



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“ANÁLISIS DEL CASO DEL PUEBLO INDÍGENA KICHWA SARAYAKU VS
ECUADOR: SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA”

TRABAJO DE GRADUACION PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

AUTOR: IVAN AUGUSTO NAVAS ITURRALDE

DIRECTOR: DR. SANTIAGO JARA REYES

CUENCA, ECUADOR

2015

DEDICATORIA.

Este trabajo es dedicado a mi hermana, gracias a quien conocí el mundo del Derecho; a mi madre, gracias a quien tengo la fuerza para seguir siempre adelante y a mi extrañado padre, gracias a quien soy como soy.

AGRADECIMIENTOS.

A mi familia quienes siempre han estado pendientes de mí y me han brindado su cariño incondicional, a mis profesores y compañeros quienes contribuyeron a mi formación y fueron parte de una experiencia muy grata en las aulas de la Universidad del Azuay.

Un especial agradecimiento al Dr. Santiago Jara Reyes, quien no solo me dirigió en este trabajo, sino aportó a mi formación académica y humana.

INDICE DE CONTENIDOS.

DEDICATORIA.	ii
AGRADECIMIENTOS.	iii
INDICE DE CONTENIDOS.	iv
RESUMEN.	x
ABSTRACT.	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN.	xi
CAPITULO I:	3
DERECHO AMBIENTAL: EVOLUCIÓN EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL.	3
1.1 Principales Conceptos de Derecho Ambiental.	3
1.1.1 El Medio Ambiente.....	3
1.1.2 La Conceptualización de Derecho Ambiental	4
1.2 Fuentes.	6
1.2.1 Fuentes Internacionales.....	7
1.2.1.1 Tratados Internacionales.....	7
1.2.1.2 Derecho Comunitario, Resoluciones y Sentencias Internacionales.	9
1.2.1.3 Costumbre Internacional	9
1.2.2 Fuentes Nacionales.	11
1.2.2.1 La Constitución.	11
1.2.2.2 La Ley propiamente Ambiental.	13
1.2.2.3 Legislación conexas: Derecho Penal, Civil.....	13
1.2.2.4 Disposiciones de la Administración Pública.	13
1.3 Principios del Derecho Ambiental.	14
1.3.1 Principio de Prevención o Conservación.	14

1.3.2 Principio de Precaución, Precautorio o Precautelatorio.....	14
1.3.3 Principio de Responsabilidad.....	16
1.3.4 Principio de "Quien Contamina Paga".....	18
1.3.5 Principio de Información.	19
1.3.6 Principio de Participación.....	19
1.3.7 Principio de Sustentabilidad.	20
1.3.8 Principio de Regulación Jurídica Integral.....	21
1.3.9 Principio de Cooperación Internacional.	22
1.4 Objeto y Ámbito de Aplicación del Derecho Ambiental.	23
1.5 Historia del Derecho Ambiental Internacional.....	25
1.6 Historia Derecho Ambiental Ecuador.....	29
CAPITULO II:	31
NORMATIVA INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL VIGENTE, LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS.....	31
2.1 Convenios, Tratados y Resoluciones Internaciones sobre Derecho Ambiental.	31
2.1.1 Instrumentos Internacionales de Derecho Ambiental de carácter global.....	32
2.1.1.1 La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano y la Declaración de Estocolmo sobre Entorno Humano.....	33
2.1.1.2 La Carta de la Naturaleza.	34
2.1.1.3 Informe Brundtland.	35
2.1.1.4 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) y los instrumentos internacionales provenientes de esta.....	36
2.1.1.4.1 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.	37
2.1.1.4.2 El Programa o Agenda 21.	38
2.1.1.4.3 La Declaración sobre Bosques o la Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la	

ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.	39
2.1.1.4.4 La Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica.	40
2.1.1.4.5 La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático.	40
2.1.1.5 Protocolo de Kioto.....	41
2.1.1.6 La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo), su Declaración Política y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible.	43
2.1.1.6.1 La Declaración Política:.....	43
2.1.1.6.1 Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible:.....	44
2.1.1.7 La cumbre de Copenhague (Dinamarca) y el Acuerdo de Copenhague.....	44
2.1.1.8 Acuerdo sobre la Responsabilidad Civil de los Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos.	45
2.1.1.9 Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos.	45
2.1.2 Instrumentos Internacionales sobre la Amazonía.	46
2.1.2.1 Declaración de Nairobi:.....	46
2.1.2.2 La Declaración de Río de Janeiro sobre principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo:.....	47
2.1.2.3 El Tratado de Cooperación Amazónica:.....	47
2.1.2.4 El Convenio sobre los pueblos indígenas en países independientes (el Convenio de la Organización Mundial de Trabajo (OIT 169).....	48
2.1.2.5 Convención sobre el comercio de especies en peligro (CITES):	49
2.1.3 Sentencias de la Corte Internacional de Justicia.	49

2.1.4	Tratados ratificados por Ecuador sobre el transporte de Petróleo.	50
2.1.5	El papel de los Organismos Regionales.....	51
2.2	Contenido de la Constitución de la República de Ecuador.	52
2.3	Análisis de la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos.	59
2.4	Legitimación en Materia Ambiental.	63
2.5	Reparación en el Derecho Ambiental.....	66
CAPÍTULO III:.....		70
LA RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y FRENTE AL DERECHO A LA CONSULTA EN ECUADOR.....		70
3.1	El Derecho Ambiental y los Derechos Humanos.....	70
3.2	El Derecho a la Consulta y su relación con el Derecho Ambiental.	76
3.2.1	El Derecho a la Consulta desde la Constitución Ecuatoriana.	80
3.2.2	El Derecho a la Consulta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ...	85
3.2.2.2	Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	87
3.2.2	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.....	90
3.3	Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	93
3.3.1	Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Sentencia de 31 de agosto de 2001).	94
3.3.2	Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (Sentencia de 15 de junio de 2005).....	96
3.3.3	Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005).....	99
3.3.4	Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Sentencia de 29 de marzo de 2006).	102
3.3.5	Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Sentencia del 28 de noviembre de 2007).....	105

3.3.6 Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Sentencia de 24 de agosto de 2010).....	107
3.3.7 Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Sentencia del 4 de septiembre del 2012).....	111
CAPITULO IV.....	117
ANÁLISIS DEL CASO DEL PUEBLO KICHWA SARAYAKU VS. ECUADOR.	117
4.1 El Proceso en el Sistema Interamericano.	117
4.2 Antecedentes del caso del Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador.	119
4.3 La Denuncia ante la Corte interamericana de Derechos Humanos.	124
4.4 Informe del Estado.	128
4.5 Informe de Admisibilidad.	130
4.5.1 Agotamiento de recursos de jurisdicción interna.	132
4.5.2 Excepciones establecidas en el Art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos.	136
4.6 Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano y aplicadas en el caso Sarayaku.....	139
4.6.1 Medidas Cautelares en el caso Sarayaku.	140
4.6.2 Medidas Provisionales en el caso Sarayaku.	141
4.6.3 Diferencias entre medidas cautelares y provisionales.	143
4.6.3.1 En cuanto a la fuente.	144
4.6.3.2 En cuanto al órgano competente.....	147
4.6.3.3 En cuanto a su naturaleza.	148
4.6.4 Obligatoriedad del cumplimiento de las medidas cautelares.....	151
4.7 La Sentencia del Caso del pueblo Kichwa Sarayaku vs Ecuador.	153
4.7.1 Prueba.	156
4.7.1.1 Prueba documental.	156

4.7.1.2 Prueba Testimonial.....	159
4.7.1.3. Prueba Pericial.....	162
4.7.2 Violaciones a la Convención Americana de derechos Humanos.....	165
4.7.2.1 Derecho a la Consulta.....	165
4.7.2.2 Derecho a la Propiedad.....	166
4.7.2.3 Derecho a la Circulación y Residencia.....	167
4.7.2.4 Derecho a la Cultura.....	168
4.7.2.5 Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.....	169
4.7.2.6 Obligación de Respetar los Derechos.....	169
4.7.3 Reparación del daño.....	170
4.8 Relación del caso Sarayaku con la situación actual del Yasuní ITT y su explotación.	176
CONCLUSIONES.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	183

RESUMEN.

La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, fue una de las innovaciones de la Asamblea Constituyente de Montecristi en 2008. Esta nueva concepción se vería fundamentada en varios preceptos y creencias indígenas, entre ellas la concepción de la naturaleza como un ente vivo, una deidad llamada Pachamama.

Esta cosmovisión sería reconocida por la Corte Interamericana en el caso Sarayaku, e implícitamente desarrollaría varios principios del Derecho Ambiental. Por ello, es importante establecer la relación entre la jurisprudencia de la Corte y la construcción de la naturaleza como sujeto de derechos, nexos que será descrito en este trabajo.

ABSTRACT

The consideration of Nature as a subject of rights was one of the innovations of the Constitutional Assembly of *Montecristi* in 2008. This concept would be based on several precepts and indigenous beliefs, including the conception of Nature as a living entity and deity called *Pachamama*.

This Cosmo-vision would be recognized by the Inter-American Court of Human Rights in the *Sarayaku* case, which would implicitly develop several principles of environmental law. Therefore, it is important to establish the relationship between the jurisprudence of the Court and the construction of Nature as a subject of rights, connection which will be described in this paper



Translated by
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN.

El 19 de diciembre del 2003 iniciaría uno de los procesos internacionales de mayor trascendencia en el desarrollo jurídico ecuatoriano, el caso de la Comunidad Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, tratado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que sería sentenciado el 27 de junio del 2012.

Paralelamente en el 2008, mientras el caso seguía en tratamiento por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aprobó la actual Constitución de la República del Ecuador, desarrollando un amplio catálogo de derechos que constituyen el eje de un texto garantista que responde a una nueva visión constitucional. Esta visión contempla entre sus principales innovaciones, la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos, calidad que hasta entonces está reconocida tan sólo a las personas. En esta nueva concepción de la naturaleza, bajo el reconocimiento de un Estado ecuatoriano intercultural y plurinacional, influenciaron concepciones propias de los pueblos indígenas en su relación con la Pachamama, lo cual, además se ve justificado por la presencia de estos pueblos en gran parte del Oriente de Ecuador, lugar donde se realizan las principales actividades extractivas de nuestro país.

Partiendo de estos dos momentos fundamentales en el desarrollo jurídico nacional, este trabajo busca analizar nuestro marco constitucional y ambiental a la luz del Derecho Internacional, la incidencia del caso Sarayaku en el Derecho Ambiental ecuatoriano y en la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos.

En este análisis, tendremos que responder varias inquietudes: ¿por qué un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede incidir en materia ambiental?, ¿qué involucra la nueva concepción de la naturaleza como sujeto de derechos?, ¿está debidamente regulada esta nueva concepción?; por otra parte: ¿son vinculantes las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, ¿es obligatorio acatar las medidas cautelares y provisionales que dispongan los órganos del Sistema

Interamericano?, ¿cuál es el alcance y obligatoriedad de los instrumentos internacionales en materia ambiental?; y, por la importancia que reviste: ¿fue diligente la actuación de los órganos del Sistema Interamericano en el caso Sarayaku?, ¿es efectiva la regulación del derecho a la consulta en Ecuador?, ¿afecta la sentencia del caso Sarayaku en el caso del Yasuní ITT?, entre otras interrogantes que son vitales para entender nuestro sistema jurídico actual.

Una vez resueltas estas inquietudes podremos aseverar, que efectivamente, el caso Sarayaku y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general, son antecedentes claves para nuestra concepción de la naturaleza como sujeto de derechos y el respeto a las comunidades indígenas, para las cuales la protección de la Pachamama y su cultura son primordiales en su desarrollo íntegro y la consecución del buen vivir.

CAPITULO I:
DERECHO AMBIENTAL: EVOLUCIÓN EN EL DERECHO NACIONAL E
INTERNACIONAL.

1.1 Principales Conceptos de Derecho Ambiental.

1.1.1 El Medio Ambiente.

El Derecho Ambiental es una rama que por su cercanía con otras áreas del conocimiento como por ejemplo la Ecología, merece un análisis previo de ciertos conceptos generales; antes de intentar una definición del Derecho Ambiental, cabe indicar que el término “medio” es entendido como el “conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades” (ESPAÑOLA, 2001, pág. 1001) (española, 2001), mientras que “ambiente” implica un complejo de factores externos que actúan sobre un sistema y determinan su curso y su forma de existencia (ESPAÑOLA, 2001, pág. 91).

El concepto de ambiente es fundamental en el tratamiento de esta rama del Derecho, a tal punto que diferentes legislaciones acogen en su normativa una conceptualización de dicho término, e incluso en las diferentes definiciones de Derecho Ambiental se puede observar claramente la relevancia del término “ambiente”, cuyo tratamiento corresponde propiamente a la ecología, de ahí que muchos autores como el español José Luis Serrano hablen en sus obras de Ecología Jurídica. Para la conceptualización de “ambiente” la doctrina clásica señala cuatro definiciones en virtud de las áreas de repercusión ambiental:

- a) Ambiente Natural: es el medio ambiente en su estado original, sin repercusión de la labor humana, un ejemplo son los recursos naturales.
- b) Ambiente Inducido o Cultivado: es en el cual el hombre repercute en la naturaleza, siendo un ejemplo claro la agricultura; se lo puede asimilar con el sector

primario en materia económica.

- c) Ambiente Creado o Producido: creado netamente por la acción humana un ejemplo son los edificios y construcciones.
- d) Ambiente Humano: relativo a la sociedad en sí.

Iván Narváez Quiñonez explica que “actualmente, esta clasificación ya no procede porque numerosos elementos, como agua por ejemplo, se clasifica tanto en el ambiente humano como natural” (NARVÁEZ QUIÑONEZ, 2004, pág. 297), por ello es preciso señalar la doctrina italiana en donde el medio ambiente es definido “como un complejo de bienes que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el cual nacen y se conservan los seres vivos, entre ellos, humanos, animales, plantas” (TORRES ESPINOZA, 2005, pág. 21), además dicha corriente incluye el patrimonio histórico y cultural como componente del medio ambiente.

Con base en los conceptos básicos antes mencionado, es preciso señalar la definición que da la Ley de Gestión Ambiental de Ecuador (1999) referente al medio ambiente al que lo cataloga como un “sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones” (Ley de Gestión Ambiental, 1999); concepto que englobaría la clasificación antes expuesta en un solo concepto, facilitando el accionar de Derecho Ambiental en la generalidad de los casos.

Es así que el “medio ambiente”, como punto de partida del Derecho Ambiental, constituye un conjunto de elementos fundamentales, bien sea dependientes o ajenos a la acción del hombre, bajo a los cuales se desarrollan los seres vivos tanto en un entorno natural como social.

1.1.2 La Conceptualización de Derecho Ambiental

Dada la noción de medio ambiente, es necesario analizar diversos conceptos de Derecho

Ambiental para llegar a una definición específica de lo que constituye esta materia.

Fausto Sarmiento, siendo su rama de experticia la ecología, indica que el Derecho Ambiental “se encarga del estudio de los asuntos legales relativos a la administración y el diseño de la legislación ambiental con inclusión del código ambiental, las leyes ambientales, la contraloría ambiental y los juzgados para las ofensas ambientales” (SARMIENTO, 2001, pág. 130).

Tomando en cuenta que el Derecho Ambiental no solo constituye un marco netamente legal sino toda una estructura normativa, en donde incluso los principios toman trascendental importancia, el concepto anterior se torna positivista y limita en gran parte al Derecho Ambiental a una esfera nacional al hablar de contraloría ambiental y juzgados ambientales, siendo evidente que el Derecho Ambiental y su objeto trascienden fronteras.

Por otra parte, varios autores han formulado sus conceptos englobando la totalidad de la normativa jurídica relativa al medio ambiente y la acción humana frente al mismo; el ambientalista y maestro Raúl Brañes define al Derecho Ambiental como: “el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tiene lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos” (BRAÑES, 2000, pág. 27).

Silvia Jaquenond define al Derecho Ambiental como una “disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y culturales y la actividad antrópica, orientando la regulación jurídica de las conductas y actividades humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección al ambiente” (JAQUENOND DE ZAOGON, 2001, pág. 78).

Para el Profesor José Luis Serrano el derecho ambiental “es el conjunto sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideológicas jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales” (SERRANO, 2007, pág. 29).

De estos conceptos podemos afirmar que, el Derecho Ambiental es un conjunto de normas y principios jurídicos, que regulan la interacción entre los seres vivos y su entorno y la influencia que pueda ejercer el hombre sobre el medio ambiente, frente a la necesaria explotación de recursos naturales. Cabe resaltar que el Derecho Ambiental se reviste de una dualidad en su aplicación, pues a diferencia de otras ramas del Derecho, las políticas internas que adopte un Estado tendrán repercusiones directas en otros Estados, el impacto ambiental causado por el hombre en el territorio de un Estado puede trascender a otros territorios o incluso puede ser global.

1.2 Fuentes.

Es fundamental partir de las fuentes generales del Derecho para entender a su vez las fuentes de una de sus ramas, concretamente del Derecho Ambiental. En primer lugar debemos indicar que ha sido el Derecho Internacional el que ha desarrollado principalmente la normativa ambiental, el cuidado y protección de la naturaleza y sus componentes en forma macro, relegando a un segundo plano, en cuanto al origen normativo, al Derecho Interno, que a su vez ha formulado las políticas ambientales de cada país y ha desplegado normativa encaminada a la sanción y reparación de los daños causados, principalmente por particulares mediante el Derecho Penal.

En este contexto podemos afirmar que la concepción clásica de la Ley como fuente primordial del Derecho se ve desplazada a un segundo plano, al surgir como cabeza de la tan conocida pirámide kelseniana la Constitución e Instrumentos Internacionales, que en muchos casos de acuerdo a la favorabilidad de dichos instrumentos en materia de Derechos Humanos prevalecerán sobre la Constitución; sin embargo el Derecho Ambiental, tiene la particularidad de enlazar Derecho Internacional y Derecho Interno

en la praxis jurídica, a pesar de que el primero sentó las bases del segundo en material ambiental; este nexo se plasma en muchos de sus principios, jurisprudencia e incluso costumbres de tal manera que se destruye el criterio separatista entre Derecho Interno e Internacional, originando una inusual lista de fuentes entre las que caben mencionar:

1.2.1 Fuentes Internacionales.

1.2.1.1 Tratados Internacionales.

Los Instrumentos Internacionales son fuente directa en el marco del Derecho Ambiental en virtud del reconocimiento de los mismos por las constituciones de los diversos países, siendo común equiparar el concepto de “tratado internacional” con el de “instrumento internacional” en el Derecho Internacional e Interno, por lo cual muchas legislaciones y tratadistas defienden este criterio, ejemplo claro es la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el 2008, que indistintamente usa ambos términos para referirse al mismo concepto.

La diversidad de tratados y su campo de acción han formado diversos criterios en cuanto a su conceptualización y a la búsqueda de sus elementos comunes y naturaleza. El juez Jessup en 1962 manifestó que “la idea de que el término Tratado tiene un sentido claro y uniforme es una ficción” (Templo de Preah Vihear, Camboya vs. Tailandia, 1962), mostrando que ya desde décadas atrás el Derecho de los Tratados era complejo y su evolución ha impedido una codificación de sus principios, su estructura y regulación.

Esta necesidad imperiosa de codificación, dio vida a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que plasma en 1969 la definición de “tratado” en su Art. 1, como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969) Este concepto aparenta claridad y parece englobar las particularidades y características de los Instrumentos Internacionales; pero esta

definición puede tener varios aspectos a criticar, que no denotan el verdadero alcance del Derecho Internacional y sus fuentes.

En su obra “Manual de derecho internacional público” Max Sorensen indica que un tratado internacional es “un acuerdo entre Estados que obliga en virtud del principio *pacta sunt servanda*” (SORENSEN, 1981, pág. 200); claro está, que un tratado es el acuerdo de dos partes pero no podemos olvidar que los Estados no son los únicos sujetos de Derecho Internacional, es decir la Convención de Viena limita el concepto ‘Tratados’ olvidando otro tipo de acuerdos de Estados con otros sujetos de derecho internacional y entre estos diversos sujetos de Derecho Internacional. El Art. 3 de la Convención de Viena confirma esta diferencia entre “Tratado Internacional” y los diferentes acuerdos al manifestar que el hecho de que la Convención “no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969), no afectará su validez jurídica en definitiva.

Partiendo de un concepto básico de ‘Instrumento’ entendido como “Escritura, documento. Es aquel elemento que atestigua algún hecho o acto” (CABANELLAS DE TORRES, 1996, pág. 208), sumado a lo anteriormente expuesto, es complicado hablar de una igualdad conceptual entre “Instrumento Internacional” y “Tratado Internacional”.

En base a estas apreciaciones es importante señalar que la primera fuente del Derecho Ambiental desde un punto de vista Internacional serán los Tratados ya una vez diferenciado su concepto con Instrumentos Internacionales siendo este un término genérico frente a la especificidad del concepto de Tratado; cabe resaltar que las diferentes ambigüedades y vacíos de los Tratados en materia de Derecho Ambiental muchas veces se ven aclarados por una serie de principios como el *pacta sunt servanda*, el de reciprocidad, el de buena vecindad entre otros sumados a la costumbre internacional y la doctrina, pero como se ve en el caso *Sarayaku vs Ecuador* no siempre dichos Instrumentos y fuentes del Derecho son aplicadas y más bien se cuestiona su

obligatoriedad.

1.2.1.2 Derecho Comunitario, Resoluciones y Sentencias Internacionales.

Partiendo de lo anteriormente expuesto podemos diferenciar que a más de los tratados internacionales tenemos otro tipo de fuentes del Derecho Ambiental en el marco Internacional destacando el Derecho Comunitario, del cual la Unión Europea es su principal exponente, pues ha desarrollado una serie de normas y resoluciones para los estados miembros que se han visto recogidas en sus sistemas jurídicos, un ejemplo es el Convenio Aarhus adoptado por la Comunidad Europea sobre el acceso a la información ambiental y la participación ciudadana en cuestiones ambientales. En nuestro continente, la Organización de los Estados Americanos (OEA) surge como el organismo regional más importante y a su vez da vida al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hace las veces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otros organismos seccionales en América Latina como la Comunidad Andina de Naciones (CAN) o la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) tienen importancia normativa y política que repercuten en la adopción de medidas por parte de los Gobiernos y sus órganos legislativos.

1.2.1.3 Costumbre Internacional

La Costumbre es en gran parte la fuente que ha dado origen a la norma escrita, es por ello que la costumbre como el conjunto de “normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso” (CABANELLAS DE TORRES, 1996, pág. 100) continua manteniendo su importancia como en el pasado, cuando por ejemplo, no existía norma escrita que establezca la responsabilidad sobre el impacto ambiental causado por un Estado a otro u otros Estados, por la explotación natural en uno de sus recursos, siendo la Costumbre la que reglaba las actividades ambientales.

El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es el único instrumento internacional de carácter global que da una definición de Costumbre Internacional entendiéndola como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia , 1945); siendo este instrumento el que califica como fuente de Derecho Internacional a la Costumbre.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica que en principio los Tratados no generan obligaciones para terceros, en su Art. 38 en la parte pertinente indica que las normas de dicha Convención no impedirán “que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969). De esta norma podemos emitir una aseveración; es notable la existencia de vacíos en el Derecho Internacional y más aún en el Derecho Internacional Ambiental y la Costumbre ha subsanado y sigue subsanando estos vacíos jurídicos, lo cual sucede en el caso Sarayaku pues el Derecho a la Consulta únicamente estaba plasmado en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y no en Tratados Internacionales, por lo cual la Corte señala que la obligación de consultar es una norma consuetudinaria que posee validez convencional.

No se debe olvidar que el principio de reciprocidad entre los Estados ha determinado muchos aspectos de las relaciones diplomáticas y comerciales entre los diferentes países, originando así una Costumbre uniforme en diversos aspectos (incluido el ambiental), especialmente en los países fronterizos; dando lugar así lugar a costumbres regionales principalmente. Es importante resaltar que la Costumbre no requiere ser de praxis universal para su reconocimiento, sino tendrá vigencia según el lugar donde se evoque y el ámbito de aplicación.

En el marco internacional el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su Art. 38 enumera taxativamente las fuentes del Derecho Internacional; Tratados Internacionales, Costumbre Internacional, Principios Generales del Derecho y las Decisiones Judiciales y

la Doctrina, siendo estas últimas auxiliares a criterio de dicho instrumento. El caso de la Jurisprudencia Internacional, difiere en gran parte de la Jurisprudencia Interna y de los llamados fallos de triple reiteración que adquieren un carácter vinculante para los Estados, siendo las resoluciones de diferentes Órganos Internacionales de carácter obligatorio según su competencia, sin importar el número de veces que una sentencia o pronunciamiento recoja el mismo criterio; caracterizándose así como una fuente directa de Derecho. Por otro lado los Principios Generales del Derecho y en particular del Derecho Ambiental si constituyen fuente directa como se puede observar en el caso de las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs. Uruguay) en donde se indica que un “Estado está obligado a utilizar todos los medios de que dispone a fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo en su territorio, o en cualquier espacio que esté bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio ambiente de otro Estado” (Caso las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs Uruguay), 2010) reconociendo así el principio de prevención y su efecto vinculante como fuente de Derecho. Finalmente la doctrina abarca la diferentes ramas del Derecho de manera auxiliar sin generar obligatoriedad para las partes en caso de controversia por lo que mal podría hablarse que constituye fuente directa y ni particular del Derecho Ambiental.

1.2.2 Fuentes Nacionales.

1.2.2.1 La Constitución.

La Constitución es la Carta Magna de un Estado, la máxima norma del ordenamiento jurídico interno, Cabanellas la define como “acto o decreto fundamental en el que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que este se compone” (CABANELLAS DE TORRES, 1996, pág. 88). Para Rolando Tamayo y Salmorán la Constitución de un orden jurídico, es el “conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico” (TAMAYO Y SALMORAN, 1987, pág. 142), enfoque conceptual propio de quienes sostienen que el término Constitución hace referencia a la creación misma de un sistema de Estado y su organización.

Pérez Royo sostiene que la Constitución precede al gobierno, siendo este último creación constitucional por decisión del pueblo, y recalca que actualmente el concepto de Constitución pasa del mundo del ser al del deber ser; así, el concepto de Constitución referido al poder político estatal, involucra la “creación del poder, expresión de la forma en que el poder político debe organizarse” (PÉREZ ROYO, 2002, pág. 97), siendo el elemento prescriptivo fundamental en la conceptualización de Constitución.

Ferrajoli sostiene que al considerar a las Constituciones como norma suprema efectivamente se produce una transformación “no solo en el ser, o sea en su existencia, sino también en su deber ser, esto es en sus condiciones de validez; no solo en el quién y el cómo de las decisiones sino también en el qué no debe ser decidido” (FERRAJOLI, 2011, pág. 33), así podemos afirmar que las Constituciones pasan efectivamente de una mera descripción política del Estado a ser una regulación de los poderes del Estado, desarrollando los derechos de los sujetos en su territorio y sus obligaciones correlativas.

En cuanto al surgimiento histórico, a nivel mundial, podemos afirmar que la primera Constitución moderna fue la de EEUU, aprobada en el año 1787, en el Ecuador la primera Constitución data del año 1830. El ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen a comienzos del siglo XIX fue influenciado fundamentalmente por el paradigma constitucional europeo continental, y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales, el sistema de fuentes internacionales que ha regido en este territorio es sustancialmente uno solo: el legicéntrico de inspiración francesa.

Tenemos que considerar que bajo este marco constitucional el Ecuador ha adoptado como base del sistema jurídico a “la Ley” revestida de una superioridad que se aferra al principio de legalidad como sustento; para Juan Montaña Pinto “todas las materias son susceptibles de regulación legal, es decir que la ley puede tener cualquier contenido, puesto que es omnipotente” (MONTAÑA PINTO, 2012, pág. 16). Este presupuesto mantenido por varias décadas en Ecuador, ha cambiado a raíz de la Constitución de 2008, cuando se ha optado por un Estado Constitucional de Derechos.

1.2.2.2 La Ley propiamente Ambiental.

Esta fuente está constituida según Raúl Brañes, por la legislación propiamente ambiental, es decir por aquella que se refiere al conjunto de problemas ambientales (BRAÑES, 2000). Se menciona que en Ecuador una Ley de esta naturaleza sería la Ley de Gestión Ambiental de 1999; no es común encontrar una ley que agrupe en un mismo cuerpo los problemas de las diversas áreas de atención ambiental y muchas veces los Órganos Internacionales intentan ocuparse de dicha labor y elaborar instrumentos con disposiciones generales.

1.2.2.3 Legislación conexas: Derecho Penal, Civil.

En el marco de los daños causados a la naturaleza y sus componentes, el Derecho Penal está encargado de la sanción a los causantes de la acción delictiva y el derecho civil de la reparación. Así mismo tienen relevancia directa los Códigos de Procedimiento Penal y Civil y según el caso diversas ramas del Derecho pueden tener relación con los hechos existentes e incluso mecanismos de justicia indígena divergentes de la justicia ordinaria.

1.2.2.4 Disposiciones de la Administración Pública.

Son probablemente la fuente que genera una mayor producción normativa por la celeridad de su creación, pero obviamente responden a normas superiores lo que limita su accionar. Las diversas normas elaboradas principalmente por los Ministerios de Ambiente son básicas para el tratamiento y preservación de los Sistemas Naturales, pues muchas de las resoluciones que de estos órganos se han emitido surgen informes económicos, cartográficos, entre otros, que de haberse dado una adecuada utilización hubiesen evitado casos como el Sarayaku y evitarían casos de esta índole en un futuro.

La Doctrina tanto nacional como internacional genera igual un valioso aporte a la creación del Derecho ambiental pero por su naturaleza obviamente no tiene carácter

vinculante.

1.3 Principios del Derecho Ambiental.

El Derecho evoluciona constantemente y por consiguiente sus ramas, más aún el Derecho Ambiental cuyos orígenes datan de hace pocas décadas y en la actualidad ha acaparado los debates jurídicos. Es así, que esta constante evolución ha dado lugar a diversas opiniones en cuanto a los principios del Derecho Ambiental siendo los principales a nuestro criterio los siguientes:

1.3.1 Principio de Prevención o Conservación.

Este principio se refiere a la obligatoriedad de tomar todas las acciones necesarias para evitar un daño en el medio ambiente, tiene mucha relación con el principio de precaución, incluso muchas veces se los condensa en un mismo principio. Wilson Torres Espinoza manifiesta al respecto que este principio “incluye la prevención que consiste en evitar que ocurran atentados contra el ambiente en base a la implementación de medidas apropiadas o preventivas” (TORRES ESPINOZA, 2005, pág. 34), denotando así la relación con el principio de acción preventiva o precaución, siendo la diferencia entre los mismos el hecho de que el principio precautelatorio busca el daño menor ante la incertidumbre sobre el impacto que se puede causar en el medio ambiente, con una determinada acción; mientras que el principio de prevención busca la adopción de políticas encaminadas a un cuidado ambiental.

En general podemos afirmar que el principio de conservación es la regla general sobre la explotación ambiental y sobre la cual se desarrollan el resto de principios que pueden abarcar hechos específicos y otro tipo de consecuencias según el caso.

