación directa al art. 57, párr. 21 de la Constitución ecuatoriana, que prohíbe la extracción en los territorios de pueblos aislados y declara que las violaciones de los derechos de estos grupos constituyen etnocidio.

Las actividades extractivas generan impactos ambientales, sociales y culturales sobre los pueblos y comunidades en los que tienen lugar. Sobre este fenómeno, la Comisión Interamericana ha señalado que los pueblos indígenas sufren afectaciones “en la salud, alteración en las relaciones comunitarias, la calidad de vida, migraciones, desplazamiento de comunidades, cambios en patrones tradicionales de economía, entre otros”. A su vez, ha indicado que

los impactos en las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales son particularmente profundos. Ello en tanto se trata de colectividades que basan su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra. La CIDH observa que las mujeres, las niñas y los niños y los adultos mayores presentan impactos más severos y diferenciados, dada su situación de riesgo a violaciones de sus derechos humanos¹⁴.

El ecólogo uruguayo y miembro del Centro Latino Americano de Ecología Social (CLAES), Eduardo Gudynas, ha señalado que “los efectos sociales y ambientales de los extractivismos son

¹¹ Constitución de la República del Ecuador art. 250.

¹² Informe sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Oxfam y el Debido proceso legal.

¹³ CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 262. Esta acción es también una violación directa al artículo 57 párr. 21 de la Constitución ecuatoriana, que prohíbe la extracción en los territorios de pueblos aislados y declara que las violaciones de los derechos de estos grupos constituyen etnocidio. Constitución de la República del Ecuador art.57, párr. 21

¹⁴ Ibid. Informe CIDH. Párr. 18

demoledores. Por ejemplo, la megaminería a cielo abierto, con esas enormes canteras donde se extraen millones de toneladas por año, son, en un sentido riguroso, amputaciones ecológicas. No queda nada allí; la destrucción ecológica es total. La explotación petrolera en Ecuador, Perú o Bolivia, ha dejado vastas áreas con todas sus aguas contaminadas”¹⁵.

Por otra parte, la práctica del gobierno ecuatoriano de otorgar concesiones extractivas en los territorios indígenas se ha encontrado con una resistencia generalizada. En agosto de 2015, por ejemplo, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) se unió a los sindicatos y movilizó a los activistas indígenas en un paro nacional con miles de participantes. El Estado respondió con violencia y detenciones¹⁶, además de la criminalización de la protesta y movilización social, afectando especialmente a las mujeres y lideresas defensoras de los derechos humanos y la tierra¹⁷.

SSiguiendo ese mismo patrón, en 2013 el gobierno ecuatoriano cerró la Fundación Pachamama, alegando sin fundamento que la organización amenazaba la seguridad del Estado al incitar a manifestaciones violentas en oposición a las concesiones extractivas¹⁸. Del mismo modo, en diciembre pasado, el gobierno intentó sin éxito disolver la organización ecologista Acción Ecológica, haciendo afirmaciones infundadas que señalaban que la organización incitaba al “desorden público” en sus llamadas a protestas solidarias con el pueblo Shuar, quienes se oponen a la aprobación del Estado de la explotación de oro en su territorio. Las acciones represivas e inconstitucionales del Estado recibieron condena internacional, incluso de las Naciones Unidas¹⁹.

2.3. Implementación de la decisión a favor del pueblo Sarayaku

Han pasado más de cuatro años desde que este Tribunal ordenó al Estado ecuatoriano, como medidas de no repetición, la realización de consultas con la comunidad de Sarayaku de manera previa, adecuada y efectiva, “y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.”; y la adopción de “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.”²⁰ Asimismo, la Corte ordenó al Estado que al momento de adoptar cualquier

¹⁵ http://www.cadtm.org/spip.php?page=imprimer&id_article=13477. Entrevista Eduardo Gudynas 16 de mayo de 2016. Consecuencias del extractivismo en América Latina.

¹⁶ Aljazeera, Shuar tribe face government in Amazon mining protests (29 diciembre 2016). Disponible en inglés: <http://www.aljazeera.com/indepth/features/2016/12/shuar-tribe-face-military-amazon-mining-protests-161228112853484.html>.