1.3.2 Principio de Precaución, Precautorio o Precautelatorio.

El campo de acción de este principio se enmarca en dos elementos fundamentales al

suponer: la existencia de diferentes opciones relativas a un accionar determinado y otro elemento referente a la falta de certeza científica e informes técnicos que otorguen garantía sobre el daño, o la inexistencia de daño que se pueda causar en un territorio. El principio de precaución se encuentra estrechamente ligado a lo que conocemos como IN DUBIO PRO NATURE (en caso de duda, a favor de la naturaleza).

Betancourt plasma en su obra Instituciones del Derecho Ambiental, algunos aspectos a tomar en cuenta pues menciona que “el Derecho Ambiental está basado en el nivel de conocimientos existentes en cada momento respecto de las actividades y sus impactos ambientales, en particular, del nivel de tolerancia del ambiente a las actividades de las personas, así como su capacidad de regeneración, así como respecto de las técnicas más adecuadas para aminorar el impacto ambiental de las actividades con incidencia” (BETANCOR R., 2001), así el principio precautelatorio busca el menor impacto ambiental, no necesariamente precisando la pasividad o prohibición de actividades por parte de las personas sino adoptando medidas que supongan que ante la incertidumbre se debe siempre tomar la acción que beneficie la conservación y normal funcionamiento del medio ambiente.

Si bien la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano da varias pautas sobre la protección de la naturaleza, el principio precautelatorio encuentra su primer fundamento para ser reconocido internacionalmente en el Art. 11 de la Carta de la Naturaleza en 1982, al indicar en su primer literal que “se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza” (Carta de la Naturaleza, 1982) y, fundamentalmente, en su segundo literal se desarrolla la noción del principio de precaución y su alcance.

“Art. 11.- (...). b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales” (Carta de la Naturaleza, 1982).

La Comunidad Internacional ve necesaria una ratificación de este principio en varios Instrumentos Internacionales, siendo, sin duda alguna, de vital trascendencia el reconocimiento que adquiere en el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo citado a continuación.

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Vale mencionar que según Mauricio Angulo Ayoví este Principio invierte la carga de la prueba y “la entidad o estado interesado en realizar una actividad o en continuar realizándola tiene que probar que no resultara en un daño” (ANGULO AYOVI, 2013, pág. 102).

1.3.3 Principio de Responsabilidad.

El Principio de Responsabilidad encuentra su ámbito de acción en el resarcimiento del daño causado en materia ambiental. Su origen se remonta al caso Trail Smelter, llamado así por las acciones de la empresa canadiense Trail en Estados Unidos; este caso se encuentra ligado al principio de buena vecindad entre los Estados e incluso con una relación intrínseca al principio de soberanía de los estados al afectar el territorio estadounidense. Dicho caso, resuelto vía arbitraje, dió origen a un laudo arbitral en donde se argumenta con justa razón que ningún Estado puede realizar acciones que repercutan en otro Estado en materia ambiental y al caso concreto que la producción de emanaciones, no afecte a otra nación; las consecuencias de estos actos obviamente deben ser probados.

Si bien existen consideraciones discutibles por parte del tribunal arbitral como el no haber considerado una violación al principio de soberanía, al no creerlo necesario, no podemos olvidar que en su momento (año 1941) fue un precedente vital en la solución de controversias a nivel internacional y al no existir casos de esta naturaleza en ese entonces, el laudo arbitral dió otro paso pues basándose en Sentencias de la Suprema Corte de Estados Unidos llegó a indicar que “afirmando que es razonable en derecho internacional invocar, por analogía, precedentes establecidos por dicha Corte, en aquellas hipótesis en donde no existe una regla de derecho internacional que prevalezca en contrario” (Laudo arbitral caso Trail Smelter, Canadá vs EEUU, 1941).

Con este precedente podemos concluir que la Declaración de Estocolmo sentaría las bases y daría reconocimiento a la existencia de esta responsabilidad al indicar en el Principio 21:

“(…) los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, 1972).

Este principio ha tomado el nombre también de principio de responsabilidad integral, un ejemplo claro de su aplicación y que se da cotidianamente se da en la eliminación de residuos en los diferentes procesos de producción pues en ellos el responsable será determinado y deberá ser juzgado de acuerdo a las normas pertinentes siendo responsabilidad del mismo la reparación ambiental y el daño humano que pueda ocasionar, sin perjuicio de multas o cargas que imponga la administración ambiental.

Se habla de la existencia de un principio de responsabilidad por daño ambiental el cual estaría relacionado con el Derecho Penal y Civil y hace referencia a la indemnización a pagar a las víctimas de un daño ambiental por parte del causante del mismo, limitando

así al principio de responsabilidad únicamente al resarcimiento de daños humanos y no ambientales; sin embargo una reparación exhaustiva involucra necesariamente la reparación del medio ambiente afectado.

1.3.4 Principio de "Quien Contamina Paga".

Este principio “exige que los costes de la contaminación sean soportados por aquellos que son responsables de causar esa contaminación” (ANGULO AYOVI, 2013, pág. 100). Tiene clara relación con el principio de responsabilidad, sin embargo, debemos tomar en cuenta que una cosa es determinar la responsabilidad y otra muy diferente es el resarcimiento del daño por el responsable, es decir, es el siguiente paso al principio de responsabilidad.

Al hablar de “quien contamina paga” nos referimos al resarcimiento económico por parte de causante del impacto o daño ambiental causado, al respecto la Declaración de Río es bastante clara en su Principio 16:

“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación (...)” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Siendo la problemática ambiental de carácter global, se habla mucho de la existencia de un principio de la Internacionalización de los Costos correlacionado al principio de Quien Contamina Paga; pues al ser todo el mundo parte del impacto ambiental que generan los procesos productivos al adquirir bienes mediante el comercio, el principio de Internacionalización de los Costos plantearía la inclusión de un rubro en el precio de comercialización de los productos, en razón a la necesidad de reparar el medio ambiente o simplemente para la eliminación de desechos o reciclaje de los mismos de una manera adecuada.

1.3.5 Principio de Información.

Al hablar de información en materia ambiental, nos referimos al conocimiento de legislación ambiental, informes y programas ambientales, documentos referentes a procesos productivos y extractivos, políticas ambientales, etc., es decir toda la gama de datos y documentos jurídicos, políticos, económicos y técnicos existentes sobre la materia.

Este Principio, hace hincapié en el libre acceso por parte de la población a información de carácter ambiental, incluso se ha llamado a este principio como “principio de acceso a la información” y supone incluso la obligatoriedad legal que existe en muchos estados para informar sobre las medidas que se tomen en este campo.

El Principio 10 de la Declaración de Río plasma el alcance de acceso a la información y recoge el Principio de Información al indicar:

“(…) En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y la actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en procesos de adopción de decisiones(…)” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Así mismo, siendo fuente del Derecho Ambiental Internacional el Derecho Comunitario, es importante citar al Convenio Aarhus adoptado por la Comunidad Europea el 25 de junio de 1998 sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en cuyo Art. 4 se establece la obligación de las autoridades de colocar a disposición del público la información sobre los aspectos ambientales que se soliciten.

1.3.6 Principio de Participación.

Como se puede observar, los diferentes principios tienen una estrecha relación entre sí y al mencionar la participación existe un estrecho lazo con el principio de información. Es así que el Principio 10 de la Declaración de Río en donde se plasma el acceso a la información ambiental, se plasma también la necesidad de una participación activa de la sociedad al indicar en su parte inicial: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

La participación de los ciudadanos permite así una veeduría activa por parte de los ciudadanos y un aporte al desarrollo de políticas ambientales correctas en el marco del crecimiento y económico y desarrollo sostenible. Este principio tiene relación con el llamado principio de solidaridad que se refiere a la “responsabilidad común o la de asumir el deber colectivo de la conservación” (TORRES ESPINOZA, 2005, pág. 41).

1.3.7 Principio de Sustentabilidad.

El Informe Brundtland o más conocido como “Nuestro Futuro Común” desarrolla en su texto el concepto de Sustentabilidad: “El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (ONU, Informe Brundtland Nuestro Futuro Común, 1987, pág. 37).

En virtud de este concepto el principio de sustentabilidad busca la preservación del medio ambiente a futuro sin restringir la explotación de los recursos naturales sino controlándola de tal manera que las necesidades actuales no perjudiquen el futuro de las siguientes generaciones; este desarrollo obviamente requerirá de políticas públicas adecuadas y de acciones gubernamentales enfocadas al cuidado ambiental.

La Declaración de Río en su Principio 3 reafirma los parámetros establecidos por el informe Brundtland:

“El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las

necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Es importante señalar, que en el contexto de la toma de decisiones ambientales y la interrelación de un Estado-Medio Ambiente en la búsqueda de un desarrollo sostenible y sustentable, surge el principio de Introducción de la Variable Ambiental en la Toma de Decisiones, que “constituye una seria responsabilidad política, puesto que la problemática ambiental se hace política porque exige la intervención directa del Estado a través de acciones prioritarias y preferenciales” (CRESPO PLAZA, 2007, pág. 50) y establece la necesidad de considerar a la naturaleza y sus elementos en la formulación de todos los planes y proyectos estatales.

1.3.8 Principio de Regulación Jurídica Integral.

El Principio 11 de la Declaración de Río indica la necesidad de que los Estados den origen a una normativa eficaz en materia ambiental. El Principio de Regulación Jurídica Integral busca principalmente la defensa, sanción, conservación y restauración en materia ambiental para ello agregando a lo manifestado en el Principio 11 de la Declaración de Río, el Principio 13 indica:

“Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Como vemos, a más de exigir una adecuada legislación interna, se busca la creación de normativa internacional que unifique los procesos ambientales y las respectivas sanciones e indemnizaciones al existir daño ambiental. Este proceso de creación y

unificación legislativa internacional tiene nexo con el llamado Principio de Conjunción, que menciona la conformación de un sistema ambiental en donde convergen diferentes ramas del Derecho interno, tanto público como privado y por supuesto normas de carácter internacional diferenciando los intereses colectivos pero sin olvidar los intereses individuales. No se debe confundir con el principio de Complementariedad que indica que el Derecho Ambiental deberá acudir a otras ramas del conocimiento humano para un adecuado tratamiento.

1.3.9 Principio de Cooperación Internacional.

En el marco del Derecho Internacional en general el Principio de Cooperación entre los Estados, ha facilitado diferentes áreas del desarrollo de los países y entre esas áreas se encuentra la protección ambiental; si bien aún no hay uniformidad en las diversas legislaciones, muchas veces acuerdos bilaterales o multilaterales han permitido la adopción de medidas eficaces en el tratamiento de cuestiones ambientales.

La Declaración de Estocolmo en su Principio 24 es bastante clara:

“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y de pie de igualdad, en las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados” (Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, 1972).

La Declaración de Río que se retrotrae en muchas partes a la Declaración de Estocolmo expresa en los Principios 7, 9, 12, 13 y 27 la necesidad de cooperar siendo importante citar la parte inicial del principio 7: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra(...)” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo,

1992), y el Principio 27, que desarrolla la necesidad de respetar la Declaración de Río, y expresa el deber de seguir desarrollando el Derecho Internacional Ambiental, fortaleciendo indirectamente la necesidad de organismo internacionales especializados en la materia: “los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible” (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 1992).

Existen un sinnúmero de principios que han surgido de la mano del debate sobre el cuidado de la naturaleza y no se puede limitar el surgimiento futuro de más de ellos, como se dijo anteriormente el Derecho Ambiental es de reciente creación y de constante evolución por lo que muchos tratadistas amplían aún más la gama de principios existentes pero en definitiva todos guardan relación entre sí y muchos difieren por pequeñas particularidades, siendo los citados los de mayor relevancia en la cotidianidad del Derecho Ambiental.

1.4 Objeto y Ámbito de Aplicación del Derecho Ambiental.

El Derecho Ambiental, encuentra su objeto en el Ambiente. El concepto de Ambiente “es amplio porque incluye además de los sistemas naturales, el entorno social, y el elemento cultural” (BESALÚ PARKINSON, 2005, pág. 39), es así que su campo de acción no abarca únicamente la naturaleza y el desarrollo humano, sino el conjunto de componentes de su entorno.

Los sistemas naturales constituidos por el conjunto de flora y fauna, y la producción agrícola, como recursos renovables y recursos no renovables como las aguas continentales, atmosfera y espacio aéreo, minerales, etc. En cuanto a entorno social y el elemento cultural, podemos decir que están constituidos por los mecanismos de producción; sus desechos y residuos, sistemas políticos y sociales, infraestructura en general, ruidos, olores, centros de recreación, aspectos religiosos, sitios monumentales e históricos, incluso tradiciones ancestrales y ritos, cultos etc.

Según Iván Narváez Quiñonez el objeto del derecho ambiental se dirige hacia cuatro aspectos fundamentales que se refieren a la conceptualización inicial de medio ambiente.

- a) Medio Ambiente social o humano entendido como el hombre y los componentes para su subsistencia.
- b) Medio Ambiente Natural, formado por los recursos naturales renovables o biológicos.
- c) Recursos naturales no renovables.
- d) Medio ambiente artificial o construido por los humanos, incluyendo los elementos culturales y los bienes materiales un ejemplo es la producción industrial.

Wilson Torres añade, aparte de estos cuatro parámetros, a la “Legislación relativa al uso y preservación de los recursos y funciones de los elementos indicados” (TORRES ESPINOZA, 2005, pág. 30), dicha inclusión puede confundir el objeto mismo del Derecho Ambiental con la producción legislativa para la protección de dicho objeto.

En cuanto al ámbito de aplicación, es conveniente hablar de una Jurisdicción Interna e Internacional; en ambas categorías los alcances de la norma ambiental dependerán de la estructura política como tal.

En el aspecto interno se puede hablar de jurisdicción y competencia local, cantonal, provincial o nacional.

En cuanto al aspecto Internacional, se puede mencionar una jurisdicción y competencia binacional o multinacional.

En el caso ecuatoriano tenemos que considerar una excepción a esta clasificación desde el punto de vista interno, pues la existencia de la justicia indígena y sus competencias reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador, Art. 171, añaden un parámetro más en esta categoría, permitiendo que se resuelvan casos en tribunales propios de las comunidades indígenas, ajenos a la justicia ordinaria, basándose en el

bagaje cultural y en la costumbre de estos pueblos.

De igual manera podemos indicar que la competencia desde un punto de vista local, municipal o cantonal, provincial o nacional, puede ser modificada según la organización territorial de cada Estado y según la cooperación entre los diferentes organismos de gobierno de carácter seccional establecidos en la Constitución. Es así que el Ecuador puede constituir Regiones Autónomas, Distritos Metropolitanos y Regímenes Especiales como lo expresan los Arts. 242 al 250 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.5 Historia del Derecho Ambiental Internacional.

La evolución del Derecho Ambiental encuentra su primer peldaño en 1902 cuando se firma el Acuerdo Internacional para la Protección de las Aves Útiles para la Agricultura, instrumento que se puede considerar el primer documento internacional que abarca la necesidad de una protección ambiental, claro está, este instrumento tenía un alcance muy limitado, pues se refería solo al comercio de aves y sus productos y al cuidado de los nidos.

No nacería un verdadero instrumento de Derecho Ambiental que de vida formal a esta rama del conocimiento jurídico, sino hasta la Declaración de Estocolmo que data del 16 de Junio de 1972, la misma que ve su móvil en las preocupaciones de la época: la superpoblación, el subdesarrollo de los países, la industria y la tecnología como factores contaminantes, la contaminación del agua, aire, tierra y seres vivos, trastornos en la biosfera, el agotamiento de recursos insustituibles y principalmente enfermedades y problemas relativos a la salud del ser humano; recogidos todos estos aspectos en el preámbulo de la Declaración de Estocolmo.

Este instrumento, daría inicio al papel preponderante de la Organización de las Naciones Unidas en la formación del Derecho Ambiental, de esta manera el Consejo Económico y Social, mediante resolución 1346 (XLV) del 30 de julio de 1968 recomienda a la Asamblea tratar los diversos factores relaciones al medio humano; el 3 de diciembre del

mismo año la resolución 2398 (XXIII) de la Asamblea General convoca a una Conferencia para el tratamiento de estos aspectos. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano recién daría inicio el 5 de Junio de 1972,

La Declaración de Estocolmo sobre entorno Humano, es el primer paso hacia el surgimiento del Derecho Internacional Ambiental y su contenido tiene un valor ético más que jurídico, siendo un mecanismo de presión política como lo han manifestado Grethel Aguilar y Alejandro Iza en su obra Manual de Derecho Ambiental Centroamericano “la Declaración de Estocolmo no es vinculante, pero ha tenido el mérito de haber comprometido éticamente a los países que la firmaron. Fundamentalmente está dirigida a los responsables políticos del mundo y ha unido calidad ambiental con desarrollo económico” (AGUILAR & IZA, 2005, pág. 29).

Otro de los grandes aciertos de esta Conferencia, fue la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y una vez constituido el mismo y plasmados los 26 Principios que contiene la Declaración de Estocolmo, el debate jurídico sobre el medio ambiente cobraría más relevancia.

El 28 de octubre de 1982 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprueba mediante la resolución 37/7 la Carta de la Naturaleza recapitulando la necesidad imperiosa de preservar el medio humano.

En 1987 se da a conocer el Informe Brundtland o también conocido como “Nuestro Futuro Común”, elaborado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD) abarcando el concepto, principios y factores a considerar hacia un desarrollo sustentable y sostenible de los diversos Estados.

El 20 de diciembre de 1988, se da paso a una nueva convocatoria mediante la resolución 44/228, la misma que tendría como destino la ciudad Río de Janeiro en donde se llevaría a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también conocida como la "Conferencia de Río" o la "Cumbre de la Tierra", esta

conferencia marcaría un gran avance en el Derecho Ambiental y sería el antecedente del Protocolo de Kyoto.

La Cumbre de la Tierra tiene tres avances en relación a los instrumentos predecesores partiendo de la Declaración de Río, la cual a más de dar cabida a una mayor elaboración de los principios ambientales y mencionar la importancia de sectores de atención prioritaria como las comunidades indígenas y las mujeres, mantiene la necesidad de la cooperación y la formulación de un marco jurídico internacional.

En segundo lugar, cabe resaltar la Agenda 21 o Programa 21, que consiste en un plan estratégico hasta final del siglo para evitar el daño a la biodiversidad y en tercer lugar la Declaración de Principios Relativos a los Bosques, que busca una explotación adecuada de estos recursos en el marco del desarrollo sustentable y la formulación de políticas estatales para su preservación.

Finalmente, en la Cumbre de la Tierra se elaboró la Convención Marco sobre el Cambio Climático relacionada principalmente con la emisión de gases invernaderos y el Convenio sobre la Diversidad Biológica que versa sobre el cuidado de las especies y su hábitat; esta afirmación es errónea ya que en realidad en esta cumbre estos dos instrumentos no fueron propiamente elaborados sino se abrieron a la firma por parte de los Estados.

En el marco de la Conferencia de Río, se estableció la realización de lo que se conocería como el Protocolo de Kioto el mismo que sería firmado el 11 de diciembre del 1997 y hace referencia a una necesaria disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero comprometiendo a los Estados más contaminantes a una reducción progresiva y con límites y estándares fijados de dichas emisiones.

En este Protocolo se da origen al controversial mecanismo de comercio de las cuotas de gases invernadero o “bonos de carbono” pues en el Art. 17 establece, en la parte pertinente, que los Estados (enumerados en los anexos) “(...) podrán participar en

operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos (...)” (Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones unidas sobre Cambio Climático, 1997).

El 8 de septiembre del 2000 se proclama la Declaración del Milenio y a raíz de ella los Objetivos del Milenio; entre estos objetivos se establece el asegurar la sostenibilidad ambiental y se fijan metas e indicadores en este y cada uno de los objetivos, siendo hasta el momento un factor determinante para los estados y la medición de su desarrollo el analizar el cumplimiento de estos parámetros cuyo cumplimiento fue fijado hasta el 2015.

En el año 2002 se lleva a cabo la Cumbre de Johannesburgo o Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, originando a la vez la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, instrumento enfocado en la pobreza como preocupación global, en el cumplimiento de las garantías laborales y en los mecanismos de inclusión tomando en cuenta como finalidad la Agenda 21 y el cumplimiento de los objetivos del milenio y el Desarrollo Sostenible.

En el 2005 se establece un precedente en cuanto a la debida explotación de Recursos Naturales en Centro América, al crearse el Manual de Derecho Ambiental para Centroamérica (UICN 2005), este instrumento indica “los peligros inherentes al estilo desordenado de la explotación de los recursos naturales del planeta” (CRESPO PLAZA, 2007, pág. 27).

Por eso, en 2007 se realizó la Reunión de Alto Nivel sobre el Cambio Climático con el objeto de estimular la voluntad política con miras a la Conferencia de Bali, realizada en diciembre del mismo año, primer paso tomado por la comunidad internacional para alcanzar un acuerdo amplio sobre cambio climático en 2009.

En el 2008 se realizó la Conferencia de Poznán, en Polonia, y en diciembre del 2009 la Conferencia de Copenhague. Como resultado de esta última se produjo el Acuerdo de

Copenhague.

1.6 Historia Derecho Ambiental Ecuador.

Muchos autores apuntan que el Derecho Ambiental en el Ecuador es bastante nuevo y su origen está ligado a la protección del archipiélago de Galápagos en el territorio ecuatoriano y la adopción de medidas para su preservación.

En 1971, como indica Wilson Torres Espinoza, se expide el Código de Salud que “contiene normas sobre higiene, saneamiento y contaminación ambiental; casi simultáneamente se expide la Ley de Aguas en 1972, que incluye disposiciones relativas al manejo de este recurso” (TORRES ESPINOZA, 2005, pág. 55), siendo estos los primeros cuerpos legales sobre materia Ambiental en Ecuador.

En 1976 se crearía la Ley de Prevención y Control Ambiental y 1982 la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y vida Silvestre y finalmente es reformada la Constitución en 1983 estableciendo una protección constitucional del medio ambiente y a una serie de derechos ligados al mismo, indicando en su numeral 2 del Art. 19 que el Estado está obligado a garantizar a las personas “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (Constitución de Política del Ecuador de 1979 reformada en 1983, 1983), los diferentes derechos se ven reafirmados en la Constitución de 1998 y ampliados aún más; sin embargo, la Constitución del 2008, reconocida por su carácter garantista sería la que reconozca a la naturaleza como Sujeto de Derechos y además considerando la diversidad cultural ecuatoriana, reconozca una serie de derechos a los pueblos ancestrales que habitan en las diferentes regiones de este país.

Si bien las medidas internas tomadas por Ecuador pueden parecer reducidas frente a la variedad de Instrumentos Internacionales existentes en materia ambiental, tenemos que considerar que la Normativa Internacional ha impulsado la creación de legislación interna en cada uno de los países que se adecúe a al marco jurídico mundial y al sinnúmero de Instrumentos de los cual son signatarios los Estados, además de que en

muchos casos dicha normativa es vinculante para los mismos.

En 2012, en el marco de la 67 Asamblea General de las Naciones Unidas, “el Ecuador impulsó la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza” (Ecuador, 2014).

Esta propuesta busca la creación de un instrumento similar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y junto con la iniciativa Yasuní-ITT que buscaba su preservación, constituyeran las dos principales iniciativas de Ecuador en el tema ambiental en los últimos años.

CAPITULO II:

NORMATIVA INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL VIGENTE, LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS.

2.1 Convenios, Tratados y Resoluciones Internaciones sobre Derecho Ambiental.

Los Convenios y Resoluciones Internacionales sobre Derecho Ambiental, adquieren una importancia vital en nuestro ordenamiento jurídico interno y en muchos de estos instrumentos se contemplan principios aplicados al caso Sarayaku. Destacan así principios como el de desarrollo sustentable, responsabilidad, participación e información, que se reconocen en la mayoría de instrumentos de derecho ambiental existentes y que limitan la actividad extractiva obligando a los Estados a desarrollar proyectos ambientales con la efectiva participación de los pueblos o comunidades, principalmente en procesos de consulta.

Para la validez de estos instrumentos en Ecuador, se requiere la suscripción y ratificación de los mismos bajo ciertos parámetros, por lo cual es menester realizar una introducción sobre este proceso normativo de acuerdo a nuestro marco constitucional, con anterioridad al tratamiento mismo de los Instrumentos Internacionales.

En primer lugar la Constitución de la República del Ecuador expresa en el Art. 418 la competencia del presidente para la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales y en el numeral 10 del Art. 147 al mencionar sus atribuciones reitera esta potestad¹. Existen casos en que para la ratificación o denuncia se requerirá además, una

¹ “Art. 418.- A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.”

“Art 147- 10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión.”

aprobación previa de la Asamblea Nacional, estos supuestos están enumerados en el Art. 419².

Adicionalmente la Carta Magna prevé la posibilidad de ratificación de los tratados por referéndum así la Constitución dispone en el Art. 420 que por iniciativa ciudadana o por el ejecutivo se podrá solicitar un referéndum para la ratificación de un tratado; la denuncia seguirá el mismo proceso que la ratificación.

Debemos considerar que los instrumentos internacionales no podrán menoscabar derechos y parámetros establecidos en la Constitución, tales como el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios; tampoco podrán menoscabar los avances científicos y tecnológicos³.

Así mismo el Art. 422 prohíbe la celebración de tratado en donde se ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial; con excepción de ciertos organismos regionales que podrán actuar en la solución de controversias entre Estados y ciudadanos.

2.1.1 Instrumentos Internacionales de Derecho Ambiental de carácter global.

Una vez cumplidos los requisitos para la suscripción y ratificación de los Instrumentos Internacionales, es importante diferenciar el origen de los mismos, pues pueden provenir de un acuerdo bilateral, multilateral, pueden ser provenientes de resoluciones de Órganos Internacionales, pueden provenir de resoluciones de Órganos de Justicia Internacionales o ser únicamente declaraciones de los Estados; siendo importante esta

^{2c}Art. 419 (...) 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.”

³ “Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos”.

especificación al considerar la obligatoriedad de los estados frente a un instrumento internacional.

Es conveniente referirse a la importancia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la cual regula las bases mismas de las relaciones internacionales y reconoce el tan necesario principio “Pacta Sunt Servanda” y muchos de los Instrumentos que serán abordados, basan su legitimidad en esta Convención.

Recorriendo la historia del Derecho Ambiental, es notoria la importancia de la ONU en la mayoría de convenciones sobre medio ambiente, destacando las siguientes:

2.1.1.1 La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano y la Declaración de Estocolmo sobre Entorno Humano.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano se lleva a cabo del 15 al 16 de junio de 1972 en Estocolmo, en medio de una preocupante realidad mundial en donde la depredación de los recursos naturales opacaba y ponía en riesgo el desarrollo humano.

Suecia sería el país impulsor al ver en la mayoría de sus lagos el impacto de la lluvia ácida provocada por sus países aledaños en Europa; y así junto con Suecia el resto de países de Naciones Unidas compartirían sus preocupaciones en cuanto al marco ambiental, con excepción de la ex Unión Soviética que desistió de participar en las reuniones.

De esta Conferencia nacería el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), gran avance en el marco internacional.

Surge también la Declaración de Estocolmo sobre Entorno Humano, considerado el Instrumento Internacional que da vida formal al Derecho Ambiental Internacional, pues en su preámbulo y sus 26 Principios recopila las preocupaciones de la época y limita el

accionar de los Estados en cuanto a sus políticas ambientales.

La Declaración de Estocolmo recoge 5 principios fundamentales del Derecho Ambiental: principio de igualdad (principio 1), principio de desarrollo sostenible (principio 8), principio de soberanía (principio 21), principio de prevención (principio 21) y principio de cooperación (principio 24).

La Declaración abarca temas demográficos, el tratamiento de la contaminación y desechos tóxicos, la adecuada protección de los mares, promueve la educación ambiental y la unión de los pueblos contra la contaminación.

Germán Vera Esquivel indica que “la Declaración de Estocolmo le da un lugar privilegiado a la humanidad como sujeto de Derecho Internacional” (VERA ESQUIVEL, 2011, pág. 100) además resalta la importancia de esta Declaración entorno a los Derechos Humanos.

Mauricio Angulo Ayoví manifiesta que de la Declaración de Estocolmo se observa “la indiscutible interconexión entre medio ambiente y derechos humanos, la cual ha dado lugar a grandes debates en torno a la necesidad de saber si es preciso llevar a cabo el reconocimiento en el marco del Derecho Internacional, del derecho universal del disfrute de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado” (ANGULO AYOVI, 2013, pág. 51); este criterio no enfoca propiamente a la naturaleza como sujeto de derechos, sino continua priorizando al hombre como finalidad única y no a la vida. Este criterio evolucionará conforme evolucione el Derecho Ambiental Internacional.

2.1.1.2 La Carta de la Naturaleza.

La Carta de la Naturaleza es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1982. En esta Carta se evidencia la preocupación por la influencia humana sobre la naturaleza y la posibilidad de transformar los recursos naturales provenientes de esta; ahonda a un más al manifestar el peligro que suponen las guerras en la conservación de la naturaleza y a lo

largo de los 24 principios que posee este instrumento internacional, se impulsa la realización de actividades primarias de una manera adecuada, primordialmente de la agricultura, se fomenta la educación ambiental y la planificación extractivista y finalmente trata la participación ciudadana como mecanismo de desarrollo y manejo efectivo y racionalizado de los recursos reafirmando así el Principio de Participación, que en Ecuador se extiende a las diferentes áreas no solo a la protección ambiental.

2.1.1.3 Informe Brundtland.

En 1987 se da a conocer el Informe Brundtland, llamado así por ser la presidenta de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y el Desarrollo quien daría vida al documento Gro Harlem Brundtland; esta Comisión fue originada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Este documento conocido también como ‘Nuestro Futuro Común’, profundiza en el concepto de desarrollo sostenible y busca la unión de dos conceptos que se creían contrapuestos, es decir el desarrollo y la protección del medio ambiente” (VERA ESQUIVEL, 2011, pág. 102).

El informe está dividido en tres partes:

a) Preocupaciones Comunes: la primera parte del informe menciona como uno de los grandes problemas para la preservación del medio ambiente a la pobreza, y manifiesta la necesidad de cooperación internacional de los países industrializados con los menos desarrollados cuya economía necesita crecer, este desarrollo debe estar encaminado a satisfacer necesidades básicas como trabajo, vivienda, agua, alimento, energía, salud entre otros.

b) Tareas Comunes: la segunda parte abarca un gran problema que ya contemplaba la Declaración de Estocolmo, como es la elevada natalidad y la necesidad de una adecuada seguridad pública y bienestar de las personas, con el fin de reducir la mortalidad infantil y asegurar condiciones de vida básicas para la vejez.

Un factor importante de esta parte es la preocupación que muestra por los pueblos indígenas, los cuales no obtienen beneficio económico de la explotación de los recursos, aspecto contemplado en la actualidad por nuestra Constitución como se verá posteriormente.

Solicita además, la adopción de medidas relacionadas a la energía nuclear y a ensayos de esta naturaleza y un especial cuidado en el campo de la ingeniería genética y en la explotación adecuada de los recursos renovables.

c) Esfuerzos Comunes: en su tercera parte el documento hace hincapié en la protección de espacios comunes (océanos, mares, espacio aéreo y Antártida) y sugiere la adhesión de los Estados a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), la misma que fue aprobada en 1982 pero entraría en vigencia desde 1994. Ecuador recién ratificaría la adhesión a dicho instrumento en 2012.

El documento hace un llamado a evitar el armamento nuclear pues sus efectos serían catastróficos en la naturaleza, pide que se un adecuado desarrollo industrial y financiero en el marco de la sostenibilidad y finalmente invita a la realización de cumbres y reuniones para el desarrollo y consecución de los fines expuesto en el informe Brundtland.