¹⁷ Earthrights International y Acción Ecológica, Informe sobre Situación de defensoras y defensores de derechos humanos de pueblos indígenas y del ambiente en Ecuador, presentado durante Audiencia- 156º periodo ordinario de sesiones (8 octubre 2015). Disponible en: https://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/informe_sobre_defensoras_y_defensores_de_pueblos_indigenas_en_ecuador_eri_y_ae.pdf.

¹⁸ Human Rights Watch, Ecuador: Clausuran a organización de derechos ambientales e indígenas (6 diciembre 2013). Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2013/12/06/ecuador-clausuran-organizacion-de-derechos-ambientales-e-indigenas>

¹⁹ Naciones Unidas Derechos Humanos - Oficina del Alto Comisionado, UN experts condemn string of Ecuador clampdowns on human rights organizations (30 diciembre 2016). Disponible en inglés: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?LangID=E&NewsID=21065>

²⁰ Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 341

tipo de medida tendiente a regular el derecho a la consulta previa, debía asegurar la participación de las comunidades²¹.

Hasta la fecha, ninguna de las medidas de no repetición han sido cumplidas por el Estado ecuatoriano, pese a haber avanzado en el cumplimiento de otras medidas de reparación²². Es importante que la Corte valore el avance de las medidas ya cumplidas, pero debe ejercer un control especial respecto de aquellas que han sido incumplidas²³. Preocupa que en este caso sean abiertamente desacatadas justamente aquellas medidas que tienen por objeto evitar que hechos como los denunciados en el caso Sarayaku vuelvan a ocurrir.

El Estado ecuatoriano socava y desconoce la decisión de esta Corte y su obligación de adecuar el ordenamiento interno a fin de garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada con dos acciones graves que además son contrarias el principio de no regresión de los derechos humanos. La primera es la reciente aprobación inconsulta de tres nuevas concesiones petroleras que afectan a más del 91% del territorio Sarayaku²⁴. La segunda es la expedición del Decreto al que hemos hecho referencia, porque no fue consultado con las comunidades, tal como lo ordenó la Corte, sino que reduce y desconoce los estándares internacionales sobre la materia.

El incumplimiento de las sentencias por parte de los Estados no sólo pone en peligro a las víctimas que el sistema interamericano busca proteger, sino también al propio sistema. Como señaló el ex juez Cançado Trindade, la Corte es un tribunal internacional que debe hacer cumplir en su totalidad las sentencias, pues la implementación parcial no es aceptable. En opinión del ex juez Cançado Trindade, el incumplimiento de una orden de este Tribunal constituye una violación *adicional* y separada de la Convención Americana.²⁵

3. Sobre la situación del Decreto 1247 de 2012 con relación a otras medidas que se han tomado en el territorio

3.1. El decreto ecuatoriano frente a las demás medidas administrativas y legislativas creadas en la Región.

²¹ Ibid

²² Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de junio de 2016.

²³ Principios de Reparación de la ONU, supra nota 95. Principio 23. El concepto de “garantías de no repetición”. Cfr. BERISTAIN, CARLOS MARTÍN. (2009). Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. p. 373. Según Beristain este tipo de medidas tienen que ver con el tipo de violaciones y sus elementos causales. En general, se refieren a un conjunto de medidas que van desde los cambios legislativos, la implementación de procedimientos administrativos, los cambios institucionales, la puesta en marcha de mecanismos de control o la formación de funcionarios en el campo de los derechos humanos o protocolos internacionales. Requieren, por tanto, cambios estructurales o de forma en el funcionamiento del Estado e implican, la mayoría de las veces, a los poderes ejecutivo, judicial o legislativo.

²⁴ CEJIL, Desacato del Estado ecuatoriano en sentencia del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku (2 diciembre 2016), <https://www.cejil.org/es/desacato-del-estado-ecuatoriano-sentencia-del-pueblo-originario-kichwa-sarayaku>.

²⁵ Bailliet, C. M. (2013). Measuring compliance with the Inter-American Court of Human Rights: The ongoing challenge of judicial independence in Latin America. *Nordic Journal of Human Rights*, 31(4), 479 (citando Antonio Augusto Cançado Trindade, El Ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Belo Horizonte 2011) 37.