2.1.1.4 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) y los instrumentos internacionales provenientes de esta.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo se llevaría a cabo en 1992 en la ciudad de Río de Janeiro en Brasil, país propulsor del Derecho Ambiental y claro impulsor de los primeros instrumentos internacionales en materia ambiental.

El lema de la Cumbre de Rio sería “Pensar Globalmente, actuar localmente” buscando así el delineamiento de estrategias para la consecución de un desarrollo económico

sostenible a nivel mundial; pues la humanidad había observado en años anteriores que las diferencias económicas repercutían en la salud y en la contaminación sin encontrar caminos efectivos que detengan el daño ambiental y humano.

Cristopher Flavio, el primer vicepresidente del World Watch Institute, señaló que “Río tuvo el mérito de establecer un vínculo oficial entre medio ambiente y desarrollo, reconociendo explícitamente entre otros que la pobreza es un motor de la degradación del medio ambiente” (CHRISTOPHER, s.a., pág. 8).

Contemplados estos objetivos la Cumbre de Río daría vida a 5 instrumentos.

2.1.1.4.1 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

La Declaración de Río de Janeiro contempla la mayor cantidad de principios ambientales hasta la actualidad, siendo por ello uno de los instrumentos más importantes en el estudio del derecho ambiental.

Incluye entre los principales Principios: el principio de soberanía (Principio 2) el principio de responsabilidad (Principio 7) principio precautelatorio (Principio 15), principio preventivo (Principio 2), principio de desarrollo sostenible (Principio 4).

Este instrumento es considerado por la mayoría de los Estados y tratadistas como un documento ‘Soft Law’; sin embargo en el caso ecuatoriano existe una particularidad, pues nuestra normativa interna establece un nexo obligatorio en referencia a los principios de la Declaración de Río de Janeiro, es así que el Art. 3 de la Ley de Gestión Ambiental del Ecuador establece:

“Art. 3.- El proceso de Gestión Ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo”⁴.

⁴Art. 3, Ley de Gestión Ambiental del Ecuador.

Para Mauricio Angulo Ayoví el contenido de esta norma “es fundamental en el reconocimiento, reclamo o interposición de acciones por los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos”⁵, criterio completamente compartido pues la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo adquiere obligatoriedad en el marco jurídico ecuatoriano y deja de ser un Instrumento ‘Soft Law’.

2.1.1.4.2 El Programa o Agenda 21.

El Programa o Agenda 21 es un instrumento que establece las medidas ambientales a tomar por parte de gobiernos, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales hasta la llegada del siglo XXI. Este documento está correlacionado directamente con la Declaración de Río y se enfoca hacia la consecución de un desarrollo sostenible, en base a parámetros flexibles que permitan establecer políticas a largo plazo, siendo este documento un plan de acción del desarrollo humano antes que de preservación ambiental

La Agenda 21 está dividida en cuatro secciones:

- a) Dimensiones Sociales y Económicas: se trata la lucha contra la pobreza, los problemas demográficos existentes en el marco del desarrollo sostenible, la salud humana, la importancia de la protección ambiental en las decisiones de los Estados y la cooperación internacional.
- b) Conservación y gestión de los recursos para el desarrollo: se trata la protección a la atmósfera, la deforestación (en relación directa a la Declaración sobre bosques), la agricultura y la protección de la naturaleza frente a desechos tóxicos y radioactivos.
- c) Fortalecimiento del papel de los grupos principales: con el transcurso del tiempo los Instrumentos Internacionales se preocupan cada vez más por los grupos de atención prioritaria y es así que la Agenda 21 trata en su tercera sección el papel de la mujer, de los niños y jóvenes, de los pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, trabajadores, sindicatos, la importancia del sector agrícola y la tecnología.

⁵Angulo Ayoví Mauricio Fernando, (2013), “Manual de Práctica de Derecho Ambiental”, Editorial Workhouse Procesal, Quito, Ecuador pág. 80.

d) Medidas de Ejecución: finalmente la Agenda 21 abarca la importancia de la tecnología, de la ciencia y de la educación como forma de desarrollo, los mecanismos de obtención de recursos y fomenta la cooperación internacional y la creación de normativa que regule las actividades humanas en su relación con el medio ambiente y desarrollo (Programa o Agenda 21, 1992).

2.1.1.4.3 La Declaración sobre Bosques o la Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.

La Declaración sobre bosques es un reflejo del primer consenso mundial en cuanto a la protección de los bosques y constituye un instrumento guía para la preservación del equilibrio ecológico mundial. Es importante precisar que el cuidado de los bosques es un tema complejo y de mucha apatía en cuanto a su tratamiento por los altos rubros económicos que significa su explotación, por ello este instrumento se califica como no obligatorio y ratifica el principio de soberanía sobre los recursos naturales y concretamente los bosques.

Este instrumento a más de establecer principios básicos en materia forestal, muestra un notorio avance al destacar la importancia de los pueblos indígenas en el cuidado y aprovechamiento de los bosques, pues como se podrá observar en el caso Sarayaku y muchos otros, la naturaleza adquiere un valor inestimable para la mayoría de comunidades indígenas.

En la actualidad la situación de los Bosques y su preservación, se encuentran en debate constante en el marco del Foro de Bosques de las Naciones Unidas (FBNU) y como se mencionó anteriormente el diálogo y la adopción de políticas comunes todavía resultan fines lejanos en el contexto mundial. (La Declaración sobre Bosques o la Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, 1992)

2.1.1.4.4 La Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica está compuesto de un preámbulo y de 42 artículos y dos anexos (La Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica , 1992), siendo común entre todas sus partes la presencia del principio precautorio o precautelatorio, ya que establece la necesidad de conservar el ecosistema y de evitar la intervención en recursos cuyo aprovechamiento suponga su peligro; por otra parte es clara la presencia del principio de soberanía pues este documento solo traza aspectos básicos del cuidado ambiental para que sean los Estados quienes regulen las actividades que involucren al medio ambiente, fomentando la cooperación internacional y el intercambio de recursos entre países desarrollados y en vías de desarrollo (principalmente el acceso a material genético que se encuentra en países en vías de desarrollo).

Finalmente este documento resalta la necesidad de que los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales sean repartidos entre la población buscando erradicar la pobreza, además que como muchos instrumentos antes mencionados establecen, dichos recursos al tener relación directa con las comunidades indígenas se debe atender a las necesidades y forma de vida de dichos pueblos.

2.1.1.4.5 La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático surge con la finalidad de reducir la emisión de gases invernaderos y la deforestación, pues los niveles alcanzados en la época proyectaban un deterioro significativo en la capa de ozono y un cambio climático que veía en la actividad humana su responsable.

Este instrumento se enfoca principalmente en los países industrializados, ya que se evidenciaba una relación directa entre esta característica y la producción de gases

contaminantes, estableciendo así una serie de medidas a tomar que no repercutan en la economía de los Estados.

Lamentablemente hasta la actualidad no se han podido llegar a consensos importantes en cuanto al cambio climático, es más, muchos de los esfuerzos internacionales han sido rechazados, fundamentándose en la falta de veracidad y exactitud de los estudios ambientales realizados.

La Convención da una evidente importancia a los principios de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el principio de desarrollo sostenible y el principio precautorio (Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático , 1992).

Años después en 1997 se llevaría a cabo en New York la cumbre “Río+5”, en la cual se analizaron los avances de los instrumentos de la Cumbre de la Tierra o Conferencia de Río, evidenciando la ineficacia de los mismos y la notoria lejanía con los objetivos trazados endicha Cumbre.

2.1.1.5 Protocolo de Kioto.

El Protocolo de Kioto surge en 1997 siendo el instrumento existente de mayor relevancia sobre el cambio climático, este instrumento establece parámetros fijos y subsana muchos de los vacíos existentes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático.

Sus anexos establecen cifras y plazos fijos para la reducción paulatina de las cantidades de gases invernaderos producidos por los Estados afectando de forma directa a los países industrializados⁶, que deberían reducir sus niveles de gases invernaderos en un 5% con relación a las cifras de 1990. Así mismo el protocolo trata la necesidad de luchar contra la pobreza, problema que es de tratamiento constante en los diversos instrumentos

⁶Uno de los conflictos a raíz del Protocolo de Kioto, es que dicho instrumento no pudo predecir el crecimiento de muchos países como China o la India, los cuales sin considerarse industrializados en dichas épocas incrementaron significativamente la producción de gases invernaderos.

analizados y por analizar.

Para alcanzar dichos objetivos el Protocolo establece tres mecanismos:

- a) El Comercio Internacional de Emisiones
- b) La Implementación Conjunta
- c) El Mecanismo de desarrollo Limpio.

De los mecanismos establecidos en el Protocolo de Kioto vemos surgir algunos de los graves problemas en la aplicación de este documento; en primer lugar es notoria la poca eficacia que tiene la comercialización de las cuotas de producción de gases contaminantes pues sus niveles de producción no han disminuido permitiendo a los países industrializados adquirir las cuotas con facilidad, además que este mecanismo depende de una medición exacta de los gases producidos la cual es difícil de obtener; en cuanto a la implementación conjunta que hace referencia a la inversión de un país industrializado en otro con fines de reducción de gases invernaderos, podemos notar que se excluye a países en vías de desarrollo y los países de mayor riqueza obviamente serán beneficiarios de este mecanismo, situación que también podemos evidenciar en el mecanismo de desarrollo limpio que si supone esta inversión en países en vías de desarrollo, pero continua sujeta al mayor poderío económico de países industrializados.

Finalmente otro grave problema que presenta este instrumento es la falta de un sistema sancionatorio en el Protocolo de Kioto que otorgue medidas coercitivas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas a los Estados⁷.

En la Mesa Constituyente No.1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales de la Asamblea Constituyente de Montecristi (2008) se realizaron fuertes críticas al Protocolo de Kioto, refiriéndose, en el informe de la mesa, que éste es un fracaso al “considerar a la naturaleza como objeto y no como sujeto” (Acta

⁷Un ejemplo claro de la importancia del Protocolo de Kioto, se refleja en lo expresado en su momento por el Vice Primer Ministro y Secretario de Estado para el Medio Ambiente, Transporte y las Regiones del Reino Unido “reducir las emisiones de las empresas también contribuirá a hacer más eficiente la industria en el Reino Unido, creará nuevos empleos y abrirá mercados nuevos”.

Asamblea Constituyente 058, Informe de Mayoría y Minoría sobre Derechos de la Naturaleza, 2008), pues al existir cuotas de contaminación comercializables se desvalora a la naturaleza.

Si bien el protocolo de Kioto conlleva una serie de críticas, muchos Estados han apoyado su texto y es innegable el valor que posee hoy en día en el ámbito internacional.

2.1.1.6 La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo), su Declaración Política y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible.

La Cumbre de Johannesburgo se llevaría a cabo del 26 de agosto al 4 de Septiembre del 2002 con el fin de reavivar el debate ambiental y el consenso del mundo entero en torno a la protección de la naturaleza en conjunto con el desarrollo de los Estados. Producto de esta Cumbre surgirían dos instrumentos internacionales, una Declaración Política y un Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre:

2.1.1.6.1 La Declaración Política:

Constituye otro instrumento de carácter no vinculante que generó críticas en cuanto a su efectividad y a la generación de resultados cercanos; Goran Persson indicó al respecto que en esta Cumbre y concretamente en esta Declaración, se perdió “una gran oportunidad para inyectar nueva energía a la cooperación internacional y reforzar la solidaridad mundial” (PERSSON, 2002, pág. 15). Probablemente el logro de esta Declaración que reafirmaba la problemática mundial en torno a la vida digna de los seres humanos y el medio ambiente mundial, fue que el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas de la época de origen a la iniciativa WEHAB (water, energy, health, agriculture, biodiversity), enfocada en el cuidado del agua, la creación de energía, el alcance de parámetros básicos de salubridad, la productividad agrícola y la biodiversidad. Esta iniciativa no alcanzaría ser aplicada debido a la

negativa de varios Estados en la observancia de los parámetros establecidos en la misma, que por primera vez en el marco internacional trataba el tema energético.

2.1.1.6.1 Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible:

La Cumbre de Johannesburgo enfatizaría en tres problemas que repercuten directamente en el desarrollo sostenible:

a) Erradicación de la pobreza:

b) Modificación de las pautas insostenibles de producción y consumo:

c) Protección y ordenación de los recursos naturales para el desarrollo social y económico. (Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, 2002)

2.1.1.7 La cumbre de Copenhague (Dinamarca) y el Acuerdo de Copenhague.

La cumbre de Copenhague sobre cambio climático se llevo a cabo en diciembre de 2009 y lastimosamente no tendría los resultados esperados. “Ni los Estados Unidos ni la República Popular China, los más grandes emisores de gases de efecto invernadero tuvieron, por el momento, el interés suficiente para solucionar este problema global” (VERA ESQUIVEL, 2011, pág. 140).

Más allá de esta negativa a un verdadero acuerdo mundial, la Cumbre daría origen al Acuerdo de Copenhague, un documento sin carácter vinculante y con ciertos parámetros importantes, como el mantener el incremento de las temperaturas mundiales hasta en dos grados Celsius o el fijar algunas particularidades sobre el financiamiento de la lucha contra el cambio climático.

Este documento sirve de referencia en el desarrollo del Derecho Ambiental, sin embargo, en el caso concreto de Ecuador, el Acuerdo de Copenhague se encuentra lejos de adquirir

la importancia normativa que poseen otros instrumentos como la Declaración de Rio de Janeiro (El Acuerdo de Copenhague sobre cambio climático, 2010).

2.1.1.8 Acuerdo sobre la Responsabilidad Civil de los Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos.

El 29 de Noviembre de 1969 se concluiría el Acuerdo sobre responsabilidad civil de los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos realizado en Bruselas, el cual si bien, se enfoca al resarcimiento de daños tanto en el territorio de los Estados contratantes como su mar territorial y zona económica exclusiva hace hincapié en el transporte marítimo de hidrocarburos y fija cuantías para la reparación del daño causado tomando en cuenta el “arqueo”⁸ de los buques y la culpabilidad e impericia de los propietarios de los navíos. Este Convenio nace bajo el amparo de la Organización Marítima Internacional (OMI), órgano especializado de Naciones Unidas (Acuerdo sobre la Responsabilidad Civil de los Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, 1969).

2.1.1.9 Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos.

En julio de 1989 se celebró en París una conferencia mundial bajo el impulso de la Organización Mundial Marítima, buscando delimitar nuevamente el daño ambiental causado por los buques que transportan hidrocarburos, a raíz de esta Conferencia se elaboraría el Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos que se adoptaría en el marco de la OMI el 30 de noviembre de 1990.

Ente los avances frente al Acuerdo sobre responsabilidad civil de los daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, se establece la obligación de los buques de llevar a

⁸Entendiéndose según el Convenio Internacional sobre Arqueo de Buques de 1969; “Arqueo Bruto” como la expresión del tamaño total de un buque y “Arqueo Neto” como la expresión de la capacidad utilizable de un buque.

bordo un plan de emergencia en caso de contaminación, al igual que las empresas que operen unidades mar adentro. Por otra parte los buques estarán obligados a notificar cualquier acontecimiento relacionado a la contaminación a las autoridades ribereñas, estableciendo una serie de pasos y medidas a tomar tanto para el buque como para el Estado notificado. Finalmente el Convenio concluye solicitando una cooperación internacional, tanto en la prevención de desastres como en la asistencia ante hechos nocivos para el medio ambiente marino (Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos., 1990).

2.1.2 Instrumentos Internacionales sobre la Amazonía.

Es esencial en este estudio tratar los Instrumentos Internacionales sobre la protección de la Amazonía y los recursos marítimos, pues estos Instrumentos han adquirido gran importancia a lo largo de la historia por su relación con los hidrocarburos y su extracción y transporte. Los dos últimos Convenios mencionados en el unto anterior, si bien están encaminados a la protección del mar antes que de la naturaleza en conjunto, son fundamentales en materia petrolífera, pues los mayores desastres ecológicos relacionados con hidrocarburos han sido en océanos y mares y en caso de Sudamérica y Ecuador en la Amazonía como se puede observar del caso Taromenane-Tageri y del caso Sarayaku. Por ello es importante de igual forma analizar algunos convenios generales y otros de mayor especificidad aplicables a la Amazonía:

2.1.2.1 Declaración de Nairobi:

La Declaración de Nairobi surge en 1982 recogiendo varias de las cláusulas de la Declaración de Estocolmo, reafirma la necesidad de preservar los bosques y disminuir las elevadas cifras de deforestación, complementando así a la Declaración antes mencionada y a la Declaración Río de Janeiro. Es importante mencionar que estos 3 instrumentos internacionales de tinte jurídico y político, abarcan de manera general las medidas a tomar para la protección del Medio Ambiente (Declaración de Nairobi, 2004).

2.1.2.2 La Declaración de Río de Janeiro sobre principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo:

Esta Declaración que ya fue analizada y constituye uno de los avances de la Conferencia de Río menciona un factor de gran relevancia que es la capacidad indígena para la preservación y desarrollo de los bosques; este aspecto tiene relación directa con la Amazonía habitada por diversas comunidades indígenas, las cuales poseen un bagaje cultural muy diferente al cúmulo de costumbres y conocimientos de origen occidental (La Declaración de Río de Janeiro sobre principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, 1992).

2.1.2.3 El Tratado de Cooperación Amazónica:

Si bien los instrumentos antes mencionados son de carácter general, el Tratado de Cooperación Amazónica es una fuente directa y específica del Derecho Ambiental.

Este Tratado surge en 1978 y entraría en vigencia dos años después, siendo la finalidad primordial el desarrollo armónico en los territorios amazónicos basándose en la cooperación internacional y el intercambio de conocimientos, sin limitar el derecho de los Estados de explotar los recursos existentes en estos territorios; su gran defecto es no abarcar la situación de los pueblos amazónicos ignorando así la problemática humana que en años siguientes se agudizaría.

Ecuador Guyana, Perú, Suriname, Venezuela, Bolivia, Brasil y Colombia intentarían complementar este vacío con la Declaración de San Francisco de Quito de 1989, creando “la Comisión Especial de Asuntos Indígenas de la Amazonia, con el fin de promover la cooperación en forma general sobre asuntos indígenas entre los países amazónicos” (Declaración de San Francisco de Quito, 1989), la cual buscaba la inclusión e intercambio cultural indígena pero no abarcaba una esfera aún más importante como el respeto a sus creencias (Tratado de Cooperación Amazónica, 1978).

Cabe señalar que en 2002 entró en vigencia un Protocolo de Enmienda que crea la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA) y su Secretaría Permanente (SP).

2.1.2.4 El Convenio sobre los pueblos indígenas en países independientes (el Convenio de la Organización Mundial de Trabajo (OIT 169)).

El Convenio sobre los pueblos indígenas en países independientes, fue elaborado en 1989 y es sin duda el principal documento relacionado a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y su integridad.

Entre los puntos más destacados de este Convenio se encuentran el reconocimiento de derechos de propiedad sobre la tierra en donde habitan los pueblos Indígenas y el Derecho a la Consulta. Ambos han sido ignorados en repetidas ocasiones en América Latina, basándose en la poca capacidad económica de los Estados que han explotado territorios amazónicos sin importar el derecho al hogar y a la propiedad de los pueblos indígenas e ignorando la opinión de estas comunidades que no han podido ser partícipes de los debates sobre la explotación de sus territorios (El Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Convenio de la Organización Mundial de Trabajo, OIT 169, 1989).

En Ecuador un ejemplo claro de violación a este Convenio es el caso de los pueblos Tagaeri y Taromenane, en donde la Asamblea Constituyente emitió una Declaración en fecha 19 de febrero de 2008 precisando que el 4 de febrero se dió la matanza de 5 personas de nacionalidad Waorani (Taromenane y Tagaeri) presuntamente a manos de madereros ilegales, y expresamente señala que “estos acontecimientos indican el incumplimiento del Estado ecuatoriano a sus obligaciones con la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención para la sanción y Prevención del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos o el Convenio No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la OIT” (CHUJI, 2008).

2.1.2.5 Convención sobre el comercio de especies en peligro (CITES):

Este acuerdo nace en Washington D. C. en 1973 y es enmendada en 1979 con la finalidad de preservar la flora y fauna a nivel global, para ello se indican una serie de parámetros a cumplir en caso de comercializar especies en peligro de extinción establecidas en tres apéndices parte de este Convenio (Convención sobre el comercio de especies en peligro, 1973).

Este documento tiene relación directa con el Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica en cuanto a la Amazonía, pues es notoria la presencia de un sinnúmero de especies en dichos territorios cuya protección es primordial para la conservación de los ecosistemas. Un ejemplo de esta biodiversidad lo menciona Erwin, experto en insectos del Smithsonian Institute, de EE.UU., “la densidad de artrópodos (invertebrados con patas articuladas que incluye a los insectos) en una hectárea de bosque de Yasuní es igual al doble del número de estrellas que podemos ver en una noche despejada” (UNIVERSO, 2014).

En cuanto a la jurisprudencia existen varios órganos seccionales y mundiales siendo las jurisprudencias de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte interamericana las mayores contribuyentes del derecho ambiental.

2.1.3 Sentencias de la Corte Internacional de Justicia.

En el marco de la Corte Internacional de Justicia se han expedido varias sentencias, cuyo texto no es vinculante sino solo inter-partes; aún así, la jurisprudencia de la Corte Internacional ha desarrollado el Derecho Internacional Humanitario y sus principios, abordando en varios casos, principios del Derecho Ambiental por su importancia en la subsistencia del hombre. Estos principios adquieren relevancia como fuente del Derecho a pesar de no tener carácter obligatorio; de ahí, la importancia de tratar algunos de los procesos de mayor relevancia, sobre los cuales se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia.

Germán Vera Esquivel indica que los casos más ilustrativos para América Latina son el caso de las plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs Uruguay) en donde, bajo un acuerdo se establecía el mecanismo de utilización de dicho afluente, que según Argentina era violado por el establecimiento de dos plantas de celulosa por parte de Uruguay, evidenciando el principio de que un Estado no puede afectar a otro con sus medidas ambientales; y, el caso de la fumigación aérea con herbicidas (Ecuador vs Colombia) en el cual Ecuador solicita una indemnización a Colombia por la muerte o deterioro de la salud de pobladores ecuatorianos, daños materiales y ambientales además de cualquier otra pérdida tras fumigaciones en la frontera por parte de Colombia, observado así el principio de quien contamina paga, de responsabilidad y de igual manera que un Estado no puede afectar a otro. También es importante mencionar el caso relativo al proyecto Gakcikovo- Nagymaros (Hungría vs República Eslovaca) en el cual se evoca claramente el principio de sustentabilidad y el principio de evaluación del impacto ambiental que tiene relación con el principio precautelatorio a su vez, el caso de la caza de ballenas en el Antártico (Australia vs Japón), el caso del canal de Corfú /Reino unido vs Albania) que reconoce por primera vez el principio sic utere tuo ut alienum non laedas (Un Estado no puede afectar a otro con sus acciones) y el caso de los ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelanda vs Francia) en el cual se puede observar el principio precautorio principalmente.

A más de estos casos es importante mencionar el caso Torrey Canyon (Liberia vs Francia e Inglaterra) en donde se evidencia la responsabilidad por contaminación petrolífera. En dicho caso el buque tanque Torrey Canyon de bandera liberiana y propiedad de una empresa de Barbados por un error de navegación sufrió un percance que provoco el derrame del crudo que transportaba causando un severo daño ambiental e aguas francesas e inglesas.

Todos estos casos obtuvieron sentencias favorables de la Corte Internacional de Justicia entorno a la protección de los principios ambientales.

2.1.4 Tratados ratificados por Ecuador sobre el transporte de Petróleo.

Cabe resaltar que Ecuador ha celebrado varios acuerdos referentes al transporte de petróleo, destacan en la actualidad el Convenio de Interconexión Petrolera Ecuador – Colombia (transporte de crudo del Suroriente de Colombia por el OCP) y el Convenio Ecuador-Perú sobre el transporte de crudo del Suroriente ecuatoriano por el oleoducto NorPeruano. Dichos tratados son de carácter comercial, pero sus lineamientos están sujetos a las normas internacionales antes descritas, por lo que cualquier impacto ambiental originado por la actividad humana deberá ser reparado de acuerdo a las normas pertinentes.

2.1.5 El papel de los Organismos Regionales.

A nivel mundial los organismos seccionales y regionales han impulsado una serie de normas e instrumentos internacionales de carácter ambiental, un ejemplo es en la Unión Europea el Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa o en caso de América Latina y Ecuador es importante destacar el papel de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que ha expedido varias decisiones con repercusión en materia ambiental un ejemplo es la decisión 182 de 1983 sobre agricultura, seguridad alimentaria y conservación del ambiente; así mismo, ha emitido una serie de declaraciones en el campo de la propiedad intelectual y el desarrollo industrial y económico que poseen relación directa con el medio ambiente ejemplo es la Decisión 436 de 1998 sobre el Registro de control de plaguicidas químicos de uso agrícola. La Comunidad Andina de naciones elaboró en su momento una serie de propuestas para el desarrollo del derecho Comunitario Ambiental Andino denotando el papel preponderante que ha tenido este organismo en la creación de normativa ambiental.

El Tratamiento de la Convención de San José y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aspectos fundamentales en el tratamiento del Derecho Ambiental en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), serán analizados en el siguiente capítulo.

2.2 Contenido de la Constitución de la República de Ecuador.

La actual Constitución de la República del Ecuador está trazada a lo largo de una estructura sistémica de derechos y garantías, siendo evidente que busca fomentar el respeto de la naturaleza en su relación con el hombre y así mismo otorga una protección intrínseca ajena a la actividad humana como tal; situación derivada de la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, que nace en virtud del Art. 10 de la Carta Magna, el cual señala: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Dicho artículo da origen a un nuevo paradigma, en donde la naturaleza no solo tiene relevancia por su relación con el hombre, sino por sí misma y en relevancia con la vida.

A partir de dicho enunciado se desarrolla el Capítulo Séptimo del Segundo Título de nuestra Constitución, sobre los Derechos de la Naturaleza en donde se puede observar la influencia indígena de nuestra Constitución y la reiterada preocupación por los pueblos ancestrales, pues se menciona a la Pacha Mama como sinónimo de la naturaleza y se indica la posibilidad de toda persona y de los colectivos, comunidades pueblos y nacionalidades de requerir el cumplimiento de los derechos de la naturaleza as el Art. 71 manifiesta:

“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El Art. 72 establece el derecho de la naturaleza a ser restaurada separando la obligación civil de indemnizar a los perjudicados, evidenciado así a la diferencia entre la naturaleza como sujeto de derechos y el hombre como sujeto de derechos.

El Art. 73 menciona la obligación del Estado de precautelar la biodiversidad y las diferentes especies; tema ampliado en el segundo Capítulo del Título séptimo que habla de la Biodiversidad.

Finaliza el Capítulo con el Art. 74 cuya importancia es vital para el tratamiento de casos similares al Sarayaku, Taromenane, Tagaeri o cualquiera que se pudiese presentar en un futuro con comunidades indígenas o pueblos no contactados y guarda relación directa con el derecho a la consulta en pueblos indígenas⁹:

“Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Vale señalar que el Art. 405 menciona nuevamente a los pueblos indígenas y reafirma el nexo que poseen con sus territorios y la necesidad de mantenerlo. “...El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Así mismo el Art. 407 indica la prohibición de explotar estas zonas protegidas a menos que exista una “petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.” Siendo este artículo en el cual se fundamentó la explotación del Yasuní ITT, la cual violaría los derechos de comunidades indígenas y de la propia

⁹ Alberto Acosta, uno de los principales actores políticos de la elaboración de la llamada Constitución de Montecristi, sostiene que ha existido una injusta redistribución de las riquezas, sustentándose en varias cifras preocupantes que motivan la vigencia de la norma antes citada; uno de estos datos hace referencia al nivel de pobreza en Ecuador y cabe mencionarlo: un 90,3% de los indígenas y un 51,1% de los mestizos son pobres.

naturaleza¹⁰.

Una vez establecidos los derechos de la naturaleza en el Art. 71, es importante analizar los principios ambientales establecidos en la Constitución para la interpretación de dichos derechos. Para ello nos remitiremos especialmente al Título VII, Capítulo Segundo, Sección Primera y Segunda, particularmente y a ciertas normas de la Constitución que reflejan el contenido de los principios del Derecho Ambiental tratados en el primer capítulo de este estudio; y así, de manera sistemática expresan:

La Constitución y los Principios de Derecho Ambiental.		
Principio de desarrollo sustentable.	Art. 395, numeral 1.	“1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”
Principio de Participación.	Art. 395, numeral 3.	“3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.”

¹⁰Es más que cuestionable la realización de un proceso de consulta previa e informada en las comunidades indígenas y aún no se esclarece la existencia de pueblos no contactados en los bloques a explotar, lo cual atentaría contra los derechos de los pueblos radicados en la zona; igualmente al preverse un daño irreparable al medio ambiente por la necesaria construcción de vías, edificaciones, oleoductos etc., para la explotación se afectaría los derechos de la naturaleza.

In Dubio Pro Nature.	Art. 395 numeral 4.	“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”
Principio de Prevención.	Art. 396.	“El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño...”
Principio de Precaución.	Art. 396.	“En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.”
Principio de responsabilidad.	Art. 396.	“La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas...”
Principio Quien Contamina Paga.	Art. 397.	“En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las

		servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental”
Derecho a la Consulta.	Art. 398.	“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente...”
Principio de Soberanía.	Art. 400.	El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.
Principio de Información.	Art. 18, Numeral 2.	Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.
Principio de Cooperación Internacional.	Art. 423, numeral 2.	Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

		<p>2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.</p>
--	--	--

En base a lo expuesto podemos evidenciar que se transforma el marco de protección del medio ambiente y las comunidades indígenas, generado y reconociendo una serie de derechos a favor del hombre en su relación con la naturaleza, principalmente en cuanto a salud, trabajo, educación y respeto a las culturas ancestrales y forma organización. El Art. 14 de nuestra Constitución, da el primer paso en la regulación del hombre con la naturaleza: “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por su parte el Art. 32 de nuestra Constitución al referirse a la salud como derecho indica “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), recalando así la relación del hombre con el medio ambiente y la obligación estatal de resguardar la salud del hombre brindando un ambiente sano, es más el Art. 318 establece que el Agua es un bien público y se elimina la privatización del servicio de agua potable, pues el agua se transforma en

un derecho del ser humano. El numeral 27 del Art. 66 reafirma lo expresado en el Art. 32, al indicar que se reconoce y garantiza “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El numeral 5 del Art. 326 expresa la necesidad de que un trabajador desarrolle sus actividades en un ambiente que no afecte su salud, el Art. 347 numeral 4 se establece la responsabilidad estatal de brindar una educación ambiental y así podemos enumerar una serie de artículos de la Carta Magna ecuatoriana que denotan el esqueleto de derechos que poseen dicho cuerpo normativo. Así mismo el Art. 83 numeral 6 establece la obligatoriedad de respetar la naturaleza por parte de los ecuatorianos y ecuatorianas.