La promulgación del Decreto 1247 de 2012 se inscribe en una trayectoria regional de creación de medidas nacionales que buscan reglamentar el derecho a la consulta previa, libre e informada (en adelante CPLI) de los pueblos indígenas y comunidades tribales en toda la Región. América Latina no es sólo el lugar del mundo en el que más países han ratificado el Convenio 169 de la OIT sino también el espacio en el que más Estados han creado medidas nacionales que buscan reglamentar las formas de implementación del Convenio. Hasta la fecha las regulaciones más fuertes se han creado en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú²⁶.

No obstante, todas estas medidas comparten dos características: las medidas se han creado violando el derecho a la CPLI y todas reducen los estándares consagrados en el derecho internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. De esta forma, los Estados de la región han malentendido las obligaciones internacionales que se han establecido para garantizar este derecho fundamental. Particularmente las medidas tienen puntos de conexión en lo que se refiere a los tiempos en los que se deben hacer los procesos de consulta, las medidas que deben ser consultadas y las formas en las que se tramitan las oposiciones de las comunidades a los planes que pretenden implementar los gobiernos o los actores privados.

En Colombia, principalmente, el derecho a la CPLI se ha regulado por medio de decretos²⁷ presidenciales que han disminuido la protección a la participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. La violación de los derechos de estos pueblos ha sido presentada por diferentes organismos nacionales e internacionales como la Corte Constitucional²⁸ y el Comité de Expertos de la OIT²⁹. No obstante, a pesar de las críticas que se han hecho por parte de estos actores y los mismos pueblos, las normas se encuentran vigentes. Actualmente, en medio de un debate nacional³⁰, el gobierno de Juan Manuel Santos pretende tramitar una norma nueva sobre este derecho que está siendo debatida con los pueblos y organizaciones nacionales³¹.

Por su parte, Perú es el país que ha construido una política pública de implementación más grande en toda la región. Después de la discusión sobre los incidentes de violencia conocidos como “el Baguazo”³² y la crisis social que se vivió entre el gobierno de Alán García y los pueblos indígenas, la respuesta del Estado fue promulgar una serie de normas³³ que regulaban el derecho a la CPLI. No obstante, aunque la Ley se presentó como la primera implementación integral del Convenio 169 de la OIT en el mundo, el Reglamento que se le siguió disminuye una serie de derechos de los pueblos indígenas. El caso más representativo de este debate fue la regulación sobre quién es considerado como un pueblo protegido por el Convenio 169. Como los demás países de la región, Perú aumentó

²⁶ Para conocer con detalle la historia de la promulgación de las medidas ver: <http://americasquarterly.org/content/contested-lands-contested-laws>

²⁷ Para más información ver: Decreto 1320 de 1998, la Directiva Presidencial 10 de 2013 y el Decreto 2163 de 2013.

²⁸ Para conocer la posición de la Corte Constitucional de Colombia, ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>

²⁹ Para conocer la posición del Comité de Expertos de la OIT, ver: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es

³⁰ Para conocer parte del debate sobre el proyecto de regulación del derecho a la CPLI en Colombia, ver: Además, ver: <http://lasillavacia.com/historia/asi-quiere-el-gobierno-que-sea-la-consulta-previa-58693>

³¹ Para más información ver: Posición de la Mesa Permanente de Concertación (<http://www.onic.org.co/comunicados-onic/1553-una-declaracion-de-muerte-en-tiempos-de-paz-propuesta-de-reglamentacion-del-derecho-fundamental-a-la-consulta-y-al-consentimiento-previo-libre-e-informado>).

³² Para conocer más sobre el Baguazo, ver: <http://www.consultaprevia.org/#!/regional/2>

³³ Las normas que fueron promulgadas fueron: Ley 29785, el Reglamento de la Ley N° 29785 y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

los requisitos para ser considerado como titulares de los derechos consagrados en el mencionado tratado, excluyendo a varias comunidades andinas. Aunque el proceso legal sobre esta disputa aún se encuentra en curso³⁴, la exclusión ha generado que varias comunidades hayan tenido más barreras para acceder a la protección dispuesta en el Convenio 169.