Por otra parte desde los parámetros de la organización estatal, también existen una serie de normas de protección al medio ambiente. En primer lugar el desarrollo de tecnologías ambientalmente limpias y la prohibición de actividades con sustancias tóxicas como indica el Art. 15

Al hablar sobre el régimen de desarrollo, la Constitución da clara importancia en los artículos 275 y 276 a la protección de comunidades, pueblos y nacionalidades y a la conservación de la naturaleza como parámetros para el desarrollo del país enfocándose al Sumak Kawsay; así mismo la constitución establece una serie de limitaciones entorno a la protección de los derechos de la naturaleza un ejemplo es el art. 290 numeral 2 establece que el endeudamiento público no deberá afectar la preservación de la naturaleza.

En cuanto a Galápagos existen varias consideraciones especiales partiendo del art. 258 de la Constitución referente a la organización de dicho archipiélago, además muchos pactos internacionales y resoluciones a nivel mundial principalmente de la Organización Mundial Marítima dotan de una protección especial a dichas islas.

Sobre los recursos no renovables se establece en los arts. 316, 317 y 319 la responsabilidad estatal de una adecuada explotación de recursos y la conservación de la naturaleza, buscando minimizar los impactos negativos en el medio ambiente y promoviendo formas de producción que no atenten contra la naturaleza.

Como se puede observar nuestra Constitución adopta una estructura garantista que profesa el respeto a los derechos y constitucionaliza a su vez una serie de instrumentos internacionales que sin duda alguna fomentan la construcción y aplicación del Derecho Ambiental en Ecuador.

2.3 Análisis de la concepción de la naturaleza como sujeto de derechos.

El 10 de abril de 2008 se aprobó con 91 de los 130 votos el Art. 10 de la Constitución ecuatoriana que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, y, el 7 de julio del mismo año se debatieron todos los artículos que desarrollan el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y sus sustentos, basándose en consideraciones como la “necesidad de cambiar el paradigma de desarrollo, el enfoque de aproximación legal y la relación que el ser humano tiene con su entorno, a fin de evitar o, al menos paliar las imprevisibles consecuencias que se producirán si mantenemos el sistema de depredación antropocéntrica” (Acta Asamblea Constituyente 058, Informe de Mayoría y Minoría sobre Derechos de la Naturaleza, 2008).

Una vez aprobado el texto constitucional, el Art. 10 de dicho cuerpo, señala: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

A raíz de este artículo de la Constitución del 2008 y las diversas innovaciones que acarrea esta nueva concepción de la naturaleza, cambia el paradigma constitucional de protección de derechos e indudablemente este cambio involucra la protección ambiental, siendo el Ecuador el primer país en reconocer a un rango constitucional los derechos de la naturaleza y su calidad como sujeto de derechos.

Nuestra Constitución reconoce también, a la naturaleza como la “Pachamama” que a criterio de Zaffaroni equivale a la Gaia¹¹ (ZAFFARONI, 2011), siendo el término

¹¹Eugenio Zaffaroni sostiene que en Europa ya fue concebida una visión de la naturaleza como un

“Pachamama” propio de la tradición indígena usado para llamar a la madre tierra, la cual no solo constituye el conjunto de componentes del ecosistema (un todo vital), sino representa para el mundo indígena una deidad. Así, el alcance de la protección de la naturaleza como sujeto de derechos conlleva una protección tanto ambiental como cultural, repercutiendo por consiguiente, en la protección de los pueblos indígenas.

Por otra parte, si bien la tradicional clasificación de los derechos ubica al derecho a un medio ambiente sano entre los derechos de tercera generación, esta clasificación no exige que en la actualidad dicho derecho sea considerado dentro de los llamados derechos fundamentales, en donde los derechos no poseen un rango sino igual jerarquía, y en caso de conflicto se aplicará una ponderación; y, al ser considerada la naturaleza sujeto de derechos cambian una serie de aspectos de índole doctrinaria y procesal.

Al hablar de la tutela de un derecho y de un bien jurídico protegido, debemos considerar que la Constitución ecuatoriana dotó de la categoría de sujeto de derechos a la naturaleza, esta caracterización cambia la concepción antropocéntrica que existía en el marco del Derecho Ambiental pues el hombre ha sido considerado como la finalidad del Derecho, tomando como medida de felicidad y desarrollo humano a la economía y la riqueza, visión reemplazada por una nueva concepción con tendencia geocéntrica que entienda a la naturaleza y sus elementos como parte de un sistema conformado de igual manera por el hombre y que indudablemente su estabilidad permite el desarrollo humano. Podemos afirmar que esta nueva concepción da origen a un paradigma biocéntrico en donde "la vida es el centro de todo y que a ella le pertenecemos" (ANGULO AYOVI, 2013, pág. 102), es decir, todos los elementos se entrelazan en el medio ambiente formando así un sistema complejo del cual el hombre es solo un componente mínimo en la perpetuación de la vida. Este principio surge en 1970 formulado por Rolando Toro.

Para aclarar el nuevo paradigma ambiental, Ramiro Ávila Santamaría parte de que los derechos humanos merecen protección especial en virtud de cuatro aspectos: la dignidad, el derecho subjetivo, la capacidad y la igualdad; tomando estos aspectos y

conjunto de seres vivos en relación y dependencia, sin que exista sujeción de un ser a otro; a esta visión se le denominó como la Hipótesis Gaia y actualmente la Gaia se asemeja en América Latina al término Pachamama.

aplicándolos en una teoría ambiental que establezca a la naturaleza como sujeto de derechos Ramiro Ávila establece:

3.1 La Dignidad: partiendo del supuesto de la tortura con el fin de obtener información, Ramiro Ávila establece que claramente se utiliza al hombre como medio para la obtención de un fin, violando así su dignidad; el hombre no debe ser únicamente un medio sino un fin correlativo pues nuestros actos favorecen a otros en el marco social y los actos de otros deben tender a favorecerenos, a cumplir nuestros fines, entonces “la clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2012, pág. 112). En el caso de la naturaleza se puede considerar a esta como un medio para la satisfacción de las necesidades del hombre, pero podría también tener un fin en el cual el hombre sea el medio, es decir puede que concurren las dos calidades según el momento. Ramiro Ávila sostiene que la Tierra es un ser viviente por lo cual su supervivencia es su finalidad y la Tierra nos necesita en cuanto no la destruyamos, es decir, requiere de un deber de omisión del hombre, pues sus actos tienden a destruir la naturaleza; concluyendo así, que “los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y esta también necesita de los seres humanos. En consecuencia se puede aplicar con absoluta pertinencia el principio kantiano de la dignidad” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2012, pág. 122).

3.2 El derecho subjetivo: partiendo del concepto de Ferrajoli de derecho subjetivo considerado “una condición provista por una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser titular de situaciones o autor de actos” (FERRAJOLI, Derechos Fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2001, pág. 19), es decir que una persona es titular de un derecho subjetivo por cuanto la norma le otorga esa calidad, y se amplía a la naturaleza por el desarrollo histórico de la teoría de los derechos subjetivos.

Como ejemplo, la esclavitud y los derechos de propiedad sobre el esclavo eran considerados derechos subjetivos violentando los derechos humanos; en la actualidad la esclavitud es considerada una aberración y las constituciones y sistemas penales en vez de permitir la condenan, esta evolución y cambio constante del sistema jurídico humanitario puede derivar en una nueva tendencia en donde la naturaleza se revista de

esos derechos.

3.3 La capacidad: el Código Civil ecuatoriano expresa en el Art. 1461: “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra” (Código Civil de Ecuador, 1970). Por lógica es irracional creer que el medio ambiente pudiese obrar por sí mismo a pesar de ser titular de un derecho subjetivo; pero al contrario, como sostiene Ramiro Ávila, el concepto de capacidad ha evolucionado al punto que niños, mujeres, minusválidos, etc. que eran incapaces ahora gozan de la calidad de capaces en mayor o menor grado; la premisa normativa de que todos somos capaces hasta que se declare nuestra incapacidad cobra relevancia, los únicos límites son la incapacidad absoluta o relativa regulada en el Código Civil. Surge entonces, ante estos casos de incapacidad relativa, la figura de la representación¹², la cual también se ve aplicada a la naturaleza permitiendo que toda persona reclame los derechos ligados al medio ambiente ante una afectación de ellos.

3.4 La igualdad: a través de la historia se ha defendido la igualdad entre quienes gozan de las mismas características y con la evolución del hombre se propende a equipar las condiciones de vida de los considerados “iguales” con quienes poseen diferencias, de ahí el surgimiento de la mal llamada “discriminación positiva” o acción afirmativa, pero es obvio que no se puede equiparar a la naturaleza con el ser humano y mucho menos frente al Estado que protege la vida humana por sobre los elementos que conforman su entorno.

Ramiro Ávila expresa que todo depende de la categoría a considerar. Evidentemente el hombre no posee similitudes específicas con la naturaleza pero en ambos casos podemos afirmar que se trata de seres vivos, “entonces la categoría no es ser humano, ser una especie, sino existir como ser vivo” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2012, pág. 129), subsanando así la duda sobre la igualdad mientras paralelamente nuestra Constitución reconoce a la naturaleza como ser vivo en su Art. 71¹³ lo que pareciera confirmar la

¹²La figura de la representación es aplicada también, a las personas jurídicas, las cuales gozan de esta categoría de personas en virtud de una ficción legal; ficción similar a la que otorga la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza.

¹³“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales (...)” el

postura señalada.

La Constitución reconoce así a la naturaleza como sujeto de derechos y no solo como un bien de la propiedad del ser humano. A raíz de esta nueva conceptualización surgirán una serie de particularidades propias del ejercicio de las garantías constitucionales y de los derechos de la naturaleza. Vale señalar que si bien el fin del paradigma biocéntrico es la vida, la protección del Derecho Ambiental no se limita a los seres vivos sino a un complejo entorno en donde los elementos de la naturaleza en sí son el bien jurídico protegido y no únicamente la propiedad de esos bienes.

El 30 de marzo del 2011 se dió inicio al primer caso a favor de la naturaleza, Eleanor Geer Huddle junto con Richard Frederick Wheeler, presentaron una acción de protección a favor del río Vilcabamba y en contra el Gobierno Provincial de Loja a raíz de la contaminación del río, obteniendo una sentencia positiva y encaminando esta nueva concepción de la Naturaleza como sujeto de Derechos en donde la acción popular surge como mecanismo para ejercer la tutela jurídica.

2.4 Legitimación en Materia Ambiental.

En el marco de la tutela de los derechos de la naturaleza, tenemos que partir del hecho de que la naturaleza por sí misma no puede ejercer sus derechos; la Constitución reconoce en el numeral 1 del Art. 397 la solución a este conflicto al indicar que el estado se compromete a:

“Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de

reconocimiento de que la Pacha Mama como tal posee ciclos vitales, denota un reconocimiento de la categoría de ser vivo de la naturaleza. Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador.

daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De esta manera no cabe duda que cualquier persona natural, jurídica, colectividades o grupos humanos pueden ejercer la tutela sobre los derechos de la naturaleza rompiendo así el esquema tradicional, en donde se requería ser titular de un derecho subjetivo o un interés público.

La legitimidad procesal en el Derecho Ambiental, se ve correlacionada con los llamados intereses difusos; en virtud de estos intereses difusos cualquier sujeto está legitimado a ejercer una acción sin necesidad de invocar lesión alguna ni un interés legítimo, pues una norma jurídica ha otorgado dicha potestad y la titularidad del derecho subjetivo no corresponde a un particular sino amplia su tutela a las personas y organizaciones como tales.

Los intereses difusos se diferencian de los intereses colectivos, en que estos últimos corresponden a una colectividad o comunidad organizada y no a la generalidad de las personas, pues en el caso de los intereses colectivos se puede hablar de personas individualizadas. Los intereses difusos se diferencian así mismo del interés público el cual es imputable a la administración pública y no a cualquier persona. Si nos remitiéramos, en estricto sentido, a los intereses colectivos como fundamento para la protección de un derecho; este derecho a protegerse debería ser un derecho humano de tercera generación y no podría caber entre los derechos de la naturaleza, limitando incluso el ejercicio de una acción al impedir que cualquier individuo, sin restricción alguna, presente la misma.

Los intereses difusos encuentran su mecanismo de ejercicio en la acción popular, la cual puede ser planteada en representación propia y de los demás individuos afectados, siendo los únicos requisitos “la tenencia de capacidad jurídica, la existencia de una norma jurídica que lo habilite a accionar, y la violación o menoscabo al bien jurídico tutelado expresamente por el ordenamiento jurídico en forma objetiva” (JIMENEZ

MEZA, 1998), de igual manera al profesar la igualdad entre los seres humanos nuestra Constitución no imposibilita que un extranjero plantee dicha acción. En consiguiente, el conflicto en el ejercicio de la acción popular no es la definición de la persona que impulsará el proceso y del elemento subjetivo de la norma, sino el verdadero conflicto surge del elemento objetivo y del costo que conlleva un proceso ambiental y que recaería sobre el peticionario o denunciante.

Es importante señalar que la acción popular no impide el ejercicio de una acción individual, también cabe diferenciar acción popular y acción pública pues la segunda es la ejercida por el estado y sus órganos, mientras que la primera como se mencionó es potestad de todo ciudadano.

Para concluir, debemos indicar que hay diversas acciones que pueden presentarse ante un daño ambiental en el Ecuador, según el fin que se persiga; bien sea una acción de protección, acudir con un reclamo o solicitud en vías administrativas, presentar una demanda civil por daños ambientales o una denuncia penal por daño ambiental. Entonces la legitimación pasiva recaería en particulares o ante órganos del Estado, instituciones, delegatarios o concesionarios. Es importante señalar que la acción de protección en la Constitución de 1979 solo procedía ante actos de autoridad y no particulares, postura corregida en la Constitución de 1998.

Las acciones mencionadas cabe recalcar, no solo proceden por acción del causante del daño, sino también, existe la responsabilidad por omisión, subsistiendo en ambos casos una responsabilidad extracontractual.

En definitiva y en concordancia con el principio quien contamina paga, el responsable directo será quien asuma la responsabilidad del daño causado, pero no podemos olvidar que al ser deber del Estado garantizar la preservación del medio ambiente, gran parte de las acciones encontrarán en las instituciones u organismos estatales su contraparte, pues la mayoría de procesos por daño ambiental en la Amazonía ecuatoriana provienen de la explotación de petróleo bajo la autorización del Estado y su falta de seguimiento.

2.5 Reparación en el Derecho Ambiental.

Uno de los mayores inconvenientes que encuentra el derecho ambiental es la cuantificación del daño, pues es complicado valorar un bien cuya importancia no concurre con la naturaleza pecuniaria de otros objetos y más aún el daño causado en la mayoría de casos es irreversible. Ante esta situación la mayoría de cuerpos normativos han planteado la posibilidad de una reparación económica ante la imposibilidad de una recomposición, siendo esta última la primera medida que ha de buscarse ante un daño ambiental, a más del cese del acto generador de este daño¹⁴ (TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MEZA, 2004, pág. 677).

Esta reparación a su vez encuentra una serie de complejidades muy notorias, como se puede observar en el caso Sarayaku, pues no se poseen criterios totalmente objetivos que logren determinar cifras exactas ni mecanismos de cuantificación establecidos en las normativas correspondientes, problema que no corresponde solo al Derecho ecuatoriano y latinoamericano sino al Derecho Ambiental en su universalidad..

Se han considerado varios puntos de vista sobre el valor de la naturaleza desde la doctrina; Marcelo López Alfonsín indica la existencia de dos posturas, una antropocéntrica y otra egocéntrica, en la primera el hombre da el valor al bien según la importancia del mismo en la sociedad, en la segunda el medio ambiente posee un valor intrínseco ajeno al hombre; más allá de estas dos posturas es indudable que quien fijará el valor pecuniario de un elemento de la naturaleza o su conjunto concluye siendo el hombre. Carlos De Miguel efectivamente indica que “cuando se valora económicamente el medio ambiente se busca obtener un indicador de su importancia en el bienestar de la sociedad, es decir, su aptitud para proporcionar utilidad que es valorada por los seres humanos” (DE MIGUEL, 2003, pág. 27).

¹⁴En el marco del Código Civil de Argentina se sostiene, que en el caso que la eliminación de las molestias signifique suprimir una actividad socialmente valiosa, debe indemnizarse económicamente y no disponer el cese de los actos.

Este indicador es de compleja determinación y es así que para la cuantificación del daño ambiental no se puede considerar el valor de mercado de un bien, y es la llamada economía ambiental la intenta suplir los vacíos en este conflicto, para ello esta ciencia indica que se debe realizar una distinción entre valores de uso y de no uso como punto de partida para la obtención de un valor total. Los valores de uso pueden ser de uso directo, indirecto y de opción.

Los valores de uso directo son aquellos que generan un daño económico con la sola actividad del hombre, es decir está relacionado directamente con el uso del recurso biológico, un ejemplo común es la pesca, de uso indirecto son aquellos que repercuten en los bienes de uso directo o en la obtención de estos pero, como en el mismo caso de la pesca, sería en cambio el alimento de los pescados y de opción que se dan en virtud de la disposición a pagar por un uso futuro. En base a esto, los valores de uso directo serían por ende los de mayor costo en caso de un daño ambiental.

Por otra parte se diferencian dos tipos de valores de no uso: valor de no uso de opción y valor de no uso de existencia (DE MIGUEL, 2003, pág. 29). El primero de ellos se clasifica en valor de opción propiamente dicho, referido a la posibilidad de explotar o no un bien en un futuro y valor de cuasi opción que involucra el desconocimiento sobre beneficios y costes de producción, de tal manera que hasta el conocimiento de estos se pospone la explotación. El segundo de ellos, los valores de no uso de existencia, se clasifican en cuatro categorías: valor de existencia, las personas dan valor a un bien aunque sepan que no lo van a usar en el futuro; valor ecológico, un bien adquiere valor a raíz de su conservación con miras a mantener las funciones ecosistémicas; valor científico, el cual se basa en la preservación del bien con fines de investigación y; valor cultural, científico e histórico, el cual está ligado a las creencias o preferencias de una agrupación humana y en virtud de estas creencias se conserva un determinado elemento de la naturaleza o la naturaleza misma, un ejemplo muy claro es del árbol “Lispungo” considerado sagrado por el pueblo Sarayaku.

Estos parámetros son un punto de partida, sin embargo no puede medir las diferentes

variables que existen en el impacto ambiental, correctamente Ramón Martín Mateo “la elección de las medidas utilizables para la valoración de los daños y la precisión de las medidas adecuadas para su reparación, dependerá del ámbito de las perturbaciones ambientales introducidas y del alcance y gravedad los perjuicios” (MARTIN MATEO, 2003).

En base a lo expuesto acertadamente se puede afirmar que no existe un mecanismo establecido ni mucho menos un valor económico claro, pues si bien la economía ambiental podrá determinar el costo de bienes en valor a su precio de mercado o el precio que poseen para los actos de comercio, un ejemplo claro es la madera extraída de un bosque; existen muchos otros casos en que es indeterminable su repercusión como por ejemplo la función purificadora que poseía un bosque previo a ser destruido, en estos casos no hay manera exacta de precisar una cuantía y probablemente los doce parámetros que fija Enrique Peretti sean idóneos:

- “1) la magnitud del daño ambiental, su irreparabilidad, la afectación de recursos naturales, la implicancia directa o indirecta en la salud de la población afectada, la degradación de la biodiversidad, y el ecosistema, etc. la no exclusión de beneficiarios, puesto que todos tiene derecho al medio ambiente, aun las generaciones futuras
- 2) período de tiempo en el que se desarrolló la actividad contaminante.
- 3) las características del responsable.
- 4) Rentabilidad de la actividad contaminante.
- 5) costos de producción que se externalizan.
- 6) Características de la comunidad afectada.
- 7) Carácter de la relación vinculación económica y cultural de la sociedad con el recurso afectado.
- 8) Características del paisaje afectado.
- 9) Relación socio- afectiva de la comunidad con la zona contaminada.
- 10) Previsibilidad técnico-científica de los efectos de la acción contaminante.
- 11) El accionar doloso o culposo del agente contaminante.
- 12) Posibilidad tecnológica de evitar o atenuar los efectos contaminantes” (PERRETI,

2005, pág. 11 y ss.).

Estos parámetros parecen ser los más acertados, sin embargo como se manifestó en un inicio aún no existe normativa ecuatoriana ni un marco normativo internacional que pueda esclarecer totalmente la reparación del daño y su cuantía, siendo los jueces los encargados de la valoración de las pruebas y de la fijación del monto en caso de un resarcimiento económico.

Para concluir este punto, cabe mencionar, que el desarrollo y crecimiento del marco jurídico, en cuanto al daño causado y a la responsabilidad del causante, han dado cabida a figuras como el daño moral ambiental, entendiéndose que el objeto del daño moral es “indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos” (TRIGO REPRESAS & LÓPEZ MEZA, 2004, pág. 719). Esta figura posee importancia principalmente doctrinaria, pues para la cuantificación de un daño podría incluirse al daño moral ambiental en el daño inmaterial; y, a su vez, atribuirle un valor pecuniario en virtud de una estructura argumentativa del juez, siendo innecesaria una regulación positiva de esta figura.

CAPÍTULO III:

LA RELACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS Y FRENTE AL DERECHO A LA CONSULTA EN ECUADOR.

3.1 El Derecho Ambiental y los Derechos Humanos.

Los derechos humanos cumplen un papel preponderante en el marco jurídico mundial y poseen relación con diversas áreas del conocimiento jurídico una de ellas es el Derecho Ambiental, siendo el principal punto de encuentro de estas ramas, el surgimiento de los derechos de tercera generación, situación que se podrá observar en la evolución de los derechos.

Para iniciar es conveniente definir a los Derechos Humanos. Siguiendo una concepción positivista los Derechos Humanos son “el conjunto de normas y principios reconocidos tanto por el Derecho Internacional como por los distintos ordenamientos jurídicos internos, de observancia universal e inherentes al ser humano, tanto en su faceta de individuo como de sujeto integrante de la colectividad, y que definen las condiciones mínimas y necesarias para que el individuo pueda desarrollarse plenamente en el ámbito económico, social, cultural político y jurídico, en armonía con el resto de la sociedad” (PEÑA CHACÓN, 2008, pág. 18).

Miguel Ángel Contreras por su parte expresa que “los Derechos Humanos son aquellas facultades o atributos que poseen todos los seres humanos sin excepción alguna, por la sola razón de su pertenencia al género humano. Estos derechos se hallan sustentados en valores éticos, cuyos principios se han traducido históricamente, al ser reconocidos por los Estados, en normas de derecho positivo e internacional” (CONTRERAS NIETO, 2002, pág. 99). De este concepto se deriva una visión con tendencia iusnaturalista en donde el reconocimiento estatal de los derechos no es un requisito para su validez sino un reconocimiento histórico. La discrepancia positivista y iusnaturalista entre la validez de los derechos y su origen, son motivo de discusión aparte, por lo cual, es conveniente

centrarnos en el desarrollo mismo de los derechos en el marco normativo internacional e interno¹⁵.

El proceso de formación de los Derechos Humanos se remonta siglos atrás, Pedro Nikken indica que “fue en Inglaterra donde emergió el primer documento significativo que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos: la Carta Magna de 1215, la cual junto con el Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos” (NIKKEN, 1994, pág. 17). Posteriormente se darían la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) y la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776). Miguel Carbonell por su parte, destaca la importancia de los instrumentos mencionados pero sostiene que el punto de partida debe situarse con posterioridad, pues podríamos incluso remontarnos al Código de Hammurabi y la Ley de las 12 Tablas, pero en virtud de los antecedentes textuales y doctrinales, Carbonell indica que “la frontera debe situarse en un punto más cercano de la historia: justamente en el siglo XVIII. A nivel normativo nuestro arranque se produce con las declaraciones de derechos de Francia en 1789, 1791 y 1793, y las de las colonias americanas, con su posterior desarrollo a nivel federal” (CARBONELL, 2013, pág. 52).

El desarrollo constitucional y jurisprudencial estadounidense, tendría un papel preponderante en la consolidación de los derechos humanos en el siglo XIX y XX, destacan las sentencias *Marbury vs Madison*, *Dred Scott vs Sanford*, *Plessy vs Ferguson* y *Lochner vs New York*.

Los derechos humanos, a lo largo del siglo XX, se desarrollarían en un orden cronológico, que evidencia la clasificación como derechos de primera, segunda, tercera, cuarta y quinta generación. El primer instrumento que da origen formal y enuncia un

¹⁵Se sostiene que los derechos desde una concepción iusnaturalista, no provienen del reconocimiento normativo de los mismos, así los derechos siempre existieron y el ser humano únicamente los ha ido descubriendo y plasmando en normas jurídicas o morales. Autores como Bobbio, Carbonel, o Ferrajoli, desde una concepción iuspositivista, señalan que han existido a lo largo de la historia normas morales que imponen obligaciones no derechos (el caso de los diez mandamientos), sin embargo, en virtud del factor temporal y social, se han desarrollado ante estas obligaciones los derechos propiamente; es decir, el hombre según su realidad crea, modifica o extingue derechos.

listado de los derechos humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por Naciones Unidas el 10 de Agosto de 1948 y motivada, claro está, por las dos guerras mundiales que habían dado luz a infinidad de torturas y a la muerte del hombre a manos del hombre. Esta Declaración abarca el derecho a la vida, a la libertad, prohíbe la esclavitud y tortura y desarrolla el derecho a la seguridad nacional como principales parámetros de protección del ser humano, posteriormente trata la protección a la vida privada, a la familia, a la educación, sienta las bases del derecho al debido proceso entre otros, hasta abarcar los derechos al trabajo y la seguridad social y sus implicaciones. La Declaración Universal de los Derechos Humanos no menciona expresamente el derecho a un ambiente sano y por lógica tampoco derechos intrínsecos a la naturaleza, pero de manera tácita protege el derecho del ser humano a desarrollar su vida en un entorno adecuado; así lo expresa el Art. 25 de dicho instrumento Internacional:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Podemos afirmar entonces, que la relación entre Derechos Humanos y Derecho Ambiental, tiene un importante antecedente en el Art. 25 de la Declaración de los Derechos Humanos, más allá de que la Carta de las Naciones Unidas establece la autodeterminación de los pueblos, pero desde un punto de vista político acorde a la época.

Tras la creación de este Instrumento, el avance del Derecho Internacional Humanitario daría origen a dos Instrumentos Internacionales adoptados en 1966 con relación directa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos: La Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; para nuestro estudio, el segundo de ellos cobra mayor relevancia ya que protege “el derecho de los pueblos a la libre determinación, así como a disponer

libremente de sus riquezas y recursos naturales” (HERRERA ARCINIEGA, 2003, pág. 118), estableciendo el nexo entre la autodeterminación de los pueblos y el aprovechamiento de los recursos naturales de los territorios en que habitan, sin necesariamente referirse aún a los derechos de la naturaleza; además indica la “necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona” (PEÑA CHACÓN, 2008, pág. 32). Los tres Instrumentos mencionados darían vida a los Derechos de primera y segunda generación (derechos civiles y políticos y los derechos culturales respectivamente), relegando a los derechos de tercera generación a una variedad de instrumentos de diverso contenido.

Cabe resaltar, que la corriente que distingue a los derechos en derechos de primera, segunda y tercera generación nacería en el siglo XX; esta clasificación es atribuida al checo Karel Vasak, quien en 1979 habría mencionado esta división en una conferencia en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo) y, posteriormente, en 1984 lanzaría su obra ‘Pour une Troisieme generation des droits de l’homme’ (para una tercera generación de derechos humanos). Como veremos al final del tema, esta clasificación se ve modificada desde el punto de vista constitucional.

El eje del nexo entre derechos humanos y derecho ambiental aparece con el desarrollo de los derechos humanos de tercera generación. La Declaración de Estocolmo de 1972 sería el documento que desarrolle por primera vez el derecho a la protección del ambiente de forma expresa y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos creada en el marco de Naciones Unidas el 4 de Julio de 1976 tratarían por primera vez a fondo la situación de las comunidades indígenas y ancestrales, llegando a ser estos dos instrumentos los principales al momento de hablar del reconocimiento de los derechos de tercera generación; sin embargo, en base a lo expuesto podemos afirmar que ya existían en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y principalmente en la Declaración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales referencias a la importancia del medio ambiente en el desarrollo del ser humano e incluso bases para su reclamo. El surgimiento de esta categoría de derechos conllevaría el desarrollo de figuras como la acción popular, tratada en el capítulo anterior y la importancia del debate

ambiental plantearía un necesario desarrollo del Derecho, en cuanto a la protección de la naturaleza.

Los derechos de cuarta generación son propios de la evolución de las ciencias, constituyen los derechos relacionados a los conocimientos tecnológicos, el acceso a la información, la seguridad y vida privada en el marco de las telecomunicaciones e internet, el derecho a la libertad de expresión en el campo de la informática, el acceso a medios de comunicación entre otros, ligados claramente al desarrollo tecnológico humano. Su reconocimiento en la normativa interna e internacional es paulatina y se evidencia claro está, en instrumentos ya existentes de derechos humanos, los cuales ven ampliarse su contenido tradicional y se interpretan de manera progresiva, permitiendo así el ejercicio de los derechos.

Los Derechos de quinta generación se generan a partir a raíz del descubrimiento de nuevas tecnologías en el mapa genético de la vida buscando, claro está, proteger a los seres humanos de cualquier tipo de manipulaciones genéticas sin consentimiento.

Demetrio Loperena divide a los derechos del ser humano desde otro punto de vista, en dos categorías: los derechos que el Estado debe respetar y proteger y los derechos que el Estado debe promover o proveer (LOPERENA ROTA). Según esta clasificación es lógico que los derechos civiles y políticos se encuentran en la primera clasificación siendo deber del Estado su respeto; la educación fuese un ejemplo de la segunda clasificación; finalmente la interrogante surge en cuanto a la ubicación del derecho a un ambiente sano y en general la ubicación de los derechos colectivos o solidarios. La respuesta se encuentra según el propio Demetrio Loperena en los derechos que el Estado debe respetar y proteger pues es lógico que la naturaleza siendo un elemento preexistente al hombre y la sociedad no pueda ser provista por un Estado sino conservada. Este criterio es discutido al suponer que los Derechos de tercera generación si requieren ser promovidos como medio para la consecución de su respeto; Contreras Nieto manifiesta al respecto que “los Derechos de tercera generación, por su parte, reúnen características particulares, pues implican tanto un deber de abstención (para

permitir su ejercicio), como un deber de realización (para favorecer su vigencia)” (CONTRERAS NIETO, 2002, pág. 110).

Centrándonos en nuestro tema de estudio, debemos remitirnos a los derechos de tercera generación llamados también derechos difusos o derechos colectivos y a los cuales Enrique Santander Mejía los llama los “Derechos de Síntesis” (SANTANDER MEJÍA, 2002) al indicar que el cumplimiento de los dos primeros, es decir los derechos de primera y segunda generación, permiten la existencia de estos; un ejemplo claro y relacionado con nuestra materia es el derecho al medio ambiente al cual no se puede acceder si no se es libre y se respetan factores claves como la salud. Estos derechos se originan del desarrollo social y tecnológico, frente a una deslegitimación de los Estados ante violaciones paulatinas de los derechos humanos, concretamente en relación al ambiente, diversidad cultural y ante la preocupación mundial del surgimiento de nuevas tecnologías armamentistas, es por ello que entre estos derechos podemos mencionar el derecho a “la paz, al desarrollo económico, a la autodeterminación, a un ambiente sano, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, a la solidaridad” (ESTRADA LÓPEZ, 2006).

A partir de los derechos de tercera generación podemos hablar de una protección del medio ambiente pero desde un punto de vista antropocéntrico, en donde no se protege la naturaleza como tal sino en la medida que beneficia al hombre; en el caso ecuatoriano, esta concepción antropocéntrica se modificaría, con el surgimiento en nuestra Constitución, de los Derechos de la Naturaleza, que al contrario de lo que se podría suponer, no elimina el vínculo entre el ser humano y su derecho a un ambiente sano, sino permite dos esferas de acción, por un lado los derechos intrínsecos a la naturaleza y por otro los derechos del hombre en relación a un ambiente sano; es así, que en un mismo proceso pueden concurrir indemnizaciones por afecciones al ser humano por el deterioro de su entorno y por otra parte afecciones al medio ambiente como sujeto de derechos.

En la actualidad nuestra Constitución consagra los cinco tipos de derechos, en un amplio catálogo de derechos fundamentales; al respecto Javier Pérez Royo define a estos

indicando que los derechos fundamentales son “los derechos naturales constitucionalizados democráticamente. Son, por tanto, al mismo tiempo expresión de la naturaleza humana y de la técnica del hombre, esto es, naturales y artificiales” (PÉREZ ROYO, 2002, pág. 265); sin embargo este listado de derechos no realiza clasificación alguna y nuestra Constitución da lugar a una misma jerarquía de derechos, los cuales, ante contradicción, ven en la ponderación una solución idónea. Es por ello que hablar de generaciones en nuestro orden jurídico resulta caduco y de igual manera la clasificación de Demetrio Loperena únicamente posee importancia desde el punto de vista doctrinario.

Como conclusión, si bien el tanto el Derecho Ambiental como la protección de la vida del hombre a través de su subsistencia en un ambiente sano, datan de varias décadas antes de la Declaración de Estocolmo de 1972, que origina propiamente los derechos de tercera generación, es evidente que a raíz de este instrumento cambia completamente el desarrollo del Derecho, tanto en la protección de los derechos humanos como del medio ambiente, desarrollándose un marco jurídico amplio y despertando el intereses político de los Estados por preservar sus riquezas naturales en la medida en que su destrucción afecte a la vida.

Para finalizar este punto es importante trazar una duda sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana en relación a su competencia previo al estudio de la normativa Interamericana, pues como se ha mencionado no existen instrumentos internacionales de carácter ambiental que reconozcan los derechos de la naturaleza, por lo tanto es propicio plantearse un cuestionamiento: ¿es competente la Corte para tratar derechos de la naturaleza?

3.2 El Derecho a la Consulta y su relación con el Derecho Ambiental.

El Derecho a la Consulta, es consecuencia del surgimiento de los derechos difusos y colectivos y es un mecanismo de participación en los procesos de desarrollo; Verónica

Potes considera al derecho a la participación de los pueblos como “un ejercicio de la democracia más allá del voto” (POTES, 2003, pág. 153). La Corte Constitucional Colombiana ha definido al derecho a la consulta previa indicando que es “el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, cada vez que se vaya a tomar una decisión que pueda afectarles directamente o cuando se pretenda realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios que puedan afectarles directamente” (Derechos de la Comunidad indígena U'WA a la participación mediante la Consulta Previa, 1997).

Sería la Constitución de 1998 la que incorpore “por primera vez la vigencia de los derechos colectivos con aplicación sobre los temas ambientales, el consumo y los derechos de las minorías étnicas y pueblos ancestrales. Igualmente, declara al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico y acepta que en su interior coexisten diversas cosmovisiones que inciden sobre la forma que los grupos quieren construir su futuro y aprecian el desarrollo” (ALBÁN, 2003, pág. 143), a raíz de esta consideración surgirían preocupaciones claramente definidas en torno a la explotación de los recursos naturales en pueblos indígenas principalmente, situación que se observa en el caso Sarayaku; ya que por un lado se acepta la existencia de diversos pueblos en Ecuador y la visión que poseen de desarrollo desde su entorno y por otro lado esta visión puede contemplar, como sucede en el caso de la comunidad mencionada, una relación con la naturaleza, generando interrogantes sobre la legalidad y legitimidad de una explotación en los territorios en donde habita el pueblo Sarayaku.

La consulta previa surge entonces, como un mecanismo de derecho procesal frente a un derecho material, el cual legitima la actuación estatal y enriquece los procesos de debate; la consulta previa constituye así, “un mecanismo eficiente para generar confianza, que se revertiría no solo en un mejoramiento de la capacidad de análisis y debate, en el ámbito interno, sino en que los programas del sector tengan mayor credibilidad entre los actores” (POTES, 2003, pág. 150).

El derecho a la consulta previa se reviste así de seis¹⁶ caracteres básicos para su efectivo cumplimiento (RODRIGUEZ GARAVITO & MORRIS, 2010, pág. 71 y ss.):

a) De buena fe: aunque es complejo definir el alcance del término “buena fe” podemos afirmar que la consulta previa debe basarse en un proceso de información veraz y de un diálogo sincero, buscando un consenso y no únicamente la imposición de una postura.

b) Informada: debe existir una comunicación entre el consultante y el consultado, de tal manera que se transfiera la información necesaria, posibilitando el conocimiento de riesgos ambientales que suponga una determinada actividad.

c) Culturalmente adecuada: En México la CEACR¹⁷ indico que no solo es necesaria una consulta de buena fe e informada sino que debe existir “un mecanismo de consulta adecuado, teniendo en cuenta al determinarlo los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas” (CEACR, 2005), es decir se debe contemplar la forma de proceder y decidir de las comunidades y su contexto cultural.

d) Como medio para llegar a un acuerdo: la consulta busca un consenso con la comunidad o pueblo a ser consultado, y no solo es un requisito para proceder a ejecutar una decisión unilateral del Estado; el fin de la consulta no es una actividad extractiva sino un acuerdo.

e) Previa: Se discute el momento exacto en que debe realizarse la consulta, y, aunque se conciba que debe proceder antes de adoptar cualquier medida, la Corte Interamericana precisa el momento idóneo al indicar que se debe consultar “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso” (Sentencia Caso del Pueblo Saramaka

¹⁶César Rodríguez Garavito en su obra conjunta sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas sostiene que existen cinco caracteres principales, pero es conveniente añadir un sexto carácter que refiriere a la característica de “libre” que posee la consulta previa.

¹⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

vs. Suriname, 2007).

f) Libre: la consulta previa debe ser libre, de tal manera que efectivamente se adopte una decisión razonada ajena a cualquier tipo de presiones que interfieran en la voluntad del consultado.

El cumplimiento de estos seis aspectos proporciona legitimidad y legalidad a la consulta previa, siendo vital el desarrollo de estos procesos participativos para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, pues en Ecuador los procesos petroleros y la actividad extractivista tienen como eje la amazonia ecuatoriana, en la cual habitan tanto estas comunidades indígenas, como pueblos en aislamiento voluntario, muchos de estos sobreviven mediante actividades primarias y su relación con el entorno requiere una preservación minuciosa de la naturaleza por parte del Estado. De esta manera podemos afirmar que, en el sistema jurídico ecuatoriano, es imprescindible informar y consultar a los pueblos sobre diferentes actividades a realizarse en sus territorios, a más de ello, el Estado posee la obligación de adoptar políticas que precautelen cualquier impacto ambiental, originadas de actividades productivas.

Surge entonces un paralelismo, en donde la protección de los territorios indígenas coincide con la protección de la naturaleza; esta protección se ve amparada en derechos diferentes pero relacionados por el derecho a la consulta previa, por cuanto este es uno de los pronunciamientos fundamentales de los pueblos o comunidades, para una futura explotación o preservación de recursos naturales.

El derecho a la consulta en el ámbito internacional por otra parte, se ha configurado como uno de los mecanismos de la Corte Interamericana para enlazar los hechos a una norma y a la reparación del daño, estableciendo el nexo causal que permita indemnizaciones a quienes han sido perjudicados por un determinado actuar sobre la naturaleza.

Sin embargo, ¿por qué evocar únicamente derechos ligados a los pueblos antes que a los

propios derechos de la naturaleza o a normas específicas de protección ambiental?, al finalizar el análisis de la relación Derechos Humanos-Derechos Ambiental, se planteó un cuestionamiento: ¿es competente la Corte para tratar derechos de la naturaleza? La respuesta a las dos preguntas tiene el mismo sustento; la Corte Interamericana no es competente en materia ambiental y en derechos de la naturaleza, pero si en derechos humanos de tercera generación.

Para esclarecer este punto, abordaremos el Derecho a la Consulta desde el Derecho Interno ecuatoriano y desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, observando la preponderancia de otros instrumentos internacionales en la conformación de este Derecho y su obligatoriedad.

3.2.1 El Derecho a la Consulta desde la Constitución Ecuatoriana.

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, es la primera en reconocer el derecho a la consulta en este país; el numeral 5 del Art. 84 expresaba que el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas:

“Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen” (Constitución Política de la República de Ecuador, 1998).

Así mismo se reafirma la obligatoriedad de la consulta previa en el numeral 5 del Art. 88 de la Constitución de 1998 y los derechos de participación de los pueblos indígenas al indicar:

“Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación” (Constitución Política de la República de Ecuador, 1998).

Este marco constitucional que plasma en su texto una serie de derechos y garantías, ajenas a Constituciones anteriores, da paso a la Ley de Gestión Ambiental, norma inferior jerárquicamente pero que guarda paridad con la Carta Magna de aquel entonces, muestra de ello es el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental que señala:

“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas.

El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos” (Ley de Gestión Ambiental, 1999).

Con esos antecedentes, surge la Constitución ecuatoriana del 2008, que denota un significativo avance en materia de derechos colectivos frente a la Constitución de 1998. Tras una ardua lucha de la CONAIE¹⁸ por el respeto de su cultura, forma de vida, organización, etc., nuestra Constitución vigente desarrolla una nueva variedad de derechos antes inexistentes, tomando como fundamento y punto de partida el reconociendo de pueblos indígenas en un Estado Plurinacional ecuatoriano.

Agustín Grijalva Jiménez enumera acertadamente los avances en materia constitucional e indica cuales son estos nuevos derechos colectivos: “el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (Art. 57, numeral 2 y 3), a mantener sus sistemas jurídicos propios, (Art. 57, numeral 10) constituir y mantener sus propias organizaciones (Art. 57, numeral 15), el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas

¹⁸ Confederación de Naciones indígenas del Ecuador; Organización Indígena formada el 16 de noviembre de 1986, considerada la agrupación de mayor repercusión y representatividad de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

que pueda afectarlos (Art. 57, numeral 17), la limitación de actividades militares en sus territorios (Art. 57, numeral 20), el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios (Art. 57, numeral 21) y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (Art. 57, numeral inciso final)” (GRIJALVA JIMÉNEZ, 2012, pág. 30 y 31).

Como se puede observar surge un significativo avance en cuanto a la protección de pueblos y nacionalidades indígenas, destacando el derecho a la consulta de los mismos, cuando políticas públicas o medidas legislativas causen repercusión en sus territorios; así el Art. 57 numeral 7 establece específicamente que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas poseen el derecho a:

“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, 2008).

Al hablar de una consulta libre, como hemos indicado, nos referimos a que no exista fuerza o presión pública o privada que impida el libre discernimiento de una persona parte de una comunidad indígena, de tal manera que la adopción de una postura responda a su convicción y no a la de otros intereses, para ello es indudable que se requiere una debida información que genere una opinión crítica sustentada; siendo menester referirse al Art. 16 del Decreto 1040¹⁹, que al mencionar los requisitos para una efectiva participación social indica que debe cumplirse adecuadamente con tres parámetros:

¹⁹ Este decreto sería criticado severamente por la Corte Interamericana en el caso Sarayaku (Sentencia, párrafo 140), al no poseer mecanismos efectivos de participación social, ni un desarrollo normativo congruente con instrumentos internacionales.

“1.- Difusión de información de la actividad o proyecto que genere impacto ambiental.

2.- Recepción de criterios.

3.- Sistematización de la información obtenida” (Decreto Ejecutivo No. 1040, 2008).

De igual manera el numeral 17 del Art. 57 expresa que existe el derecho a “Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Las disposiciones constitucionales referidas, guardan relación a su vez, con muchos aspectos de la Constitución, pues como ya se mencionó, nuestra Carta Magna posee un eje estructural de derechos ampliamente ligados y de igual jerarquía, es así que también podremos observar otras normas que refuerzan la necesidad de la consulta previa, como por ejemplo el Art. 407 de la Constitución, que al abarcar la protección a la biodiversidad existente, patrimonios naturales y ecosistemas señala:

“Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Finalmente, es de suma importancia mencionar el Art. 398 que al hablar sobre la naturaleza y al ambiente establece que:

“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad

respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De este artículo, surge un conflicto en relación a la obligatoriedad de la consulta, que puede ser dividido en dos momentos; en primer lugar la obligatoriedad de realizar la consulta y en segundo lugar la obligatoriedad de acatar lo que una mayoría ha expresado en dicha consulta. En el primer caso existe un inequívoco mandato constitucional a realizar la consulta previa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas cuando un determinado acto pueda repercutir en sus territorios; sin embargo como se desprende del Art. 398, en el segundo caso, los resultados de la consulta no serán obligatorios sino “la autoridad es quien toma la decisión, la que debe hacerlo de manera responsable, considerando o valorando los criterios de la comunidad, sobre la base de fundamentos jurídicos y técnicos, esto es, será debidamente motivada” (PÓLIT MONTES DE OCA, 2010, pág. 155). Evidentemente la consulta no sería vinculante.

A raíz de esta consideración sobre los efectos de las consultas, se ha discutido el otorgar el poder de veto al contenido de dichas manifestaciones populares; a pesar de ello por la repercusión económica, la poca representatividad a nivel nacional de grupos indígenas minoritarios, la diversidad cultural entre las propias comunidades indígenas, entre otros aspectos, se afirma que fuese complejo acatar con efecto vinculante el resultado de las consultas o requerir un consentimiento de las comunidades, siendo necesario tomar medidas de acuerdo al caso concreto y existiendo casos en que “los derechos involucrados en la decisión consultada son tan fundamentales que no hay lugar a dudas con relación a la necesidad de obtener el consentimiento del pueblo afectado” (PÓLIT MONTES DE OCA, 2010, pág. 161).

Es importante resaltar que a más del derecho a la consulta, los pueblos indígenas cuentan con una serie de derechos por el hecho de ser ecuatorianos o ecuatorianas, entre los que resaltan los derechos de participación (Arts. 61-65 de la Constitución) y derechos de libertad (Arts. 66-70 Constitución), los cuales son evidentes en los casos sobre

comunidades ancestrales o tribales tratados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que serán estudiados con posterioridad; así mismo vale señalar que desde el inicio del caso Sarayaku hasta su sentencia el Ecuador contó con tres diferentes Constituciones de las cuales la primera (la Constitución de 1978), no reconocía el derecho a la consulta.

3.2.2 El Derecho a la Consulta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos o Convención de San José data del 22 de noviembre de 1969, adoptada en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA²⁰) y ve como instrumentos predecesores a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En años posteriores se incorporarían el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador²¹) y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Protocolo de Asunción²²).

La Convención Americana está constituida por un total de 82 artículos; en ninguno de ellos podemos observar mención expresa al derecho a la consulta o a la protección ambiental; sin embargo pueden inferirse una serie de principios revestidos de una necesaria aplicación progresiva de los derechos humanos, a tal punto que el derecho a la consulta forma parte de los principios generales del Derecho Internacional, más allá de su ausencia en la Convención de San José, esto en virtud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

²⁰ La Organización de los Estados Americanos nace el 8 de mayo de 1948 en medio de la preocupación mundial por la protección de los Derechos Humanos y la necesidad de una integración regional en un marco político, tan solo meses después el 10 de diciembre del mismo año nacería la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²¹ El Protocolo de San Salvador se adopta el 17 de noviembre de 1988, constituye el primer instrumento en el marco de la OEA y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tratar los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

²² Elaborado el 6 de agosto de 1990, por obvias razones, varios Estados no han firmado ni ratificado dicho Protocolo, pues se conserva aún la pena de muerte en varios de ellos.

La Corte Interamericana, a pesar de este limitante en su carta constitutiva, y a más de la jurisprudencia de este órgano; suple los vacíos en materia de derechos colectivos, en base a la aplicación de otros tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, cuya legitimización se ve fundamentada en el Art. 64 de la Convención Americana al expresar:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

En virtud de esta norma la Corte Interamericana en su opinión consultiva oc-16/99²³ de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, expresa que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al versar sobre Derechos Humanos está sujeto a ser evocado y la Corte podrá pronunciarse en base a este (Opinión Consultiva oc-16-99, 1999). Este pronunciamiento se ve recogido en la opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002 cuando se indica que la Corte Interamericana podrá “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección” (Opinión Consultiva 0c-17-2002 solicitada por la Comisión Interamericana, 2002)²⁴; de esta manera se amplían los límites de la aplicación normativa del Sistema

²³ Esta opinión consultiva es denominada como “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”; trata el derecho de los extranjeros condenados a muerte a comunicarse con las oficinas consulares de su país natal.

²⁴ La opinión consultiva oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de derechos Humanos, trata sobre la “Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño” y para el presente estudio resalta el contenido del párrafo 22.

Interamericano al punto que Convenios como el 169 de la OIT son plenamente aplicables, al igual que todos aquellos que abarquen la protección ambiental en relación a derechos humanos.

La Corte sostiene por otra parte, que debe aplicarse una interpretación evolutiva de los derechos y nunca restrictiva, sustento de ello es el Art. 29 de la Convención Americana, que establece las reglas de interpretación, no solo para instrumentos del Sistema Interamericano sino cualquier Convenio en que un Estado miembro sea signatario; de esta manera se confirma la validez que poseen los instrumentos internacionales de derechos humanos y se establece la manera de aplicar en virtud de la hermenéutica.

Una vez establecida la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre tratados internacionales originados fuera del marco Interamericano, debemos referirnos a dos instrumentos usados por la Corte para suplir los vacíos sobre el derecho a la consulta, siendo preciso iniciar con el estudio del Convenio C169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, comúnmente conocido como Convenio 169 y luego abordar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

3.2.2.2 Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Conferencia Internacional del Trabajo, órgano máximo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT²⁵), elabora en junio de 1989 el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, teniendo como predecesor el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales aprobado por la OIT en 1957, este documento constituye un elemento fundamental en el marco del derecho a la consulta, así el primer y segundo literal del numeral 1 del Art. 6, establece que al aplicar las disposiciones de este Convenio, los gobiernos deberán:

²⁵ La Organización Internacional del Trabajo nace el 11 de abril de 1919, sin embargo su actual carta se remonta a la Declaración de Filadelfia de 1944; es decir, la OIT nace con anterioridad a la actual Organización de las Naciones Unidas, por lo que en muchos aspectos, su campo de acción no solo regulaba la relación laboral, sino abordaba temas relacionados a la libertad de asociación, libre expresión entre otros derechos humanos.

“a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (El Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Convenio de la Organización Mundial de Trabajo, OIT 169, 1989).

El Art. 6 consagra de esta manera, y por primera vez en un instrumento internacional, el derecho a la consulta, y de igual manera, resalta el principio de participación de los pueblos indígenas, ya que si bien se reconocían en instrumentos de Derecho Ambiental, como la Declaración Estocolmo o la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la necesidad de una participación ciudadana activa, no existía un marco específico sobre la participación de comunidades indígenas.

Por su parte los Arts. 14 y 15 reconocen el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras y sus recursos y el Art. 17 numeral 2 del instrumento en mención, trata a su vez los derechos de propiedad y su transmisión. Estos artículos son de trascendental importancia pues la propiedad es el sustento normativo sobre el cual se ampara el derecho a la consulta previa, siendo lógico, que exista una legítima propiedad de los habitantes de un territorio determinado para ejercer su derecho de participación y opinión, sobre los actos que se realicen en el interior dichos límites. Así mismo es importante reconocer el numeral 3 del Art 17 que establece la protección que debe brindar el Estado para impedir el abuso a los pueblos indígenas en virtud del desconocimiento legal y normativo de sus miembros; situación que ha sido alegada en casos como el *Awas Tingni vs Nicaragua*.

En el marco de los Instrumentos del Sistema Interamericano que poseen relación al Convenio 169 de la OIT; el 11 de septiembre del 2001 se adopta la Carta Democrática Interamericana que resalta la validez de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo; en su Art. 10 al referirse a los derechos de los trabajadores, generaliza la posibilidad de actuar en base a otros instrumentos de este Organismo y en su Art. 9 establece el respeto a los derechos de los pueblos indígenas en relación a la participación ciudadana, que incluye el derecho a la consulta²⁶.

En cuanto al seguimiento por parte de instancias internacionales sobre el Convenio 169, no solo encontramos al Sistema Interamericano sino también la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que tendría un papel importante a lo largo del caso Sarayaku, estableciendo entre otros parámetros, la insuficiencia de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) para aprobar un proyecto, mientras no exista una consulta previa a los pueblos indígenas.

El Convenio 169 posee una complejidad en su aplicación al caso Sarayaku y que se tratará en el siguiente capítulo; ya que recién en fecha 15 de mayo de 1998 el Ecuador ratificó el Convenio No. 169 el cual entró en vigor para Ecuador el 15 de mayo de 1999; mientras que, en fecha 26 de julio de 1996 fue suscrito el contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC); es decir, las actividades iniciaron cuando el Estado ecuatoriano no poseía normas en su ordenamiento jurídico interno ni tratados firmados y ratificados en el marco internacional, que reconozcan el derecho a la consulta.

Antes de llevarse a cabo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas se desarrollaría la Declaración y Programa de acción de la Conferencia

²⁶“La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.

Mundial de Derechos Humanos de Viena, en donde se reconoce la participación de los pueblos indígenas en los asuntos relacionados a ellos al manifestar en su Art. 20: “(...) 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 (...)” (Declaración y Programa de acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, 1993). Este mismo instrumento sugeriría la creación de un Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas para desarrollar políticas y programas que solucionen los múltiples problemas a los cuales se ven sujetos dichas poblaciones; la Asamblea General de Naciones Unidas adoptaría esta iniciativa proclamando el primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo el 21 de diciembre de 1993, trascurrida esta década, la Asamblea continuaría preocupada por los derechos humanos en comunidades indígenas y proclamaría el 20 de diciembre de 2004 Segundo Decenio Internacional.

3.2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas nace directamente ligada al Convenio 169 de la OIT el 13 de septiembre del 2007, cuando sería adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en Nueva York.

Este instrumento es un avance significativo en cuanto a la protección de los pueblos indígenas y su derecho a la consulta previa, y si bien, una declaración no posee la obligatoriedad propia de tratados y convenios, este instrumento desarrolla aspectos que el Convenio 169 de la OIT no contemplaba o lo hacía ligeramente; ejemplos claros son el caso del Art. 30 de la Declaración que prohíbe actividades militares en tierras indígenas a menos que se deriven de una solicitud de la comunidad, una razón de interés público, común acuerdo con los pueblos o en virtud de consultas; regulación que no contemplaba el Convenio 169 de la OIT en cuanto a la consulta y asentamientos militares en territorios indígenas; y el caso del Art. 15 numeral 2, que establece la necesidad de realizar consultas, y cooperar con los pueblos indígenas como mecanismos de lucha ante la discriminación y fortalecimiento de la tolerancia.

Por otra parte la Declaración reafirma varios principios básicos que ya gozaban de reconocimiento internacional; siendo valioso citar tres normas básicas relativas al derecho a la consulta.

En primer lugar el Art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas que establece: “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, 2007); ratificando así, la obligación de los Estados de realizar procesos consultivos y participativos que involucren la opinión, debidamente informada y libre, de los miembros de las comunidades indígenas en cuanto a decisiones que puedan repercutir en su subsistencia y en su cultura.

En segundo lugar, los numerales 1 y 2 del Art. 32, que establecen la autonomía de los pueblos indígenas para la utilización de sus tierras y recursos; teniendo el Estado la obligación de realizar consultas previa aprobación de cualquier proyecto que pueda afectar sus territorios:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, 2007).

Esta disposición guarda relación con las políticas ambientales que adopte el Estado en la obtención de recursos naturales, clarificando aún más, el nexo entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos difusos del medio ambiente.

Finalmente el Art. 38 del mismo instrumento dispone que "los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración" (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, 2007). Esta norma reafirma la obligatoriedad de realizar consultas previas como establece el Convenio 169 de la OIT.

Podemos afirmar, tras abordar los aspectos fundamentales de estos dos documentos, que tanto la Corte Interamericana como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general, recogen en sus múltiples instrumentos y sentencias la validez e importancia de los documentos de derechos humanos elaborados por Naciones Unidas, e incluso la Corte dio vida al concepto de "control de convencionalidad"²⁷, el cual apunta al reconocimiento y cumplimiento de los instrumentos internacionales y la armonización de la normativa interna con la normativa internacional; de tal manera que las referencias al derecho a la consulta del Sistema Interamericano, engloban en la actualidad una variedad de tratados, declaraciones, informes etc. que se tornan vinculantes en medida de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En consecuencia es correcto afirmar que "dado que el Sistema Interamericano no prevé instrumento positivo sobre el consentimiento previo, la ha tenido que crear, vía desarrollo jurisprudencial" (PÓLIT MONTES DE OCA, 2010, pág. 75), pues si bien se aplica el Convenio 169 de la OIT como normativa fundamental, el reconocimiento de este instrumento en el Sistema Interamericano, ha sido posible en virtud de los fallos de la Corte Interamericana, los cuales también han desarrollado el alcance del derecho a la consulta a tenor del texto del Convenio 169. Es así, que del caso Sarayaku se desprende que el derecho a la consulta previa constituye un principio del Derecho Internacional, más allá de la ratificación de Convenio 169 de la OIT por parte de los Estados; así la Corte Interamericana manifiesta:

"Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas,

²⁷ El Control de Convencionalidad surge en el párrafo 124 de la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de fecha 26 de septiembre de 2006, en el cual la Corte sostiene que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces, están sometidos al mismo, debiendo velar porque sus disposiciones no sean menoscabadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América de fuera de la región como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena *Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador*, 2012).

Es evidente entonces, que el derecho a la consulta posee un desarrollo más extenso que los derechos intrínsecos a la naturaleza, al punto que su reconocimiento alcanza la categoría de principio general del Derecho Internacional; mientras que, los derechos de la naturaleza aún no poseen una regulación uniforme, imposibilitando el ejercicio pleno de los derechos en el ámbito seccional e internacional; por otra parte, el Sistema Interamericano propende a una evolución interpretativa de sus cuerpos normativos a favor de los derechos humanos, sin embargo la categorización de la naturaleza como sujeto de derechos es ajena al Sistema Interamericano imposibilitando cualquier proceso ambiental ante sus organismos. Es oportuno resaltar este vacío, que requiere de la creación de un instrumento regulador y de un marco regulatorio y sancionatorio, pues el derecho interno y las políticas internas, pueden tergiversarse a favor de un criterio, que como se ha dado en múltiples casos propende a un extractivismo y desarrollo económico, antes que a la protección de derechos.

Por todo lo mencionado es necesario realizar un análisis sintetizado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas y medio ambiente previo el estudio del caso *Sarayaku*.

3.3 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha desarrollado toda una estructura jurisprudencial en torno a la protección de los derechos de las personas y su relación con el medio en donde se desenvuelven; considerando obviamente, la imposibilidad de la Corte de pronunciarse en

temas ambientales.

En materia de protección a las comunidades indígenas, reconocimiento del nexo cultural y ancestral entre los indígenas y la naturaleza, reconocimiento del derecho a la consulta y a la propiedad entre otros factores propios de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos de tercera generación; destacan siete procesos de la Corte Interamericana incluyendo el caso Sarayaku; seis de estos casos sentenciados con anterioridad al caso Sarayaku, uno con posterioridad, a más de ello es importante mencionar el caso de la Comunidad indígena Yanomami vs Brasil, primer caso tratado en el Sistema Interamericano que concluiría con la resolución n° 12/85 dictada por la Comisión el 5 de marzo de 1985, sin que exista demanda ante la Corte; el caso surgiría a raíz de la construcción de la autopista transamazónica BR-2310 que atraviesa los territorios donde viven los indios Yanomami, la Comisión reconocería violaciones a los derechos de la comunidad Yanomami y dispondría una serie de recomendaciones²⁸.

Con estos antecedentes, buscando un estudio sistemático del accionar de la Corte Interamericana, es necesario realizar una síntesis de los siete procesos sentenciados y concluir este capítulo describiendo las formas de reparación de la Corte, para posteriormente, desarrollar el contenido del caso Sarayaku, que guarda relación directa con los dichos procesos.

3.3.1 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Sentencia de 31 de agosto de 2001).

El 2 de octubre de 1995 se presenta ante la Comisión Interamericana una denuncia por el señor Jaime Castillo Felipe, Síndico de la Comunidad Awas Tingni, por sí mismo y en representación de ésta, la Comisión presentaría la demanda ante la Corte el 4 de junio de

²⁸ Las recomendaciones serían: que Brasil adopte medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y salud de los indígenas, que el Estado proceda a delimitar y demarcar el parque Yanomami, que los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami sean llevados a cabo en consulta con la población indígena afectada y con la asesoría de competente personal científico, médico y antropológico; además el gobierno de Brasil deberá informar a la Comisión las medidas adoptadas para implementar estas recomendaciones.

1998. Vale señalar que Nicaragua es Estado parte en la Convención Americana desde el 25 de septiembre de 1979 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 12 de febrero de 1991.

La Comunidad Awas Tingni es una comunidad perteneciente a la etnia Mayagna, su lengua es la “Sumo Mayagna”, poseía, según se observa en el proceso, 1016 habitantes al momento del litigio y sus actividades básicas son la caza, pesca y cultivo. Es importante señalar que una de sus características es su nexos con el territorio en donde habitan, al cual se lo considera sagrado.

De la denuncia presentada se desprende que el Estado de Nicaragua otorgó una concesión a la empresa Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA), para la explotación de madera en las tierras comunales, por lo cual se solicitó la adopción de medidas cautelares; además de solicitar al Estado que se respeten el derecho de propiedad que poseía la comunidad sobre los territorios en donde habitaban. Su inconformidad se veía respaldada, por la omisión estatal de realizar una consulta previa a la Comunidad, para determinar la conveniencia de la concesión y porque las obras de SOLCARSA se desarrollarían en 62.000 hectáreas del territorio Awas Tingni.

Previamente a esta concesión que se daría el 13 de marzo de 1996, en mayo de 1994 la Comunidad, Derivados de Nicaragua S.A. (MADENSA) y el Instituto de Recursos Naturales (IRENA)²⁹, suscribieron un “Convenio de Aprovechamiento Forestal”, en virtud del cual se establecía la necesidad de una demarcación de las tierras comunales y se comprometían a no menoscabar las aspiraciones territoriales de la Comunidad.

De igual manera Nicaragua en el marco de su organización territorial cuenta con la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN)³⁰ la cual debe emitir un informe previo al otorgamiento de una concesión en sus tierras, dicho informe fue elaborado con posterioridad a la concesión, subsanando a criterio del Estado, el error de forma. Así

²⁹En la actualidad, el Instituto de Recursos Naturales ha sido reemplazado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (MARENA).

³⁰La Costa Atlántica tiene una autonomía reconocida desde 1987 por la Ley No. 28, en su preámbulo expresa el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras comunales y su búsqueda por un Estado Pluricultural.

mismo la Constitución de 1986 garantizaba la propiedad comunal de las comunidades indígenas. La definición y demarcación de los territorios nunca se llevo a cabo, es más, se negaría la propiedad de los territorios argumentando la falta de un título.