En Chile, el proceso de promulgación del Decreto 66 de 2013³⁵ se presentó desde el discurso del gobierno como un espacio incluyente de debate. Esta posición fue constantemente disputada por la posición de varios líderes y organizaciones indígenas que se oponían a la idea de la reglamentación de la consulta. Aunque al final del proceso el gobierno argumentó que gran parte de la discusión fue pública, la expedición violó el derecho a la CPLI de los pueblos al excluir de la norma elementos fundamentales del mismo y no contar con el consentimiento de los pueblos. Esto llevó a que algunas comunidades mapuche interpusieran una denuncia³⁶ ante la OIT. Al final, este organismo internacional se pronunció sobre la norma³⁷ y le solicitó al Estado información sobre la aplicación de la medida.

Por tanto, la decisión de Ecuador de expedir el Decreto 1247 de 2012 se enmarca en una tendencia regional de creación de normas nacionales en las se restringen los derechos de los pueblos indígenas y se menoscaban los estándares internacionales aplicables. En ese sentido, el análisis que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación ecuatoriana es una gran oportunidad para dar recomendaciones clara sobre cuáles deben ser los elementos que deben tener en cuenta los Estados al implementar el Convenio 169 de la OIT y los demás instrumentos jurídicos complementarios.

3.2. Algunos efectos creados por la implementación del decreto

Uno de los puntos más preocupantes de la implementación del Decreto 1320 en Ecuador han sido las denuncias de organizaciones sociales y pueblos indígenas de la vulneración de su derecho a al CPLI. Al ser, una norma que va en contra del derecho internacional – como lo presentaron los abogados de las víctimas en la audiencia de seguimiento a la sentencia de la CIDH- la puesta en marcha del Decreto ha generado muchas denuncias en Ecuador.

Mencionamos, por su importancia, las denuncias que se generaron en el marco de la XI Ronda Petrolera³⁸. En ese caso, se insistió en que el Decreto excluyó la obligación de realizar los procesos de consulta para las medidas legislativas. Con esta exclusión, se les negó el derecho a los pueblos indígenas que se les consultaran las leyes que los afectan.

A su vez, al realizar los procesos de consulta, las organizaciones indígenas denunciaron que los procesos de consulta se entendían como audiencias de socialización de información en las que el propósito de llegar un acuerdo y alcanzar el consentimiento se encontraba excluido. Las violaciones que se han creado en las normas ya están teniendo efectos concretos no sólo en el caso del Pueblo Sarayaku sino también a otras comunidades indígenas ecuatorianas. Por tanto, una decisión de la Corte sobre el Decreto generará efectos positivos sobre todos los procesos de consulta que se hagan por extracción de petróleo en Ecuador.

³⁴ Para conocer la posición de algunas internacionales sobre la violación de los derechos de las comunidades, ver: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1900>

³⁵ Para conocer la norma, ver: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1059961>

³⁶ Para conocer parte del debate jurídico sobre el Decreto 66, ver: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.564.pdf

³⁷ Para conocer la respuesta de la OIT, ver: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_462774.pdf

³⁸ Para conocer más sobre este debate, ver: <http://amazonwatch.org/assets/files/2013-07-consulta-previa-en-la-11a-ronda.pdf>

4. Conclusión: la necesidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie sobre la situación del Decreto 1247

Las medidas expedidas por el gobierno ecuatoriano representan un gran retroceso en materia de derechos humanos y reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas. Como se explicó anteriormente, el Decreto 1247 trata de regular el derecho a la CPLI pero lo hace de una manera restrictiva y contraria a las normas y estándares internacionales, incluyendo las expresadas por esta honorable Corte.

La aprobación de este tipo de normas es una clara violación del principio de no regresión y por lo tanto requiere una cuidadosa evaluación por parte de este Tribunal, pues se relaciona directamente con la orden emitida en la sentencia de fondo y reparaciones del caso. Como ya observó esta Corte, los Estados tienen el deber condicionado de no regresividad, de modo que las medidas internas que restrinjan el ejercicio de un derecho serán sometidas a un escrutinio estrecho³⁹. Como concluyó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] (...)”⁴⁰ Asimismo, la Comisión ha observado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso.”⁴¹ Ahora bien, en este caso no hay ninguna justificación ni razonamiento mínimamente fundado que permita avalar la aprobación y aplicación de normas de este tipo.