Durante el proceso, se obtuvo la declaratoria de inconstitucionalidad de la concesión en el marco del Derecho Interno de Nicaragua, a pesar de ello, no hubo reconocimiento del territorio más allá de las múltiples solicitudes y el Estado no cumplió la resolución de dicha sentencia que establecía, la negativa ante una explotación de la zona y el otorgamiento de una concesión. Las acciones de amparo y de hecho propuestas, no concluirían siendo eficaces y no tendría lugar el reconocimiento de las tierras ancestrales de la comunidad Awas Tingni. El Estado desconoció que dichas tierras fuesen ancestrales y sostuvo que se debía actuar en beneficio de los intereses de la mayoría, además de que los reclamos no fueron debidamente presentados en cuanto a su contenido y a los plazos establecidos en la legislación interna.

La Corte establecería que se violó el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención (Derecho a la protección judicial) y el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la propiedad privada), en perjuicio de los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención (Sentencia caso Awas Tingni vs Nicaragua, 2001).

En este proceso la Corte no se pronunciaría directamente sobre el Derecho a la Consulta pero la Comisión si lo hizo en varias oportunidades expresando la necesidad de que se lleve a cabo dicha consulta; la Corte Interamericana centraría su fundamentación en el Derecho a la propiedad como base de su fallo.

3.3.2 Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (Sentencia de 15 de junio de 2005).

El caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname da inició con la denuncia No. 11.821,

recibida en la Secretaría de la Comisión el 27 de junio de 1997. El 20 de diciembre de 2002 la Comisión presentaría la demanda ante la Corte Interamericana.

Del proceso se desprende que el 29 de noviembre de 1986 miembros de las fuerzas armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana masacrando a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar presuntamente huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. Nadie habría sido juzgado ni sancionado por los hechos, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras; consecuentemente, serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional.

Suriname a la fecha de la masacre, no había ratificado la Convención Americana, por lo que la Comisión se excusó de conocer esos hechos; sin embargo al continuar exiliados los habitantes de dichos territorios, la Corte sí poseía competencia para juzgar sobre este aspecto y sobre la denegación de vías judiciales para hacer valer su reclamo.

El 28 de febrero de 2002, durante su 114º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe No. 35/02 sobre el fondo del caso, el cual denotaba violaciones a los derechos de circulación, propiedad y acceso a la justicia principalmente, los cuales constan en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El 20 de mayo de 2002 el Estado remitió una comunicación en la que objetó tanto la admisibilidad del caso como las decisiones de la Comisión contenidas en el Informe No. 35/02, argumento que la Corte carece de competencia *ratione temporis* para conocer el presente caso, pues los hechos se dieron con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana por lo cual los peticionarios no presentaron a la Comisión prueba de violaciones de dicho tratado; por otra parte no se podría haber establecido dos categorías de violaciones de derechos humanos³¹ por parte de la Comisión, sino tratarse

³¹ En este caso “la Comisión hizo una distinción entre dos categorías de presuntas violaciones de derechos humanos: i) presuntas violaciones que se llevaron a cabo antes del 12 de noviembre de 1987 relativas a los artículos I, VII, IX y XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; y ii) presuntas violaciones continuadas después del 12 de noviembre de 1987 relativas a los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana. Estas son dos categorías claramente diferentes”, párrafo 24.

por separado las mismas. Finalmente expresó que no existieron violaciones continuadas como especifica la Comisión, pues la Corte sólo reconoce la posibilidad de que las desapariciones forzadas, que no corresponden al objeto del presente caso, puedan constituir violaciones continuadas.

La Corte se pronuncio respecto a esto afirmando esta objeción a la admisibilidad es extemporánea; el Estado objetó la aplicabilidad de la Convención Americana al presente caso después de que la Comisión adoptó el Informe de Fondo No. 35/02; en cuanto a que se debían realizar dos procesos separados según las violaciones anteriores y posteriores a la ratificación de la Convención, la Comisión alegó que el Estado no se fundamenta ni en la Convención, ni el Estatuto de la Comisión o su Reglamento, ni en ninguna norma jurídica y además manifiesta que el tratar el caso en dos procesos sería contrario al principio de economía procesal.

Los peticionarios por su parte alegaron que las violaciones tuvieron lugar con posterioridad la ratificación de la Convención Americana por parte de Suriname y su reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y son de naturaleza continuada, pues persiste exilio de los pobladores y la denegación de justicia en este caso se encuentra específicamente ligada a las acciones y omisiones de Suriname ocurridas en 1989, 1992, 1993, 1995 y 1997, que continúan hasta hoy día; es decir tras la ratificación de Suriname.

La Comisión decidiría someter el caso al conocimiento de la Corte Interamericana 20 de diciembre de 2002. La Corte resolvería que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el Art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho de circulación y de residencia consagrado en el Art. 22 de la Convención Americana, el derecho a la propiedad consagrado en el Art. 21 de la Convención Americana y los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana; todos ellos en relación con el Art. 1.1 de la misma.

En virtud de esto, si bien la sentencia ya constituye per se una forma de reparación, se dispondría que el Estado, en el marco de su derecho interno y función judicial, deberá investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables, además debe, recuperar los restos de los miembros de la comunidad Moiwana que fallecieron durante los hechos del 29 de noviembre de 1986 y entregarlos a los miembros de la comunidad Moiwana sobrevivientes (Sentencia Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname , 2005).

Finalmente la Corte vigilará este proceso de reparación, teniendo el Estado plazo de un año para remitir información sobre las medidas aplicadas para la ejecución de la sentencia.

3.3.3 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005).

El caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay versa sobre el reconocimiento de los territorios indígenas en propiedad de particulares y las garantías procesales para acceder a este derecho, las cuales deben ser eficaces. El proceso iniciaría con la denuncia No. 12.313, recibida en la Secretaría de la Comisión el 10 de enero de 2000 y sometida ante la Corte Interamericana el 17 de marzo de 2003.

De la acusación al Estado, se desprende que este no habría garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, pues desde 1993 se inició el trámite correspondiente y hasta la fecha de presentación de la denuncia no existía respuesta alguna, además se negarían recursos de amparo y administrativos que permitan acceder a la posesión de su territorio privando a la comunidad de alimentos y una adecuada asistencia médica y sanitaria, vulnerando la vida de los miembros de la comunidad. Tanto la Comisión y los representantes alegaron que el Estado es responsable por la muerte de dieciséis miembros de la Comunidad Yakye Axa los cuales fallecieron por cuestiones de alimentación y asistencia médica, además de los accidentes propios de su localización tras haber sido desplazados de sus territorios; sin existir

pronunciamiento oportuno del Estado.

En cuanto al reconocimiento de sus líderes el proceso fue iniciado en el 21 de mayo de 1998 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa y resuelto en fines del 2001, cuando la normativa paraguaya establecía un plazo de 30 días, evidenciando el retardo existente en los procesos de adjudicación de tierras, a pesar de que la propia Constitución paraguaya de 1992 ya reconocía el derecho a la propiedad comunitaria y reconocía a Paraguay como un Estado Plurinacional.

El Estado alegaría que para acceder a la transferencia de tierras, se debe reconocer primero la calidad de comunidad indígena y a sus líderes, lo cual conlleva el necesario reconocimiento de la personería jurídica; reconocimiento que es otorgado el 10 de diciembre de 2001 mediante el Decreto No. 15.228 por lo que desde dicha fecha se podría presentar la solicitud de reivindicación de las tierras.

Por otra parte el Estado sostendría que nunca incumplió su deber de garantizar el acceso a una justicia eficiente, al contrario, los peticionarios equivocaron los caminos administrativos y judiciales y en virtud de estos múltiples errores no pudieron hacer valer, lo que consideran, son sus derechos. De esta manera el Estado no habría incurrido en violación alguna a los derechos humanos; además se podría solicitar nuevamente la transferencia de tierras mediante expropiación al poseer personería jurídica, ya que, el derecho interno de Paraguay faculta a los pueblos indígenas a acceder a sus tierras ancestrales en virtud de esta figura.

La Corte se pronunciaría indicando que es necesaria la protección a los territorios de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su propiedad, debiendo para ello existir mecanismos y garantías adecuadas y celeridad en la tramitación de procesos administrativos y judiciales, impidiendo la vulneración a los derechos de los pueblos ancestrales.

En relación al alegato del Estado afirmando que solo en virtud del reconocimiento que de personería jurídica se podría presentar la solicitud de reivindicación de las tierras, la Corte señala que los “sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado” (Sentencia Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005). Es decir el derecho a la reivindicación de las tierras no puede estar ligado a su personería jurídica, por ello debía haberse tramitado su solicitud en 1993 y en un tiempo breve concederse la propiedad de las tierras. Este punto es uno de los principales de esta sentencia pues evidencia la postura de la Corte ante solicitudes relativas a la propiedad indígena y los mecanismos de acceso a su reconocimiento.

En cuanto a lo resuelto, la Corte dispuso que el Estado violó los derechos a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial consagrados en los artículos 8 y 25 y el derecho a la propiedad consagrado en el Art. 21, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Por otra parte se indicó que el Estado violó el Derecho a la Vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la situaciones precarias en que se encontraban los pobladores de la comunidad, incluyendo mujeres, niños y ancianos pero no cuenta con elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida en perjuicio de dieciséis miembros fallecidos de la Comunidad indígena Yakye Axa.

En virtud de ello, se estableció, contando desde la notificación de la sentencia, que el Estado en máximo tres años deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselos de manera gratuita debiendo suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios hasta su reubicación en esos territorios. Contando desde la misma fecha el Estado deberá crear un fondo destinado a

la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en un plazo máximo de un año.

Finalmente la Corte supervisaría el cumplimiento de esta Sentencia y en el plazo de un año el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a lo dispuesto (Sentencia Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005).

En este proceso se daría un voto disidente conjunto (Voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, sentencia caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005) y surgirían muchas críticas a la sentencia de la Corte Interamericana; los jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles sostendrían su desacuerdo con la Corte al manifestar que no existían elementos probatorios para sostener que las 16 personas que fallecerían, lo hicieron bajo la responsabilidad del Estado, pues al menos 10 de ellos vivían en condiciones inhumanas violando sin duda alguna su derecho a la vida, afirmación que argumentarían en su voto disidente.

3.3.4 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Sentencia de 29 de marzo de 2006).

El caso de la comunidad Sawhoyamaxa es muy similar al caso de la comunidad Yakye Axa; mediante denuncia No. 0322/2001, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de mayo de 2001 iniciaría este proceso que sería sometido a la competencia de la Corte Interamericana el 3 de febrero de 2005 buscando el reconocimiento de territorios ancestrales, garantías en el ejercicio de sus derechos en el marco administrativo y judicial y la protección de la vida.

La organización gubernamental Tierra viva, partícipe en el conflicto de la comunidad Yakye Axa que pertenece al igual que la comunidad Sawhoyamaxa al pueblo Enxet, presentaría la denuncia ante la Comisión argumentando que el Estado no habría

garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Sawhoyamaya y sus miembros pues en 1991 se presentó la solicitud correspondiente sin obtener respuesta y a raíz del exilio al que se ha sometido la comunidad privándose de alimentos y una adecuada asistencia médica y sanitaria han muerto 31 personas, cuya cifra podría aumentar si la situación persiste.

En cuanto al derecho a la vida la Corte consideraría que de las 31 personas fallecidas, 5 casos se dieron con anterioridad al reconocimiento de Paraguay de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 26 de marzo de 1993, por lo cual la Corte no posee competencia para tratarlos.

Por otra parte un informe pericial realizado por el perito Pablo Balmaceda señalaría que existen 14 casos más, de los cuales 4 casos se dieron con posterioridad a la demanda ante la Corte; los representantes señalarían también el caso de un niño que falleció con posterioridad a la demanda y que si bien el hecho no fue incluido en la demanda de la Comisión si fue alegado por los representantes. En esta segunda enumeración de víctimas la Corte daría paso a todos los casos en que el fallecimiento fue posterior a la presentación de la demanda fundamentándose en decisiones previas del tribunal que indicaban que “es distinto el caso de los hechos supervinientes. Éstos se presentan después de que se ha planteado cualquiera de los siguientes escritos: demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda. En tal hipótesis, la información podrá ser remitida al Tribunal en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia” (Sentencia Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, 2003).

El Estado alegaría que las enfermedades que causaron la muerte de todas las personas mencionadas en el proceso provienen de causas naturales o fortuitas por cuanto no son de su responsabilidad; el Estado de igual manera habría tomado todas las medidas pertinentes y solicitado que la comunidad se traslade hasta la resolución del proceso a un lugar con condiciones que permitan su subsistencia

En cuanto a lo resuelto, la Corte dispuso que el Estado violó los derechos a las Garantías

Judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 y el derecho a la propiedad consagrado en el Art. 21 en relación con los artículos 1.1 y 2, por otra parte se declara la violación del derecho a la vida consagrado en el Art.4.1, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana y añade en relación al caso Yakye Axa vs Paraguay, la violación del derecho a la personalidad jurídica consagrado en el Art. 3 de la Convención en relación con el Art. 1.1 de la misma (Sentencia Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay , 2006).

En cuanto a la reparación, contando desde la notificación de la sentencia, el Estado deberá en un año desarrollar un programa de registro y documentación y publicar al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, tanto la sección denominada Hechos Probados y los puntos resolutivos Primero a Décimo Cuarto de la sentencia y financiar la transmisión radial de esta; en un máximo tres años deberá entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya sus tierras tradicionales debiendo suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios hasta su reubicación en esos territorios.

Un avance en cuanto a la sentencia del pueblo Yakye Axa vs. Paraguay es la obligación que establece la Corte de crear en 6 meses máximo un sistema de comunicación que permita a las víctimas del pueblo Sawhoyamaya contactarse con las autoridades de salud competentes.

Esta sentencia difiere con la postura tomada por la Corte Interamericana en el caso Yakye Axa, cuando argumento falta de pruebas para pronunciarse frente a las muertes de miembros de la comunidad mencionada; podemos manifestar entonces, que este proceso considera la posturas adoptadas en su momento por los jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles y desarrolla la jurisprudencia de la Corte en materia de Derechos Humanos.

3.3.5 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Sentencia del 28 de noviembre de 2007).

El 27 de octubre de 2000 se presentaría ante la Comisión una denuncia por parte de la Asociación de Autoridades Saramaka (AAS) y doce capitanes Saramaka en nombre propio y en nombre del pueblo Saramaka ubicado en la región superior del Río Surinam. El 23 de junio de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentaría ante la Corte una demanda en contra del Estado de Surinam.

La denuncia se fundamenta en la ilegítima construcción del dique y reserva Afobaka en territorio de la comunidad Saramaka no existiendo consentimiento del pueblo para dicha construcción; esta provocaría un amplio terreno inundado y el necesario desplazamiento de los Saramakas en condiciones precarias, pues no tenían acceso a electricidad en los llamados pueblos de "transmigración" y el acceso a alimentos para su subsistencia era escaso. Además estos hechos supondrían una grave afección moral y espiritual por la destrucción de los sitios sagrados Saramaka; la falta de respeto hacia los restos enterrados de las personas Saramaka fallecidas y el impacto ambiental causado por las empresas beneficiarias de las concesiones mineras en el área. Finalmente existía un plan del Estado de incrementar el nivel de la reserva lo que según los peticionarios aumentaría el número de indígenas desplazados. Es lógico que la Corte no pudiese pronunciarse por el daño a causa de la construcción del dique y reserva, pues data de la década del 60, sin embargo si es competente para abordar las violaciones relacionadas al proceso de reconocimiento del pueblo Saramaka y su territorio, debiendo descartar para ello, muchas de las violaciones existentes en el pasado.

En relación a las excepciones preliminares el Estado presentaría 7 consideraciones, quizás la que de mayor particularidad fue la falta de competencia *ratione temporis* en razón de lo ya expuesto; sin embargo la Corte descartaría esta excepción demostrando que las violaciones a los derechos humanos pueden verse ejecutadas con posterioridad a un hecho originario; en este caso, si bien la construcción del dique y la reserva datan de la década del 60, subsisten violaciones con posterioridad al 12 de noviembre de 1987,

que es la fecha en que Surinam ratificó la Convención Americana y reconoció la competencia contenciosa de la Corte, un ejemplo de ello es la negativa ante el reconocimiento del territorio Saramaka.

En cuanto al daño inmaterial ocasionado en el caso Saramaka existe parámetros equivalentes a la afectación en el caso Sarayaku; podríamos afirmar que el primer caso constituye la base jurisprudencial para el tratamiento del segundo proceso en cuanto al daño inmaterial. La Corte describiría la afectación ambiental ocasionado y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, afectando el derecho a la propiedad y la subsistencia del pueblo pero fundamentalmente afectando la conexión espiritual entre las personas y su territorio, causando el sufrimiento y angustia de la comunidad Saramaka y denigrando sus valores culturales y espirituales, ante su lucha por lo que históricamente le correspondía.

También se valoraría el daño psicológico causado por el ineficiente sistema legal interno que desamparo al pueblo Saramaka contra violaciones a sus derechos.

Luego de una exhaustiva presentación de prueba documental y sobre todo testimonial, la Corte resolvería que se violó el derecho de propiedad, reconocido en el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el Art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no concedérsele esta calidad al pueblo Saramaka, siendo este reconocimiento requisito interno de Suriname para acceder al derecho a la propiedad de los territorios de pueblo Saramaka y por consiguiente se violaría el derecho a la protección judicial establecido en el Art. 25 de la misma y el deber de adoptar un sistema jurídico eficaz que proteja los derechos humanos según los con los artículos 1.1 y 2 de la Convención (Sentencia Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, 2007).

Se ordenaría por consiguiente, delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, reconocer jurídicamente a la comunidad Saramaka y realizar estudios de impacto ambiental y social mediante entidades

técnicamente capacitadas e independientes, previo al otorgamiento de concesiones.

Es importante destacar que esta sentencia establecería tres medidas en base a las cuales caben las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, lo cual constituye un precedente en los procesos de esta naturaleza:

“Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”³².

Eminentemente en el caso Saramaka como en el caso Sarayaku estas tres medidas no serían plasmadas en los procesos de concesión petrolera.

El caso Saramaka reconoce y desarrolla a fondo por primera vez en el Sistema Interamericano, el derecho a la consulta previa, reconociéndose los requisitos que debe cumplir la consulta para su validez y que fueron mencionados en el segundo punto de este capítulo.

3.3.6 Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Sentencia de 24 de agosto de 2010).

El 3 de julio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó, de

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso del pueblo Saramaka vs Suriname del 28 de noviembre del 2007, párrafo 129.

conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República del Paraguay, a partir de la cual se inició el presente caso. La petición inicial fue presentada ante la Comisión el 15 de mayo de 2001.

Este caso es muy similar a los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*; los requerimientos se basan en el derecho a la propiedad, reconocimiento a la personalidad jurídica, garantías judiciales, derecho a la vida, derechos del niño y la protección judicial, al igual que en los anteriores casos no ha existido respuesta oportuna ante las solicitudes de la comunidad y la comunidad ha debido subsistir fuera de sus territorios y en condiciones precarias.

En cuanto a las diferencias con los casos citados la Corte se declararía competente para analizar 28 de los 44 casos de personas que supuestamente habían fallecido por responsabilidad del Estado, alegato hecho por los representantes de las víctimas, y declararía la responsabilidad sobre 13 de los casos, siendo estos, aquellos que no recibieron asistencia médica alguna y su extrema pobreza impedía un acceso a la salud, a diferencia de los dos casos ya citados en donde la Corte indicó la insuficiencia de medios probatorios (caso *Yakye Axa vs. Paraguay*) y la anterioridad de los hechos, tanto se refiere a la ratificación de la competencia contenciosa de la Corte por Paraguay como a la fecha de presentación de la demanda ante la Corte por parte de la Comisión (caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*).

En cuanto a las normas violadas, se establecen las mismas que en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, y las medidas de reparación son prácticamente iguales, sin embargo de la sentencia podemos destacar algunos aspectos particulares:

De los hechos del caso se desprende en primer lugar, que en 2008, parte de la zona de la comunidad *Xákmok Kásek* fue declarada como área silvestre protegida, de tal manera que esto habría sido obstáculo para la reivindicación de las tierras. Al respecto la Corte expresó que “el Estado deberá adoptar inmediatamente las medidas necesarias para que el Decreto No. 11.804 que declaró como área silvestre protegida a parte del territorio

reclamado por la Comunidad no sea un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales” (Sentencia Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay , 2010), es decir, una comunidad indígena puede habitar sin impedimentos un territorio protegido.

En segundo lugar, la Corte afirma el nexo del Derecho Ambiental y los derechos humanos en su sentencia, pues indica que:

“El Estado deberá elaborar un estudio, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, en el que establezca:

a) respecto a la entrega de agua potable: 1) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 2) el método que deba emplearse para realizar las entregas y asegurar la preservación sanitaria del agua, y 3) la cantidad a entregarse por persona y/o por familia (...).

d) respecto al manejo efectivo y salubre de los desechos biológicos: el tipo y cantidad de servicio sanitario a entregar,(...)” (Sentencia Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay , 2010)

Esta consideración de la Corte establece medidas en torno a la protección de la vida, tomando como requisito un medio ambiente sano; incluso en virtud de dicha disposición, se establece la obligación del Estado de preservar y manejar adecuadamente los recursos hídricos y biológicos, protegiendo no solo al ser humano, sino también al medio ambiente, además de que los estudios en mención deben contar con la opinión de los miembros de la comunidad, reconociendo el derecho de participación de los pueblos indígenas.

Así se reconoce el principio precautelatorio y el principio de desarrollo sustentable que si bien son parte del Derecho Ambiental, se desarrollan en la jurisprudencia de una Corte competente en derechos humanos.

Finalmente, tras referirse a la reparación económica se establece lo que debemos

comprender por daño inmaterial y la importancia de la tierra para las comunidades indígenas al momento del cálculo de este rubro:

El concepto de daño inmaterial comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (Sentencia Caso “Niños de la Calle”, Villagrán Morales y otros, vs. Guatemala, 1999)³³.

La Corte Interamericana hizo hincapié en el nexo humano-naturaleza y el valor que poseen las tierras para los indígenas, llamadas Pachamama en el caso Sarayaku, pues indicó:

“Este Tribunal valorará al momento de fijar el daño inmaterial la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, (...) lo que implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (Sentencia Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay , 2010).

Este vínculo descrito, traspasa la concepción antropocéntrica de la naturaleza y desarrolla un nexo afectivo propio de un sistema en el cual sus partes, incluyendo al ser humano, conforman un todo que es la naturaleza.

Estas mismas consideraciones sobre daño inmaterial serán observadas en el caso Sarayaku y no estaban reguladas exhaustivamente en casos previos como el Saramaka, que poseía en gran medida, similitudes al conflicto surgido en Ecuador.

³³Conviene revisar de igual manera los casos “Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala”, párr. 255 y” Chitay Nech Vs. Guatemala”, párrafo. 273.

3.3.7 Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Sentencia del 4 de septiembre del 2012).

El 19 de Julio de 2005 se presentaría ante la Comisión Interamericana, una petición por parte de la Asociación para el Desarrollo Integral de las Víctimas de la Violencia en las Verapaces (ADIVIMA), y posteriormente el 30 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte el caso Masacres de Río Negro en contra de la República de Guatemala.

Este caso surge a raíz de que el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982 habrían destruido la comunidad maya Río Negro y masacrado a sus integrantes, tras ello, los sobrevivientes serían sujetos a una serie de torturas y a una persecución por parte del Estado, dando lugar a desapariciones forzadas, el desplazamiento forzado, violaciones a la integridad personal de los familiares y sobrevivientes, la destrucción del tejido social de la comunidad, la falta de identificación de las personas ejecutadas y desaparecidas, la consecuente falta de entierro de las mismas con base en las tradiciones mayas, la imposibilidad de los sobrevivientes de regresar a sus tierras, la falta de protección a los niños y niñas, el señalamiento como “guerrilleros, base social de la guerrilla, enemigos internos y subversivos”, la discriminación la supuesta falta de investigación imparcial y efectiva de los hechos.

Tanto la Comisión como la Corte aceptarían la excepción *ratione temporis* presentada por el Estado y tratarían únicamente los casos posteriores al 9 de marzo de 1987, pues Guatemala es Estado Parte de la Convención Americana desde el 25 de mayo de 1978 pero reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de marzo de 1987. En virtud de ello las masacres entre 1980 y 1982 no podrían procesarse en el Sistema Interamericano y únicamente se tratarían las violaciones que recayeron sobre los sobrevivientes de dichos hechos en años posteriores.

En este proceso la Corte trataría con particularidad el supuesto derecho al entierro,

argumentando que como tal no constituye un derecho pero si acrecienta el dolor de las familias y de la comunidad el no poder realizar dicho rito. En el presente caso se indica además que la comunidad no puede en general, realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encuentran inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy; ante esto la Corte rememora el caso Sarayaku indicado que: “la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

La naturaleza de este proceso y la extensión y diversidad de hechos, acarrearía que la sentencia declare las violaciones a varios derechos, muchos de los cuales no habían sido afectados en casos anteriores por lo que es conveniente enumerarlos en 5 grupos:

a) Violación de los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Art. I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de 17 personas y, adicionalmente la violación del derecho establecido en el Art. 19 de la Convención Americana, en relación con el Art. 1.1 de la misma, en perjuicio de 1 persona.

b) Responsabilidad del Estado por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 6 y 17 de la misma pues una mujer (menor de edad en ese entonces) fue violada en varias ocasiones por militares en los años posteriores a la masacre. Así mismo se violó el Art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 12.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad de Río Negro que viven en la colonia Pacux, en cuanto a sus

afectaciones a la integridad personal de los miembros de la comunidad de Río Negro, derivadas del deterioro a su vida cultural y espiritual.

c) Violación del derecho reconocido en el Art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 6, 17, 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de 16 personas; tras haber sido sustraídas de su comunidad siendo menores de edad y obligadas incluso a prestar servicios en calidad de esclavos.

d) Violación del derecho de circulación y residencia reconocido en el Art. 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el Art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro.

e) Violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el Art. 1.1 de la misma, así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Art. I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y el Art. 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, todo esto en el marco de abusos, torturas, violaciones sexuales contra las mujeres de la comunidad Río Negro.

Cabe señalar que se declaró, en cuanto a la violación del derecho de asociación reconocido en el Art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Estado no era responsable, en virtud de la ausencia de pruebas, pues de los hechos no se difiere una violación a este derecho.

En cuanto a la reparación del daño y en relación a los casos tratados podemos afirmar que la Corte mantuvo las medidas de los casos anteriormente tratados, concretamente los casos contra Paraguay planteados por las comunidades de etnia Enxet. Entre las particularidades y avances, sin embargo, encontramos:

- a) Se establece la necesidad estatal de realizar obras de infraestructura y servicios básicos a favor de los miembros de la comunidad de Río Negro residentes en la colonia Pacux y brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas.
- b) En segundo lugar el Estado debe diseñar e implementar un proyecto para el rescate de la cultura maya Achí, defendiendo así la educación ancestral de los pobladores y el nexo histórico y sociológico con sus tradiciones.
- c) En tercer lugar, en cuanto al rubro económico, la asignación e la Corte sería superior a la de anteriores procesos, circunstancia enlazada al tiempo en el cual se plantearon los procesos. Se dispondría el pago de USD \$ 30,000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a cada una de las víctimas de desaparición forzada, lo cual aumenta en USD \$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) con relación a otros procesos, el valor que la Corte le da a la “vida de las personas” al momento de su reparación. Se fijarían montos de USD \$ 15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) a cada una de las víctimas sobrevivientes de las masacres, USD \$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) adicionales a cada uno de los sobrevivientes de las masacres que son familiares de las víctimas de desaparición forzada, USD \$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) adicionales a cada uno de los sobrevivientes de las masacres que fueron víctimas de actos de esclavitud y servidumbre y a la mujer víctima de violación sexual, la cifra de USD \$15,000.00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América).
- d) Finalmente uno de los aspectos más relevantes es el deber impuesto al Estado en la sentencia de “establecer un mecanismo adecuado para que otros miembros de la comunidad de Río Negro posteriormente puedan ser considerados víctimas de alguna violación de derechos humanos declarada en este Fallo, y reciban reparaciones individuales y colectivas” (Sentencia Caso Masacres Comunidad Maya Río Negro vs Guatemala, 2012). Agilitando así el proceso de reparación.

Para ilustrar las medidas de reparación que ha dictado la Corte Interamericana en los casos antes mencionados, conviene adjuntar dos cuadros que especifican las similitudes en la reparación tras los procesos; así el primer cuadro muestra las reparaciones especialmente de carácter moral y, el segundo, las pecuniarias.

REPARACIONES.							
	Casos.						
	Awas Tigni	Moiwana	Yakye Axa	Sawhoyamaxa	Saramaka	Xákmok Kásek	Río Negro
Se considera a la sentencia por sí misma como forma de reparación. ³⁴	x	x	x	x	x	x	x
Se ordena adoptar todas medidas legislativas, administrativas, etc., necesarias para el cumplimiento de la Convención.	x	x	x	x	x	2 años.	
Se ordena la demarcación del territorio y entrega de tierras.	x	x	x	x	x	x	
Se ordena publicar un extracto de la sentencia.		x	x	x	x	x	x
Se ordena realizar un acto de disculpas.		x	x			x	x
Se ordena construir un monumento.		x	x				
Implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario.		x	x	x	x	x	
Adopción de medidas educativas para la conservación cultural.		x	x	x	x	x	x
Rendición de cuentas del Estado.	Cada 6 meses.	1 año.	1 año.	6 meses.	1 año.	6 meses.	1 año.

REPARACIONES PECUNIARIAS.			
Caso.	Cifra por daño material.	Cifra por daño inmaterial.	Costas procesales.
Awas Tigni.	-	US\$ 50.000,00	US\$ 30.000,00
Moiwana.	US\$3.000,00 a c/u de las	US \$10.000,00 a c/u de las víctimas ³⁵ .	US \$45.000,00

³⁴La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su jurisprudencia, sosteniendo que sus sentencias, constituyen per se una forma de reparación.

³⁵ La Corte dispondría que de esta suma, la cantidad de US \$27.000,00 (veintisiete mil dólares de los

	víctimas.	Destinarse US \$1,200.000.00 a un fondo de desarrollo comunitario.	
Yakye Axa.	US\$ 45.000,00 a la comunidad	-	US \$15.000,00
Sawhoyamaxa.	-	US \$20.000,00 a c/u de los familiares de los fallecidos. (18 niños, 1 adulto).	US \$5.000,00
Saramaka.	US\$ 75.000,00 a la comunidad.	US\$ 600.000,00 a la comunidad.	US\$ 75.000,00
Xákmok Kásek.	US\$10.000,00 a la comunidad.	US \$700.000,00 a la comunidad, y US\$260.000,00 a dividirse entre los familiares de los fallecidos	US\$25.000,00
Río Negro.	Se indemniza sin especificar una suma por daño material e inmaterial, sino se asigna un valor por el daño causado en general.	USD \$ 30,000.00 a cada una de las víctimas de desaparición forzada. USD \$ 15,000.00 a cada uno de los sobrevivientes de las masacres. USD \$ 10,000.00 más a cada sobreviviente familiar de los desaparecidos. USD \$ 10,000.00 adicionales a cada uno de los sobrevivientes de las masacres que fueron víctimas de actos de esclavitud y servidumbre. USD \$15,000.00 a una mujer víctima de violación sexual.	US\$ 50,000.00

En virtud de esta base jurisprudencial, la Sentencia del caso Sarayaku cobra un contexto particular y preserva muchas similitudes con casos anteriores y singularidades propias que serán expuestas a continuación.

Estados Unidos de América), corresponderá a los gastos de la organización Moiwana '86, y US \$10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a los gastos de la organización Forest Peoples Programme.

CAPITULO IV.

ANÁLISIS DEL CASO DEL PUEBLO KICHWA SARAYAKU VS. ECUADOR.

Para iniciar el estudio del caso Sarayaku es conveniente establecer una breve sinopsis tanto del proceso contencioso establecido en el Sistema Interamericano para tratar las violaciones alegadas en una denuncia, como de los hechos no controvertidos del caso Sarayaku.

4.1 El Proceso en el Sistema Interamericano.

Una vez recibida la denuncia en la Comisión Interamericana este órgano debe considerar si amerita solicitar información al Estado denunciado, fundamentándose en los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 44, 45, 46 y 47 de la Convención los cuales serán abordados con posterioridad cuando se trate el Informe de Admisibilidad de la Comisión. En el caso Sarayaku la Comisión establecería la procedencia de la denuncia y solicitaría al Estado que se remita sus observaciones a la denuncia presentada.

El procedimiento que la Comisión sigue una vez calificada la denuncia se encuentra reglado principalmente en el Art. 48 de la Convención que señala:

“1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas,

verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevivientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

Las siguientes normas establecen las medidas a seguir ante un arreglo entre las partes y su actuación en caso de no haberlo. El Art. 49 señala que en caso de existir un acuerdo, la Comisión redactará un informe trasladado a las partes y comunicado al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos para ser publicado conteniendo una breve exposición de los hechos y de la solución lograda.

El Art. 50 indica que al no existir acuerdo, la Comisión redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, trasladándose a los Estados interesados sin facultar de publicación, en este informe se pueden formular recomendaciones.

Finalmente el Art. 51 establece que si en el plazo de 3 meses a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión redactará un informe con su opinión y conclusiones, fijará también recomendaciones y un plazo para que el Estado remedie la situación y tras este período decidirá, (por mayoría absoluta de votos) si el Estado ha tomado o no medidas necesarias al caso y si publica o no su informe.

Una vez presentada la demanda ante la Corte Interamericana, la Convención establece la competencia y funciones de este órgano en sus artículos 61 al 69 en los cuales se establece entre otras aspectos la posibilidad de dictar medidas provisionales ; se establece la potestad consultiva de la Corte pues ante la consulta de un Estado miembro posee la facultad de referirse sobre la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y también sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales; se obliga a la Corte a dictar fallos debidamente motivados los cuales son definitivos e inapelables y se regula la ejecución de la sentencia en caso de indemnización la cual se sujetará al procedimiento interno vigente de cada Estado.

4.2 Antecedentes del caso del Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador.

El primer antecedente normativo surge bajo el mandato del Dr. Rodrigo Borja Cevallos el 12 de Mayo de 1992, el Ecuador, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización, adjudicó en la provincia de Pastaza, en forma indivisa, un área singularizada en el título, correspondiente a una superficie aproximada de 254.652 hectáreas, a favor de las comunidades de río Bobonaza (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2012), entre las que se encuentra la Comunidad Indígena Kichwa Sarayaku; otorgando de esta manera, la propiedad de dicha área a los miembros del pueblo³⁶. Esta adjudicación se realizó en base a ciertos parámetros que

³⁶ A más del pueblo Sarayaku los territorios fueron adjudicados a los pueblos: Sarayaquillo, Cali Cali, Shigua Cucha, Chontayacu, Nina Cucha, Palanda, Teresa Mama, Ramizuna, Tahuay Nambi, Palizada, Muro Pishin, Mangaurco, Boberas, Santo Tomás, Puca Urcu, Liz Pungo, Yanda Playa, Chiyun Playa,

podemos considerarlos como primigenios en la protección del ecosistema y los pueblos indígenas que habitan en ellos³⁷.

El 26 de Junio de 1995 el Comité Especial de Licitación (CEL) convoca a la octava ronda de licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en la región amazónica: en esta licitación se incluían los bloques 23, 24 y 31 en Ecuador (Explored, Página Oficial del sitio de noticias Explored, 21).

A raíz de esta licitación se adjudicarían el 26 de Junio de 1996, el bloque 23 al consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) y el bloque 31, a Pérez Companc. El espacio sujeto a este proyecto es un área de 200.000 hectáreas, el 65% del bloque 23 abarca los territorios del pueblo Sarayaku.

Este contrato, en relación al Art. 5 del Decreto Ejecutivo 2845³⁸ (Decreto Ejecutivo No. 2845, 1995) del 3 de Julio de 1995, tendría un plazo de exploración de 4 años con una posible prórroga de 2 años y un proceso extractivo de 20 años con la posibilidad de prorrogarse sin un límite de tiempo establecido; los supuestos a cumplirse para extender el contrato son mencionados en dicha norma.

Rumi Playa, Shawindia, Upa Lulun, Huagra Cucha, Tuntun Lan, Llanhamacocha, Alto Corrientes, Papaya, Chipahuari, Masaramu.

³⁷“a. La presente adjudicación se inspira en el triple propósito de proteger los ecosistemas de la Amazonía ecuatoriana, de mejorar las condiciones de vida de los miembros de las comunidades indígenas y de precautelar la integridad de su cultura.

b. Esta adjudicación no afecta en modo alguno, a las adjudicaciones anteriormente hechas a personas o instituciones cuya validez se ratifican por este acto, ni los asentamientos y posesiones de los colonos realizados con anterioridad a la presente fecha ni el libre tránsito por las vías acuáticas y terrestres existentes o que se construyan en el futuro, de acuerdo con la legislación nacional.

c. Esta adjudicación no limita la facultad del Estado de construir vías de comunicación, puertos, aeropuertos y demás obras de infraestructura necesarias para el desarrollo económico y seguridad del país.

d. El Gobierno Nacional, sus instituciones y la fuerza pública tendrán libre acceso a las zonas adjudicadas para el cumplimiento de las acciones previstas en la Constitución y leyes de la República.

Los recursos naturales del subsuelo pertenecen al Estado y este podrá explotarlos sin interferencias dentro de las normas de protección ecológica.

f. El Gobierno Nacional, a fin de proteger la integridad social, cultural, económica y ambiental de las comunidades adjudicatarias, tendrán los planes y programas que, al efecto, serán elaborados por las respectivas comunidades indígenas y presentados a consideración del Gobierno.

g. La comunidad adjudicataria se someterá a las normas de manejo y cuidado del área adjudicada y queda expresamente prohibida la venta o enajenación, total o parcial de ella”. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo indígena Sarayaku y sus miembros (caso 12.465), párrafo 60, obtenido del Registro de la propiedad de Puyo, Pastaza. Adjudicación de tierras a favor de las comunidades Río Bobonaza, 26 de Mayo de 1992.

³⁸ El Decreto establece las Bases de Contratación para regular los Contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, para la Octava Ronda de Licitación de bloques petroleros.

El Art. 7 del Decreto antes mencionado, en su numeral 2, establece la obligación de realizar un Estudio de impacto ambiental (EIA): “La contratista dentro de los primeros seis meses luego de la fecha de inscripción, deberá efectuar un Estudio de Impacto Ambiental para la fase de prospección sísmica. Así mismo, antes de perforar el primer pozo exploratorio, deberá efectuar un Estudio de Impacto Ambiental para la fase de perforación exploratoria y, finalmente, deberá presentar un EIA antes de pasar al período de explotación conjuntamente con el plan de desarrollo” (Decreto Ejecutivo No. 2845, 1995). Esta misma obligación se establece en la cláusula 5.1.4 del contrato de participación.

En 1997 Walsh Environmental Scientists (empresa consultora), presenta el Estudio de Impacto Ambiental, el cual es aprobado el 26 de Agosto de 1997. En base al contrato, este estudio tendría que describir la flora y fauna de los territorios así como la situación socio cultural de los pueblos indígenas. El Ministerio de Energía y Minas establecería que el EIA no se ejecutó.

El 2 de julio de 2002 se aprueba el Plan de Manejo Ambiental y el Plan de Monitoreo para las actividades de prospección sísmica en el bloque 23. En septiembre de 2002 la Compañía solicitó el reinicio de actividades.

Las actividades de prospección sísmica no se iniciaron hasta después del 2 de julio de 2002, cuando el Estado aprobó actualizar el EIA y ordenó reactivar dicha fase del proyecto.

Dentro de sus operaciones, la CGC ha hecho incursiones en los territorios de Sarayacu, comenzando la fase de exploración en noviembre de 2002. Debido a esta reactivación de la exploración sísmica en la fecha mencionada y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la Asociación del Pueblo Kichwa Sarayaku declaró un estado de emergencia.

El 22 de noviembre de 2002, el Vicepresidente y las Vocales de la Junta Parroquial Rural

de Sarayaku presentaron una queja ante la Defensoría del Pueblo por la presencia de la CGC en el territorio de Sarayaku, así como por las requisas militares. Ante estas denuncias, el 27 de noviembre de 2002, el Defensor del Pueblo de Ecuador declaró que todos los miembros del Pueblo Sarayaku se encontraban bajo la protección de su autoridad (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012)³⁹. Asimismo manifestó que ninguna persona ni autoridad o funcionario podrán impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros pertenecientes a Sarayaku.

El 28 de noviembre de 2002, el Presidente de la OPIP presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra Daymi Services.

En respuesta al amparo, el 29 de noviembre de 2002, el juez ordenó, como medida precautoria, suspender cualquier acción que afectara o amenazara los derechos materia del reclamo; el proceso no sería resuelto hasta la presentación de petición ante la Comisión Interamericana.

El 24 de enero de 2003, el Ministerio de Energía y Minas manifestó que “los días 18, 19 y 22 de junio del 2002, de acuerdo al Art. 37 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador se efectuaron (por parte de la CGC) tres presentaciones públicas del Plan de Manejo Ambiental en las localidades de Canelos, Pacayacu y Shauk.

Entre octubre de 2002 y febrero de 2003, los trabajos de la empresa petrolera en el bloque 23 avanzaron un 29% al interior del territorio de Sarayaku. En ese periodo la CGC cargó 467 pozos con un total de 1433 kilogramos de explosivos y los dejó sembrados en el territorio de los Pueblos indígenas que habitan en el bloque 23.

El 6 de febrero de 2003, la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador informó que CGC declaró estado de fuerza mayor y suspendió definitivamente los

³⁹icha afirmación es contemplada en el caso Sarayaku a raíz de una declaración defensorial hecha por la Defensoría del Pueblo el 27 de noviembre de 2002, párrafo 71.

trabajos de exploración sísmica.

El 10 de abril de 2003, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza dictó una resolución en relación con la queja de noviembre de 2002, decidiendo acogerla parcialmente y resolviendo que el Ministro de Energía y Minas y presidente del directorio de PETROECUADOR, así como al apoderado y representante legal de la Empresa CGC habían violado efectivamente los artículos 84.5 y 88 de la Constitución Política de Ecuador, el Convenio No. 169 de la OIT y el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Entre febrero de 2004 y abril del mismo año, serían presentadas varias denuncias por agresiones y amenazas ante el Ministerio Público del Distrito de Pastaza, ante la Fiscalía Distrital de Pichincha y ante la Comisaría 2da Nacional del Cantón de Quito.

Con posterioridad a la denuncia ante la Comisión, el 15 de junio de 2004, esta última solicitaría a la Corte la adopción de medidas provisionales las cuales serían otorgadas el 6 de Julio del 2004; el 11 de mayo de 2005 se celebró ante la Corte Interamericana una audiencia pública sobre las medidas provisionales en Ecuador siendo ratificadas, misma situación se daría el 17 de junio de 2005. En este intervalo, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 62/04 de fecha 13 de octubre de 2004.

El 3 de agosto de 2007 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Minas y Petróleos y la Policía Nacional, para extraer los explosivos del territorio Sarayaku (pentolita).

El 20 de abril de 2009 el Consejo de Administración de PETROECUADOR levanta la suspensión de actividades en los bloques 23 y 24.

El 2 de octubre de 2009 se suscribió un nuevo Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables y la Policía Nacional con el fin de extraer la pentolita del territorio de Sarayaku. Al 17 de diciembre

del 2009 el Estado habría retirado 14 Kg. de pentolita de los 150 kg. enterrados en la superficie. Días después, el 18 de diciembre de 2009, la Comisión aprobaría el Informe de Fondo No. 138/09.

El 28 de febrero de 2010 la Corte emitió una resolución respecto de las medidas provisionales luego de haber celebrado una audiencia pública el 2 de febrero de 2010, en esta resolución se decide mantener las medidas.

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentaría ante el Tribunal, una demanda en contra de la República del Ecuador, dando inicio al proceso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, una vez interpuesta la demanda ante la Corte, el 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23 (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

4.3 La Denuncia ante la Corte interamericana de Derechos Humanos.

La Asociación de Pueblos Kichwa de Sarayaku, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, (CEJIL) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES) presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de diciembre de 2003, la cual fue signada como P167/03.

En ella los peticionarios precisarían que el pueblo kichwa de Sarayaku está ubicado en la provincia de Pastaza en la República del Ecuador con aproximadamente 1.200 miembros; su órgano máximo es la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (Tayja Saruta) conformado por las comunidades de Shiguacoca, Chontayaku, Sarayakillo, Cali Cali, Teresa Mama, Llanchama y Sarayaku Centro y cuentan con un territorio ancestral de 135.000 hectáreas. Este territorio, como se desprende de los hechos no controvertidos fue reconocido en 1992.

En la denuncia se desarrollan supuestas violaciones de carácter general e individual, en cuanto a vulneraciones de derechos de carácter general los peticionarios sostendrían la responsabilidad del Estado por el menoscabo de los derechos de la comunidad indígena, partiendo del apoyo a la empresa petrolera “Compañía General de Combustible” (CGC) para la explotación del bloque 23, sin realizar una consulta previa, libre e informada al pueblo Sarayaku, derivando esta inobservancia en una serie de afecciones en el territorio ancestral de Sarayaku y originando una persecución a los dirigentes del pueblo; mientras esto sucedía el Estado negaría la protección judicial debida acrecentando aún más el daño causado.

Los peticionarios afirman que al suscribirse en 1996 el contrato de explotación petrolera de 200.000 hectáreas en la provincia de Pastaza (bloque 23), cuyo 65% era territorio Sarayaku, se irrespetaron los procedimientos reglamentarios, constitucionales y convencionales establecidos en el derecho nacional e internacional y si bien la fase de exploración debía empezar en 1997, CGC iniciaría la misma en noviembre de 2002, tiempo en el que se encontraba vigente la nueva Constitución Política ecuatoriana y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, por lo cual se encontraba sujeta a estos cuerpos normativos.

A partir del 2002 se daría paso a una serie de violaciones a los derechos humanos, al punto que el 25 de noviembre del 2002 (Informe de Admisibilidad caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2004), el Gobernador de la Provincia de Pastaza, la Comandancia de la Provincia de Pastaza, la Asociación de Sarayaku, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana, (CONFENIAE) y la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, acordarían con la empresa CGC que esta última se compromete a respetar los derechos del pueblo de Sarayaku.

El 27 de noviembre de 2002 el pueblo de Sarayaku fue declarado bajo protección de la Defensoría del Pueblo de Ecuador (Informe de Admisibilidad caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2004), por medio de una resolución que ordena a los funcionarios públicos y a las personas en general, el respeto a la comunidad Sarayaku y la obliga a respetar y preservar sus tierras ancestrales y su bagaje cultural; añade también que se

debe respetar el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros pertenecientes a Sarayaku.

Argumentan también que se han causado graves daños a la vida de la comunidad, pues mediante explosivos se ha destruido bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos, sitios sagrados y han causado la migración de animales. Estos explosivos impiden transitar libremente por su territorio y realizar labores de subsistencia alimenticia y por sobre todo al impedirse el goce de su tierra se afecta la una relación espiritual de los miembros de la comunidad con su territorio.

Sostienen finalmente que se vulneraron las estructuras políticas mediante amenazas, persecuciones y agresiones a sus representantes

En cuanto a violaciones de carácter particular y hechos cuyas víctimas son individualizadas, los representantes de la comunidad afirmarían que entre noviembre del 2002 y febrero de 2003, se atentó de diversas formas contra el pueblo Sarayaku y sus representantes (Informe de Admisibilidad caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2004):

- El 13 de enero de 2003, trabajadores CGC, agredieron a miembros de Sarayaku que se trasladaban por el río Bobonaza disparándoles desde las orillas de este último, posteriormente tumbaron árboles y cerraron el paso del río.
- El 25 de enero del 2003, en un operativo militar en el territorio Sarayaku, se detuvo a Elvis Gualinga, Marcelo Gualinga, Reinaldo Gualinga y Fabián Grefa, líderes Sarayaku quienes fueron torturados por militares, policías y por seguridad privada contratada por CGC.
- El 26 de enero de 2003 miembros del Ejército ecuatoriano atacaron con armas de fuego el Campamento de Paz y Vida en Panduro, Sarayaku, integrado por aproximadamente 60 indígenas, entre ellos mujeres, niños, ancianos y hombres, quienes resguardan su territorio.

- El 28 de enero de 2003 la empresa petrolera con el apoyo del Ejército, realizaron actividades de prospección sísmica en Rotuno Yaku (Guayacán), área sagrada del pueblo Sarayaku.
- El 29 de enero del 2003, dos niñas menores de edad fueron amenazadas por trabajadores de la empresa, quienes habrían instado a miembros del Ejército a violarlas y previa a su liberación habrían sido víctimas de abusos.
- El 4 de diciembre de 2003 alrededor de 120 indígenas, incluyendo mujeres y niños, que navegaban por el río Bobonaza hacia una marcha de protesta, fueron agredidos con palos, piedras y machetes por asalariados de CGC, sus pertenencias fueron destruidas y cuatro personas, entre ellas un niño fueron retenidos hasta el día siguiente.
- El 1 de marzo del 2004 fue agredido físicamente, Marlon Santi, Presidente de Sarayaku, previamente a viajar a Washington D.C., a una reunión convocada por la Comisión.
- El 23 de abril del 2004, el Dr. José Serrano Salgado, abogado y representante legal de la comunidad, fue agredido asaltado y amenazado por tres hombres quienes con una pistola en la cabeza advirtieron que abandone sus actividades respecto al pueblo Sarayaku.

En cuanto al agotamiento de recursos internos, se indica haber presentado un recurso de amparo el 28 de noviembre de 2002 ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC, recurso que consideran adecuado y eficaz y mediante el cual se reclamaba la suspensión de actividades de la compañía; el juez efectivamente ordenaría como medida cautelar se paralicen las operaciones de la petrolera; sin embargo el recurso no sería resuelto hasta la fecha de presentación de la denuncia, es decir no existía un pronunciamiento ágil y efectivo de los órganos jurisdiccionales.

En virtud de lo expuesto, las supuestas víctimas solicitarían se declare responsable al Estado ecuatoriano por una serie de actos y omisiones que ha dado paso a la violación de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos, concretamente: violación al derecho a la propiedad (Art. 21), a la protección judicial (Art. 25), al debido proceso (Art. 8), a la libre circulación (Art. 22), a la integridad personal (Art. 5), a la libertad y

seguridad personal (Art. 7), a la vida (Art. 4), a la asociación (Art. 16), a la participación política (Art. 23), a la libre expresión (Art. 13), a la personalidad jurídica (Art. 3), a la libertad de religión y creencias (Art. 12), a los derechos del niño (Art. 19), a la igualdad (Art. 24), a la salud y a la cultura (Art. 26), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, alegan que el Estado violó sus obligaciones generales de respetar y garantizar los anteriores derechos (Art. 1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo su cumplimiento (Art. 2), ambos de la Convención Americana.

Tras esta denuncia la Comisión solicitaría un pronunciamiento del Estado, el cual se recién daría algunos meses después.

4.4 Informe del Estado.

Previo al análisis del informe de admisibilidad de la Comisión Interamericana es importante indicar los argumentos presentados por el Estado en nota recibida por la Comisión Interamericana el 2 de junio de 2004. En esta nota el Estado manifiesta su posición en cuanto a aspectos procesales de la petición excepcionándose en virtud del no agotamiento de recursos internos y señala la inexistencia de obligaciones del Estado ecuatoriano con respecto al Convenio 169 de la OIT; finalmente solicita se declare inadmisibles la petición y se proceda a su archivo.

Reitera que el recurso a presentarse no fue el adecuado ni eficaz pues la acción de amparo tiene por finalidad cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto que viole derechos humanos, es decir, la acción de amparo reconocida en la Constitución de 1998 no podía, a criterio del Estado, impugnar un contrato de concesión petrolera y que dicho contrato legalmente celebrado con la empresa CGC constituye un acto denominado por la doctrina como acto administrativo de concesión requería no una acción cautelar sino la presentación de un recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción o subjetivo regulado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Por lo tanto, expresa el Estado, al interponer la acción de amparo no se podría, bajo ninguna circunstancia, declarar la ilegalidad de la concesión petrolera otorgada a la

empresa CGC, lo que sí podría intentarse a través de un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante el tribunal competente.

Además el Estado señala que otro recurso que resultaría efectivo, dentro del proceso contencioso administrativo, es el recurso de casación, que podría haberse interpuesto ante una inconformidad con la sentencia que dicte uno de los tribunales de distrito de lo contencioso administrativo (Informe de Admisibilidad caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2004).

El Estado da por probado la existencia de recursos de jurisdicción interna efectivos ante los hechos suscitados y la denuncia interpuesta e invoca lo sostenido por la Corte Interamericana en cuanto a que si un Estado al alegar el no agotamiento, prueba la existencia de recursos internos idóneos, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del Art. 46 numeral 2 de la Convención Americana.

En cuanto al Convenio 169 de la OIT, expresa que el Estado ecuatoriano, al celebrar contrato de concesión petrolera con la empresa CGC en 1996, no había ratificado aún el Convenio 169 y, por tanto, no era parte integrante de su ordenamiento jurídico interno. Indica el Estado que la doctrina del derecho internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados establece dos elementos claves para determinar la responsabilidad de los mismos; que exista una acción u omisión atribuible a un Estado y, que esta conducta constituya una violación de una obligación internacional. Al no haber ratificado el Convenio 169 al suscribirse el contrato de concesión, sostiene el Estado que no se puede hablar de violación alguna a una obligación internacional pues esta aún no existía.

En relación al proceso de amparo constitucional, el Estado sostuvo que si bien el plazo del mismo debe cumplir con parámetros de razonabilidad, la jurisprudencia internacional no ha fijado un quantum preciso para la duración del proceso, sino únicamente criterios para tener en cuenta en casos concretos. Ecuador en el caso Sarayaku sostiene nunca haber faltado a su deber de celeridad procesal ni violado la Convención Americana, teniendo los peticionarios a disposición el planteamiento de los recursos necesarios y

más allá de su error al optar por la acción de amparo en ningún momento se violaron garantías judiciales.

Finalmente el Estado solicitaría se declare inadmisibile la petición y se proceda a su inmediato archivo.

4.5 Informe de Admisibilidad.

El informe de admisibilidad posee gran relevancia en los procesos del Sistema Interamericano, en virtud de la procedencia de este, se conoce el fondo mismo del proceso, y si la Comisión considera, se plantea la correspondiente demanda ante la Corte Interamericana tras realizar un informe de fondo de la causa.

Para que la Comisión declare admisible un proceso se deben cumplir parámetros establecido en los artículos 44, 45, 46 de la Convención Americana, a más del Art. 47, que expresa que si es presentada una denuncia eminentemente improcedente, una denuncia que sea la reproducción de una petición o comunicación anterior o una denuncia que no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados en la Convención esta será declarada inadmisibile. Las dos primeras normas por otra parte, expresan la capacidad de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, para presentar una denuncia ante la Comisión, la cual solo podrá actuar cuando existe el respectivo depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención y el reconocimiento de la competencia de la Comisión.

El Art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece requisitos de mayor complejidad, por lo cual es conveniente desarrollar los mismos con mayor profundidad en relación al caso Sarayaku. La mencionada norma establece:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

En el caso Sarayaku, como se ha mencionado, el Estado objetaría la admisibilidad basándose en la falta de agotamiento de instancias internas y afirmararía que el Estado no incumplió obligaciones relativas al Convenio de la OIT, puesto que los hechos datan de 1996, es decir antes de que Ecuador ratifique el Instrumento. Esta postura es congruente con los hechos pues mal se pueden alegar las normas 1.b, 1.c y 1.d; al respecto cabe un breve análisis de estos literales, para tratar los argumentos del Estado:

En primer lugar, respecto al literal b, la decisión definitiva sobre la acción de amparo interpuesta no había sido notificada, ya que si bien se presentó el recurso el 29 de noviembre de 2002, hasta la fecha de la denuncia ante la Comisión Interamericana e incluso hasta la fecha en que se elaboró el informe de admisibilidad, no existía sentencia del Juez Primero Civil de Pastaza; es decir, mal se puede argumentar que la petición no

fue dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado haya sido notificado de la decisión definitiva.

En cuanto al literal c, el Sistema Interamericano tendrá conocimiento de los diversos procesos y denuncias, siempre y cuando no exista un proceso internacional sobre la misma causa, es decir sustenta el concepto de cosa juzgada internacional. En el caso Sarayaku el Estado ecuatoriano no poseía ninguna demanda o causa en el ámbito internacional en cuanto se refiere a la comunidad mencionada por lo que este requisito de admisibilidad no impediría el conocimiento de la Comisión.

En tercer lugar, el literal d, establece la obligatoriedad de especificar los datos de la persona o personas que realice la petición, y en caso de que una denuncia sea presentada por una comunidad, u organización no gubernamental, se deberán detallar los datos del representante. En el caso Sarayaku la denuncia fue presentada por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku (Tayjaruta), el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); especificando el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de los representantes, cumpliendo así el requisito de la norma 1.d.

4.5.1 Agotamiento de recursos de jurisdicción interna.

Abordando los argumentos del Estado en referencia al agotamiento de recursos internos, la Corte se ha pronunciado indicando que el Estado que alegue la falta de agotamiento de recursos internos deberá señalar cuáles son los recursos que debiesen agotarse; en el caso Sarayaku, el Estado argumentó que los peticionarios al recurrir a la acción de amparo, desatendieron la vía efectiva para sostener sus pretensiones, pues debía plantearse un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo. Es conveniente citar las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano que sustentaban dichos recursos.

En la Constitución de 1998 el recurso de amparo estaba reconocido en el Art. 95 que establecía:

“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso (...) (Constitución Política de la República de Ecuador, 1998)”.

La Ley Orgánica de Control Constitucional en su Art. 46 puntualizaba que el recurso de amparo procede ante cualquier acto u omisión de autoridad pública que:

“(...) Haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos” (Ley Orgánica de Control Constitucional, 1997).

En cuanto al recurso Contencioso Administrativo precisado por el Estado, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa disponía en aquel tiempo, en su Art. 1, lo siguiente:

“El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante” (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2001).

En su Art. 3 ahonda en las clases de recursos contencioso administrativo, señalando:

“El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara a un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativos de que se trata.

El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal” (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2001).

Para fundamentar su decisión, la Comisión, en concordancia con las directrices básicas de la Corte Interamericana, expresaría que sólo deben ser agotados los recursos adecuados, es decir aquellos que subsanen las violaciones presuntamente cometidas; denotando una clara relación con el principio general del Derecho de que “la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable” (Sentencia Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988). En el caso Sarayaku por lo tanto la Comisión adoptó a la acción de amparo como la acción idónea basándose en la consideración de la Corte en el caso Awas Tingni, en donde dicho órgano sostuvo que “la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve” (Sentencia caso Awas Tingni vs Nicaragua, 2001).

Esta decisión de la Comisión es bastante discutible, pues según la Constitución de 1998, la acción de amparo muestra evidentes diferencias con la acción de protección⁴⁰ que surgiría en el 2008, y en su aplicación se proyecta una naturaleza cautelar, más que tutelar; lo cual sería afirmado por el Estado indicando que el recurso adecuado a

⁴⁰La acción de amparo contemplada en la Constitución Política del Ecuador de 1998 se asemeja lo que hoy serían las medidas cautelares en el ámbito constitucional, pues la propia jurisprudencia ecuatoriana limitó el alcance de la medida y la naturaleza del amparo y al no ser reconocidas medidas cautelares en estricto sentido, imposibilitó el efectivo cese de actos perjudiciales para un derecho.

plantearse debía ser el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Al afirmar que el amparo es únicamente cautelar, afirmamos igualmente que la acción de amparo no plantea un proceso de “conocimiento sino de precaución” (URIBE TERÁN, 2012); es decir que en el caso Sarayaku la acción de amparo no podía declarar nulo el acto administrativo mediante el cual se da vida a la concesión, sino únicamente preserva la situación jurídica existente. Hoy por hoy, la garantía constitucional del amparo equivale a las “denominadas, medidas cautelares contenidas en el Art. 87 de la Constitución en vigencia, puesto que una verdadera acción de fondo, de conocimiento, reparatoria de los derechos constitucionales representa actualmente la acción de protección” (LÓPEZ, 2012, pág. 15).

Existen posturas que sostienen una naturaleza tutelar de la acción de amparo, en base a que el Art.95 de la Constitución de 1998 expresa que la acción cabe para remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión; a pesar de ello es evidente que las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales en Ecuador desde 1998 hasta la Constitución vigente en 2008, sostienen a la acción de amparo como medida cautelar y no tutelar.

Como ya manifestamos el Estado argumentaría, que al ser la raíz del conflicto el contrato de concesión, la medida de amparo no era la indicada pues debía buscarse la nulidad del acto administrativo, lo cual no podría resolver la acción presentada. Es decir la naturaleza cautelar y no tutelar de la acción, derivarían en la subsistencia de un recurso idóneo.

Por otra parte el amparo fue interpuesto el 28 de noviembre de 2002, lo cual determina que a más de lo sostenido por el Estado, el recurso era inadecuado pues no cumpliría los requisitos para su procedencia; es decir que un acto u omisión de autoridad origine una amenaza inminente de causar un daño grave; siendo el contrato de concesión firmado en 1996 y la acción presentada varios años después, se opondría al carácter de inminencia, que el entonces Tribunal Constitucional señaló estaba ligado al transcurso del tiempo; es decir un daño inminente, suponía que el daño se causase en un tiempo reducido, debiendo presentarse la acción inmediatamente para que no existe la violación de

derechos fundamentales.

En base a estas consideraciones la acción de amparo parecería no haber sido la propicia en el caso Sarayaku, situación que puede cambiar fácilmente según otro punto de vista en concordancia con lo alegado por los peticionarios.

La Acción de Amparo fue presentada contra la empresa petrolera CGC, quién en virtud de ser titular de un contrato de concesión actuaba por delegación del Estado; la acción dirigiría su motivación no a la nulidad del contrato, sino a los hechos y acciones de CGC desde 1999 hasta la fecha de presentación del recurso, que de acuerdo a los peticionarios, afectaron los derechos fundamentales del pueblo indígena.