El artículo 424 de la Carta Política de Ecuador confiere a los tratados internacionales de derechos humanos la misma jerarquía de las normas constitucionales, por lo que el *corpus iuris* interamericano tiene rango normativo superior al de las leyes y decretos en situación de antinomia. De esta forma, el Decreto 1247 viola tanto el derecho internacional como nacional. En primer lugar, varias de sus disposiciones están en franca contradicción con el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. En segundo lugar, el decreto es inconventional, pues su emisión no fue

³⁹ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103.

⁴⁰ *Ibid* (citando Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8). Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas; y f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.”

⁴¹ Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

antecedida de una consulta previa, libre e informada al Pueblo Kichwa de Sarayaku, ni a ningún otro pueblo indígena y sus organizaciones representativas en Ecuador.

En un informe publicado en julio de 2015, Oxfam y la Fundación para el Debido Proceso examinaron los principales desafíos para la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en seis países de América Latina: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú⁴². Dicho informe subraya que cada uno de los seis países estudiados posee procesos distintos de implementación del derecho a la consulta. Por ello, no es posible proponer una fórmula única o incluso más correcta, aplicable a las distintas realidades institucionales de los países y socioculturales de los diferentes pueblos indígenas de la región. Sin embargo, como un marco general de análisis, el informe identifica dos pautas mínimas que pudieran ser aplicables a diferentes realidades.

La primera es reconocer que la ausencia de legislación específica de ningún modo libra al Estado del cumplimiento de una obligación internacional. En la misma línea, una pauta imprescindible es la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico interno de los países los estándares internacionales en su conjunto, entendiéndose por ello el Convenio 169 de la OIT, las Declaraciones de la ONU y de la OEA sobre Pueblos Indígenas y los pronunciamientos de los órganos supranacionales de derechos humanos sobre la materia. La segunda es la obligación de consultar la implementación normativa del derecho a la consulta con los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas, incluso si será a través de una ley general, decreto o de otros mecanismos. En ninguna de las experiencias examinadas en el referido informe de Oxfam y DPLF están ausentes cuestionamientos de esta naturaleza, ya sea por la ausencia total de procesos de consulta en la aprobación de leyes o decretos, ya sea por objeciones a la legitimidad del ente decisorio, asimetrías de representación en el proceso, entre otros. Igualmente, debe tenerse en cuenta que, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, la adecuación de los ordenamientos internos a las obligaciones internacionales no solo implica el deber positivo de adoptar leyes, sino el de derogar las disposiciones incompatibles con los estándares supranacionales y abstenerse de adoptar normas contrarias a los mismos.

Un punto a tener en cuenta es que la promulgación de una ley, decreto o reglamento no es la única forma de dotar de eficacia el derecho fundamental a la consulta y al consentimiento. Por ser autoejecutable, dicho derecho no requiere de medidas legislativas o administrativas para que sea de obligatorio cumplimiento. Lejos de sugerir un control concentrado de convencionalidad frente a normas ajenas a la sentencia objeto de seguimiento, consideramos que la inconventionalidad del Decreto 1247 es precisamente uno de los elementos que obstaculizan el cumplimiento de la sentencia en Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku.

En vista de lo anterior, es fundamental que la Corte se pronuncie en el sentido de que la adopción del Decreto 1247 no fue consultada con el Pueblo Sarayaku y que su contenido transgrede lo establecido en la sentencia objeto de seguimiento y la jurisprudencia interamericana aplicable al derecho a la consulta previa y a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Atentamente,

⁴² Véase DPLF & Oxfam, *Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en América Latina – avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, julio de 2015, disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

Juliana Bravo Valencia
Coordinadora del Programa Amazonía
EarthRights International

Upasana Khatri
Abogada Programa Amazonía.
EarthRights International

Daniel Cerqueira
Director de Programa
Fundación para el Debido Proceso.

César Rodríguez Garavito
Director
Dejusticia.