Es decir nunca se impugnó la validez del contrato vía amparo, sino los hechos posteriores lo cual no contradice el requisito de inminencia. Respecto al daño grave no existe controversia pues cualquier afectación que podría darse en el pueblo Sarayaku, incluyendo la explotación de sus territorios se consideraría daño grave sin lugar a duda.

En cuanto a la naturaleza cautelar o tutelar, la discusión no tendría mayor cabida en el proceso partiendo del criterio y de los argumentos sustentados por el pueblo Sarayaku, pues la acción interpuesta no buscaría establecer un proceso de conocimiento sino únicamente mantener el marco fáctico y jurídico, de tal manera que la empresa CGC no continúe con sus operaciones. Es decir existe un reconocimiento de la naturaleza cautelar de la acción y es justamente esta característica la que busca ser aplicada en el caso.

Desde esta nueva perspectiva podríamos afirmar que la acción interpuesta por el pueblo Sarayaku es adecuada, y aún así, en caso de no serlo, existía fundamento para no requerir el agotamiento de recursos internos como trataremos a continuación.

4.5.2 Excepciones establecidas en el Art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Art. 46 expuesto anteriormente, establecería con justa razón, tres excepciones a las normas 1.a. y 1.b. de la norma citada; en el caso de la comunidad indígena Sarayaku, la

Comisión enfatizaría lo dispuesto en dichas excepciones.

Como primera excepción se establece que no se necesitará agotar los recursos internos y presentar la petición en un plazo de 6 meses tras conocer la decisión definitiva, cuando no exista en la legislación interna del Estado el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que los peticionarios manifiestan se han violado.

La segunda excepción establece que no se necesitará agotar los recursos internos y presentar la petición en un plazo de 6 meses tras conocer la decisión definitiva, cuando se ha impedido al peticionario acceder a los recursos de la jurisdicción interna, o cuando se ha impedido la posibilidad de que el mismo agote los recursos.

Finalmente en tercer lugar, se establece que no se necesitará agotar los recursos internos y presentar la petición en un plazo de 6 meses tras conocer la decisión definitiva, cuando exista retardo injustificado en la decisión sobre los recursos. Esta disposición se ve claramente plasmada en el accionar judicial del Estado ecuatoriano.

Como se indicó el 28 de noviembre de 2002 fue presentada la acción de amparo. La cual según el Art. 95 de la Constitución de 1998, debía seguir el siguiente procedimiento tras ser presentada:

“(...) El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las

disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho” (Constitución Política de la República de Ecuador, 1998).

El 29 de noviembre de 2002, el Juez Primero de lo Civil de Pastaza resolvió dar trámite al recurso de amparo constitucional y la audiencia que debió llevarse a cabo en 24 hora fue fijada para el 7 de diciembre de 2002 y si bien se suspende hasta la audiencia cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos materia del reclamo, es evidente que la audiencia fue fijada en clara violación a la Constitución al no respetar los plazos establecidos. La situación es aún más grave, por cuanto la audiencia no se realizó en la fecha ordenada por el tribunal y hasta el dictamen de admisibilidad de la Comisión habían transcurrido 23 meses desde la fecha de interposición de la acción de amparo sin existir resolución judicial, en violación al Art. 95 antes mencionado, en donde se establece que el juez tendrá 48 horas tras la audiencia para resolver.

Es congruente indicar entonces, que sí se agotaron los recursos internos al presentar el recurso de amparo frente a hechos, que a criterio de los peticionarios, violaban sus derechos fundamentales y a más de esto existe un retardo injustificado en la administración de justicia encasillándose en la excepción al agotamiento de recursos establecido en el Art. 46, numeral 2, literal c; por consiguiente, la solicitud ante la Comisión procedía más allá de la disputa relativa a la acción de amparo, y su calidad de recurso idóneo.

Finalmente la Comisión ante la postura de la comunidad indígena Sarayaku que señala se han violado disposiciones del Convenio 169 de la OIT y la contradicción del Estado manifestando la inexistencia de obligaciones con respecto al Convenio 169 de la OIT, pues su ratificación data de 1999 y los hechos se dieron en 1996, indicaría que no es competente para declarar violaciones al instrumento internacional en mención, pues es evidente que esta potestad recae en la Corte Interamericana y expresa que no se configura ningún supuesto de los establecidos en el Art. 47⁴¹ para declarar inadmisibles la

⁴¹ Los supuestos de inadmisibilidad son: a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46; b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención; c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

petición.

En virtud de lo expuesto la Comisión decidió:

1. Declarar admisible el presente caso con relación a los Arts. 4 (vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad y seguridad personal), 8 (debido proceso), 12 (libertad de religión y creencias), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 16 (asociación), 19 (derechos del niño), 21 (propiedad), 22 (libre circulación), 23 (participación política), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial) y 26 desarrollo progresivo), todos de la Convención Americana en relación con los artículos 1(1) y 2 de este instrumento.
2. Declarar inadmisibile la presente denuncia en cuanto al Art. 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica) de la Convención Americana, por falta de elementos probatorios.
3. Notificar esta decisión al Estado ecuatoriano y al peticionario.
4. Continuar con el análisis del fondo de la cuestión.
5. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

El Informe de admisibilidad, cabe resaltar, no establece la violación a las normas mencionadas, únicamente califica de procedente la petición interpuesta. El informe de fondo constituye el pronunciamiento de la Comisión que deriva en la demanda ante la Corte Interamericana.

4.6 Medidas Cautelares y Provisionales en el Sistema Interamericano y aplicadas en el caso Sarayaku.

Es importante señalar la capacidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de emitir medidas de protección para salvaguardar los derechos del pueblo Sarayaku; estas medidas son las denominadas medidas cautelares y provisionales. Para diferenciar estos dos tipos de medidas realizaremos un recuento breve de las solicitudes de los peticionarios y las

resoluciones de los Órganos del Sistema Interamericano.

4.6.1 Medidas Cautelares en el caso Sarayaku.

En cuanto a la adopción de medidas cautelares debemos recordar que fue presentado un recurso de amparo el 28 de noviembre de 2002, por parte Presidente de la OPIP ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la empresa CGC y contra Daymi Services (subcontratista de CGC); argumentando múltiples acciones de CGC contra la comunidad Sarayaku y su organización. El amparo constitucional presentado, daría lugar a una medida cautelar emitida el 29 de noviembre del 2002, mediante la cual se debía suspender cualquier acción tanto presente como futura que pudiese que afectar los derechos relativos al reclamo.

Al no acatarse esta solicitud y si bien las actividades serían suspendidas por la Asociación de la Industria Hidrocarburífera del Ecuador el 6 de febrero de 2003, los peticionarios solicitaron el 3 de marzo de 2003, mediante Franco Viteri, Presidente de la Comunidad Indígena de Sarayaku y la Comisión Interinstitucional Ecuatoriana, la adopción de medidas cautelares para proteger el derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y a la propiedad privada de la comunidad indígena de Sarayaku y específicamente la vida e integridad personal de los dirigentes Franco Viteri, José Gualinga, Francisco Santi y Cristina Gualinga.

A raíz de esta solicitud, la Comisión solicitó al Estado ecuatoriano información respecto a la petición de medidas cautelares el 7 de marzo de 2003. El 23 de abril de 2003 el Estado solicitó la ampliación del plazo para presentar información. El 24 de abril del 2003 los peticionarios reiteraron la solicitud de medidas cautelares, acompañaron información adicional. Dicha información fue transmitida al Estado el 25 de abril de 2003, otorgándosele un plazo de 5 días para que presentara sus observaciones. El Estado no contestó por lo cual el 5 de mayo de 2003, la Comisión dispondría la adopción de las siguientes medidas cautelares:

“1. Adoptar todas las medidas que considere necesarias para asegurar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los miembros de la comunidad indígena de

Sarayaku, en especial a Franco Viteri, José Gualinga, Francisco Santi, Cristina Gualinga, Reinaldo Alejandro Gualinga y las niñas que podrían estar siendo objeto de amenazas o amedrentamiento por parte de personal del ejército o de civiles ajenos a la comunidad.

2. Investigar los hechos ocurridos el 26 de enero de 2003 en el campo de paz y vida Tiutilhualli de la Comunidad de Sarayaku y sus consecuencias. Juzgar y sancionar a los responsables.

3. Adoptar las medidas necesarias para proteger la especial relación de la Comunidad Sarayaku con su territorio.

4. Acordar las medidas cautelares en consulta con la comunidad y sus representantes ante el sistema interamericano de derechos humanos.”

En un plazo de 15 días el Estado debía informar sobre la adopción de las medidas dictadas.

En el marco del 118° período ordinario de sesiones de la CIDH, el 16 de octubre de 2003 se realizó una audiencia en la cual los peticionarios solicitaron extender el plazo de las medidas cautelares. La solicitud fue concedida y el 17 de diciembre del 2003 la Comisión informó al Estado sobre la extensión de las medidas cautelares por 6 meses y le solicitó la presentación de información sobre su implementación en un plazo de 15 días. El 12 de enero 2003 el Estado solicitó a la Comisión ampliación del plazo para presentar la información solicitada, la cual fue concedida por un período de 15 días.

4.6.2 Medidas Provisionales en el caso Sarayaku.

En cuanto a las medidas provisionales, el 8 de abril de 2004 los peticionarios presentaron información adicional y pidieron a la Comisión que solicitara a la Corte Interamericana de Derechos Humanos medidas provisionales, inmediatamente la Comisión remitió la información al Estado para que este se presente información relevante en un plazo de 5 días como máximo. El 23 de abril 2004 el Estado solicitó una prórroga de un mes la que fue concedida. El 29 de abril de 2004 se solicitaría la adopción de las medidas cautelares a favor del Dr. José Serrano Salgado, representante

legal del pueblo de Sarayaku y se reafirmaría la necesidad de otorgar medidas provisionales; al día siguiente la Comisión extendió las medidas cautelares a José Serrano Salgado y para los miembros de la organización Centro de Derechos Económicos y Sociales, (CDES) teniendo 15 días el Estado para informar sobre la aplicación de las medidas; el Estado presentó su respuesta recién el 28 de mayo del 2004. Es decir aún no se implementaban medidas provisionales más allá del retraso en las observaciones y respuestas del Estado.

Con evidente retraso la Comisión, en fecha 15 de junio de 2004, sometió a la consideración de la Corte Interamericana, la solicitud de adopción de medidas provisionales a favor del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y sus miembros⁴². El 6 de Julio de 2004 la Corte dictaría las medidas provisionales.

Las medidas provisionales serían:

“1. Requerir al Estado que adopte, sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa en los procedimientos requeridos ante las autoridades.

2. Requerir al Estado que garantice el derecho de libre circulación de los miembros del pueblo kichwa de Sarayaku.

3. Requerir al Estado que investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

4. Requerir al Estado que dé participación a los beneficiarios de estas medidas en la planificación e implementación de las mismas y que, en general, les mantenga informados sobre el avance de la ejecución de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴² En base al Art 62 numeral 2 de la Convención y al Art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana.

5. Requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente Resolución, sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la misma.

6. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que transmita la presente Resolución a los beneficiarios de estas medidas, y les informe que podrán presentar sus observaciones dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la notificación del informe del Estado.

7. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones dentro de un plazo de siete días, contados a partir de la notificación del informe del Estado.

8. Requerir al Estado que, con posterioridad a su primera comunicación (suprapunto resolutivo 5), continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada dos meses sobre las medidas provisionales adoptadas, y requerir a los beneficiarios de estas medidas que presenten sus observaciones del Estado dentro de un plazo de un mes contado a partir de la notificación de los informes del Estado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dichos informes del Estado dentro de un plazo de seis semanas contadas a partir de su recepción” (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Sarayaku vs. Ecuador*, 2004).

Estas medidas serían ratificadas el 11 de mayo de 2005, el 17 de junio de 2005 y el 28 de febrero de 2010; denotando la postura de la Corte ante la inexistente o ineficaz actuación del Estado para resarcir el daño causado y evitar daños futuros.

4.6.3 Diferencias entre medidas cautelares y provisionales.

De lo expuesto anteriormente es notorio el ánimo del Sistema Interamericano de precautar los derechos humanos y prevenir cualquier afectación a los mismos, para ello la Comisión Interamericana entre sus facultades, puede dictar las medidas cautelares que

considere oportunas y la Corte Interamericana de igual manera podrá dictar las medidas provisionales que crea convenientes al caso. De esta manera se configuran dos mecanismos de protección a los derechos, medidas cautelares y provisionales, las cuales si bien persiguen un mismo fin, tienen diferencias particulares, que en muchos casos, han sido usadas para que los Estados nieguen el cumplimiento de medidas cautelares.

Para el tratamiento de este tema, debemos partir de que la actuación de los órganos de la Convención está sujeta a la aceptación de su competencia por parte de los Estados; la misma que fue realizada por el Estado ecuatoriano el 30 de julio de 1984 (Organización)⁴³. En esta fecha, en virtud del numeral 1 del Art. 45⁴⁴ de la Convención se ratificó la competencia de la Comisión Interamericana entretanto, en virtud del Art. 62 numeral 1⁴⁵, se ratificó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para el análisis de las diferencias entre medidas cautelares y provisionales abordaremos tres aspectos fundamentales: la fuente normativa de las medidas, el órgano competente para dictarlas y finalmente la naturaleza de cada una de ellas.

4.6.3.1 En cuanto a la fuente.

En cuanto a las medidas cautelares y la facultad de la Comisión Interamericana de imponer las mismas, la Convención Americana no hace alusión alguna a la competencia de la Comisión en materia cautelar, lo cual ha derivado en críticas respecto a la potestad de este Órgano para emitir medidas cautelares; a razón de esto el Reglamento de la Comisión expedido en 1979 sería el encargado de regular el otorgamiento de estas medidas. El reglamento mencionado ha sido modificado en varias ocasiones pues en un inicio no contenía la posibilidad de dictar medidas cautelares, sin embargo, al momento

⁴³ Declaración del Ministro de Relaciones Exteriores fue quien ratificó la competencia de los órganos del Sistema Interamericano.

⁴⁴ Art. 45 numeral 1 de la Convención Interamericana de derechos Humanos: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención”.

⁴⁵ Art. 62 numeral 1 de la Convención Americana de derechos Humanos: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

de la presentación de la denuncia del pueblo Sarayaku ante la Comisión el Art. 25 ya manifestaba:

“1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.

2. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.

3. La Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares.

4. El otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión” (Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y modificado en su 118º período ordinario de sesiones, 2003).

De esta manera, en el 2003 ya era obligatorio el cumplimiento de medidas cautelares por parte de los Estados signatarios y que habían ratificado la competencia de la Comisión interamericana. El actual Art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana amplía los conceptos establecidos pues ya señala como requisitos sustanciales la existencia de un “daño irreparable”, la “gravedad de la situación” y la “urgencia de la situación”; cada uno de estos conceptos están desarrollados en el Reglamento actual.

Quizás el mayor avance del nuevo texto, es la regulación procesal estableciendo el contenido y requisitos de las solicitudes de medidas cautelares (Art. 25 numeral 4 y 6),

el contenido y requisitos de las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares (Art. 25 numeral 7) y el procedimiento para levantar las medidas cautelares dictadas tras petición de un Estado. Para el presente estudio también es importante señalar dos aspectos que se especifican en el nuevo texto; en primer lugar aclara el alcance de las medidas indicando que “podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización” (Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado en su 147° período de sesiones, 2013), resaltando así el resguardo que debe darse a las comunidades y pueblos indígenas; en segundo lugar se establece que la Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana y ante una decisión de desestimación de estas medidas por la Corte, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que lo ameriten (Art. 25 numerales 12 y 13).

Finalmente el Art. 76 numeral 2, del Reglamento de la Comisión Interamericana, en concordancia con la norma anteriormente citada, establece que podrá solicitar medidas provisionales a la Corte en base a tres aspectos

“2. La Comisión considerará los siguientes criterios para presentar la solicitud de medidas provisionales:

a. cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión;

b. cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces;

c. cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte;

d. cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos” (Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado en su 147° período de sesiones, 2013).

Las medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no nacen del Reglamento de la Comisión sino de la propia Convención Americana de Derechos Humanos y son expedidas por la Corte Interamericana, su fundamento radica en el Art.63 numeral 2 de la Convención:

“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

El reglamento de la Corte Interamericana regula los aspectos procesales de dichas medidas.

4.6.3.2 En cuanto al órgano competente.

Es evidente en virtud de lo expuesto que la Comisión es el órgano encargado de dictar medidas cautelares y la Corte medidas provisionales, sin embargo la competencia de estos órganos tiene sus particularidades; de tal manera que la Corte Interamericana puede dictar medidas provisionales incluso antes de pronunciarse sobre su competencia en un determinado caso, bajo el único requisito de una solicitud previa de la Comisión y una vez se conozcan los procesos contenciosos en la Corte las presuntas víctimas podrán solicitar la adopción de dichas medidas. El proceso de las medidas cautelares al contrario, parece afirmar que, “sobre la base de sus competencias estatutarias, la Comisión podría pedir la adopción de medidas cautelares en cualquier circunstancia que lo considere necesario para el desempeño de sus funciones” (FAÚNDEZ LDESMA, 1998); esta situación diera lugar a una convergencia de potestades en materia cautelar,

pues una vez conocido el proceso en la Corte Interamericana este órgano podría dictar medidas provisionales y subsistiría la facultad de emitir medidas cautelares de la Comisión. Esta aparente concurrencia de facultades dispositivas sustenta la negación a la obligatoriedad de las medidas cautelares en concordancia con el Art. 41 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶ que únicamente expresa la atribución de la Comisión de formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente y nunca establece la posibilidad de pronunciarse en cuanto a medidas cautelares. Esta crítica conllevaría un necesario desconocimiento de la actuación de la Asamblea General de la OEA por cuanto aprobó el reglamento de la Comisión extendiéndose en las atribuciones previstas en la Convención Americana, por ello la tercera diferencia es vital para comprender las diferencias sustanciales y el alcance de las medidas.

4.6.3.3 En cuanto a su naturaleza.

En la resolución de medidas provisionales de la Corte Interamericana en el caso James y otros vs la República de Trinidad y Tobago, el juez Cançado Trindade puntualizaría: “en cuanto a la jurisprudencia de la Corte, esta ha manifestado que las medidas provisionales tienen fundamentalmente un carácter no solo tutelar por cuanto se protegen derechos humanos; cuando se satisfacen los requisitos para aplicarlas, se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”⁴⁷.

⁴⁶ Artículo 41º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

⁴⁷ Solicitud de medidas provisionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Costa Rica caso del periódico “La Nación”, Considerando 4.

La Corte expreso en el caso James y otros vs Trinidad y Tobago “que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, las medidas provisionales no son sólo de naturaleza preventiva, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino que son fundamentalmente de protección, dado que protegen a los derechos humanos en tanto y en cuanto tratan de evitar daños irreparables a las personas. Siempre que se cumplan los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y la prevención de un daño irreparable, las medidas provisionales de protección se tornan en una real garantía jurisdiccional de naturaleza preventiva” (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales caso James y otros vs. La República de Trinidad y Tobago, 1999).

Este postulado se confirmaría en la Resolución de medidas provisionales de la Corte en el caso del Diario la Nación vs Costa Rica:

“Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo” (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales caso Diario la Nación vs. Costa Rica, 2001). En el caso Sarayaku el propio juez Cançado Trindade al referirse a las medidas provisionales reafirmaría que “tales medidas pasan a salvaguardar, más que la eficacia de la función jurisdiccional, los propios derechos fundamentales de la persona humana, revistiéndose, así, de un carácter verdaderamente tutelar, más que cautelar” (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Ecuador, caso pueblo indígena de Sarayaku, 2004).

El artículo 63.2 de la Convención exige que para que la Corte pueda disponer de medidas provisionales deben concurrir tres condiciones: i) “extrema gravedad”; ii)

“urgencia”, y iii) que se trate de “evitar daños irreparables a las personas”. Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal y, del mismo modo, deben persistir para que la Corte mantenga la protección ordenada. Dichos requisitos sustanciales son los mismos que establece el Reglamento de la Comisión Interamericana en la actualidad para la procedencia de medidas cautelares; sin embargo el alcance de las medidas provisionales es superior y de las resoluciones de la Corte que las conceden se vislumbra un proceso lógico jurídico amplio que no solo preserva una situación sino efectivamente protege derechos humanos en base a los hechos y la información que posea la Corte. En el ámbito nacional podríamos asemejar las medidas cautelares de la Comisión Interamericana a las medidas cautelares del orden interno ecuatoriano y a las medidas provisionales, en cierta medida, podríamos considerarlas como un híbrido entre las medidas cautelares y la acción de protección por cuanto proceden ante una vulneración de derechos y buscan su protección. A raíz de esta característica de las medidas provisionales, es lógico considerar que el otorgamiento de ellas da lugar a un prejuzgamiento de la Corte y la tendencia de este organismo así lo corrobora, al punto que del razonamiento mismo de las medidas provisionales adoptadas por la Corte, se originan gran parte de la motivación de las sentencias emitidas con posterioridad. En caso de las medidas cautelares el Art. 25 del Reglamento de la Comisión prohíbe este prejuzgamiento, lo cual no sucede en el Reglamento de la Corte con respecto a las medidas provisionales, haciendo aún más evidente el alcance y amplitud de las medidas provisionales.

Si bien el actual Art. 25 del Reglamento de la Comisión dotaría de naturaleza tutelar a las medidas cautelares, en su aplicación dista de esta característica; podemos afirmar entonces, que las medidas provisionales poseen mayor alcance y se sustentan en un reconocimiento convencional, lo que ha permitido gozar de la legitimidad que muchas veces se discute sobre las medidas cautelares.

Para concluir se debe añadir un variante de medidas provisionales que responden a un factor de probidad y necesidad; son las llamadas medidas de urgencia que no son tomadas por el pleno de miembros de la Corte Interamericana sino las dicta el juez

Presidente y penden de una ratificación o confirmación posterior del resto de miembros en pleno. Están reconocidas en el Art. 27 del Reglamento de la Corte Interamericana.

4.6.4 Obligatoriedad del cumplimiento de las medidas cautelares.

En concordancia a los tres parámetros expuestos y para esclarecer la obligatoriedad de las medidas cautelares y provisionales es necesario considerar que la naturaleza de estas medidas especifica el *modus operandi* de las mismas y lejos de poder ser contradictorias son concurrentes, pues si la Comisión dictase medidas cautelares y sometiera a consideración de la Corte la adopción de medidas provisionales, el pronunciamiento que de esta última se obtenga ratificará o suspenderá las medidas cautelares; es obvio por lo tanto que pueden subsistir en un mismo proceso en tratamiento por la Corte Interamericana en su etapa respectiva, medidas cautelares y provisionales pero nunca en oposición a las resoluciones de la Corte.

Si bien el origen de las medidas cautelares no responde a la Convención Americana es evidente que surge de un Reglamento debidamente aprobado en el ámbito formal y al abordar la protección de los derechos humanos y el desarrollo de garantías el Sistema Interamericano ha dirigido su opinión a la obligatoriedad de las medidas cautelares como medio de preservación de un *status quo* más no de resolución de un conflicto específico o protección y reparación de un derecho; a más, las medidas cautelares nacen del reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana y su Reglamento se elabora en concordancia con la propia Convención Americana, es decir existe un claro fundamento de procedencia formal. A pesar de ello resulta evidente que al no referirse expresamente en el Sistema Interamericano a las medidas cautelares como garantías obligatorias, se produce un vacío que en la mayoría de casos ha sido subsanado por fallos de la justicia constitucional de cada país, siendo Ecuador uno de los países que no posee un desarrollo jurídico en este aspecto y su actuación se dirige por la política internacional que adopte en el ejecutivo⁴⁸.

⁴⁸ Es conveniente referirse al caso del asambleísta Cléver Jiménez, originado por el presunto cometimiento del delito de injurias en el caso 30S que derivó en la paralización de las actividades del cuerpo policial y un intento de golpe de Estado según el gobierno, delito cometido supuestamente por el

Ante esta situación se presentaría una denuncia ante la Comisión Interamericana que dispondría medidas cautelares concernientes a la suspensión de la ejecución de la sentencia; el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador, Ricardo Patiño, al referirse al caso del asambleísta Cléver Jiménez y otros, expresaría que “no hay ninguna parte en la Convención (Americana de Derechos Humanos) ni en el estatuto que le permitan a la CIDH solicitar medidas cautelares” (Telégrafo), afirmación que es evidentemente incorrecta y en el caso Sarayaku no se objetaron las medidas cautelares ni provisionales pero su cumplimiento fue inobservado más allá de esta aceptación tácita de las medidas.

Los involucrados en el proceso solicitarían al pueblo Sarayaku asilo político, el cual sería concedido y sostendrían que al existir medidas cautelares dictadas por la Comisión y medidas provisionales por la Corte por los hechos suscitados en virtud del contrato de explotación del bloque 23, el Estado no podría intervenir en sus territorios.

La posibilidad de otorgar asilo en virtud de la pluriculturalidad y plurinacionalidad en Ecuador, sumado a la existencia de la justicia indígena son aspectos novísimos en los procesos judiciales y ameritan estudio aparte; en cuanto a las medidas cautelares y provisionales del caso Sarayaku vs Ecuador y las medidas cautelares del caso Cléver Jiménez y otros vs Ecuador podemos expresar que existen dos consideraciones necesarias para ilustrar el alcance de las medidas interpuestas en el marco del Sistema Interamericano.

En primer lugar, en relación al caso Sarayaku vs Ecuador, tanto las medidas cautelares como provisionales no se encuentran vigentes. El Art. 25 numeral 12 del Reglamento de la Corte dispone "la Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de acuerdo con las condiciones establecidas en el Art. 76 del presente Reglamento. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, éstas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud" (Reglamento de la Comisión Interamericana de derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al

asambleísta Cléver Jiménez, su asesor Fernando Villavicencio y el activista Carlos Figueroa. Estos serían sentenciados a 18 meses de prisión, realizar un pago al mandatario de \$ 140.000 y solicitar disculpas públicas.

13 de noviembre de 2009 y modificado en su 147° período de sesiones, 2013). La Corte en el caso Sarayaku dictaría efectivamente medidas provisionales y se informaría de ello a las partes, lo que supondrían entonces la suspensión de las medidas cautelares. En cuanto a las medidas provisionales, manteniendo el mismo esquema resolutivo de otros casos, en la sentencia del caso Sarayaku se establece que “las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2012); suspendiendo estas medidas y enfocándose así al cumplimiento de la sentencia.

En segundo lugar las medidas cautelares ordenadas por la Comisión en el caso Cléver Jiménez y otros vs Ecuador tienen validez y son de obligatoriedad para el Estado, así lo han reiterado tanto los países miembros del Sistema Interamericano como este último mediante sus organismos. El caso del Alcalde de Bogotá Gustavo Petro apoya esta afirmación, pues en este proceso el presidente colombiano, Juan Manuel Santos, no acató las medidas impuestas por el Sistema Interamericano que protegían al alcalde de Bogotá, y lo destituyó de su cargo, siguiendo el fallo de un organismo administrativo de control. La defensa de Gustavo Petro presentaría un recurso de amparo en contra del decreto ejecutivo que destituía al Alcalde de Bogotá, este fue aceptado fundamentándose en que existió una violación de los derechos políticos de la víctima y de los electores, se desatendieron resoluciones previas del órgano constitucional colombiano, se violó el principio de autonomía distrital, se irrespetaron medidas cautelares de carácter interno y finalmente se incumplió con el control de convencionalidad (Sentencia caso Gustavo Petro contra la Presidencia de la República de Colombia y la Procuraduría de la Nación, 2014). Este último punto es quizás el más importante al considerar el alcance de las medidas ordenadas por la Comisión, y se sustenta en el reconocimiento de competencia del Estado, tanto de la Convención Americana como del Estatuto de la Comisión; el incumplimiento de las normas del Sistema Interamericano efectivamente conlleva responsabilidad internacional, por lo que mal se puede negar la obligatoriedad de las medidas cautelares.

4.7 La Sentencia del Caso del pueblo Kichwa Sarayaku vs Ecuador.

Una vez analizados los hechos, la Comisión Interamericana, tras injustificados casi siete años, presentaría una demanda ante la Corte Interamericana en fecha 26 de abril del 2010. La demanda reflejaría en gran parte la denuncia del Pueblo Sarayaku por lo que su tratamiento sería redundante. En ella la Comisión solicitaría se declare la violación de las siguientes disposiciones consagradas en la Convención:

- El Art. 21 de la Convención Americana, en relación con los Arts. 13, 23 y 1.1 de dicho instrumento.
- Los Arts. 4, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
- El Art. 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.
- El Art. 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de veinte miembros del Pueblo Kichwa de Sarayaku.
- El Art. 2 de la Convención Americana.

La Comisión descartaría la solicitud de los peticionarios de declararse las violaciones a los derechos relativos a la libertad y seguridad personal (Art. 7), a la asociación (Art. 16), a la personalidad jurídica (Art. 3), a la libertad de religión y creencias (Art. 12), a los derechos del niño (Art. 19), a la igualdad (Art. 24), a la salud y a la cultura (Art. 26). Con estos precedentes es más que necesario abarcar la sentencia emitida por la Corte y la motivación de su resolución.

Como se manifestó al iniciar este capítulo al desarrollar el procedimiento contencioso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la sentencia de la Corte Interamericana debe ser debidamente motivada en concordancia con el Art. 66 numeral 1 de la Convención Americana y goza de carácter definitivo e inapelable permitiéndose únicamente la posibilidad de plantear una solicitud ante la inconformidad con la sentencia de acuerdo al Art. 67 de la Convención: “(...)En caso de desacuerdo sobre el

sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”. Esta solicitud al no ser un recurso de apelación, no suspende la ejecución de las sentencias y al ser planteada ante el mismo órgano difícilmente disuadirá a la Corte para que esta reforme su postura.

La sentencia es de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, su desacato acarrearía responsabilidad internacional al violar una obligación legítimamente establecida en el Sistema Interamericano; el Art. 68 de la Convención indica:

“1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

En caso del segundo literal es lógico que para la ejecución de la sentencia y las indemnizaciones que contenga, cada Estado equipare la sentencia de la Corte Interamericana a una sentencia de última instancia del ordenamiento interno, posibilitando así el respectivo cobro de los valores fijados por concepto del daño causado.

Finalmente el Art. 69 de la Convención expresa que la resolución de la Corte debe ser comunicada a las partes concluyendo con esta actuación, el procedimiento contencioso del Sistema Interamericano.

A continuación analizaremos los tres aspectos elementales que presenta la sentencia del caso Sarayaku, en primer lugar la prueba de los hechos alegados, en segundo lugar el análisis de los derechos que la Corte consideraría violados en virtud de las pruebas y finalmente la reparación que fija la Corte.

4.7.1 Prueba.

Con base en lo establecido en los artículos 46 y 47 del Reglamento de la Corte (que establecen el valor de las declaraciones de los testigos), el Art. 48 del Reglamento (que establece la posibilidad de recusar a los peritos y su informe), los artículos 50 y 51 (que indican el mecanismo y contenido de las declaraciones y la su intervención en audiencia) y de los artículos 57 y 58 del Reglamento (que establecen la admisibilidad de las pruebas rendidas ante la Comisión que deben ser incorporadas al expediente y las diligencias probatorias de oficio que puede llevar a cabo la Corte); a más de la jurisprudencia relativa a la prueba y su apreciación la Corte apreciaría los elementos probatorios presentados en el marco de la sana crítica. En el caso Sarayaku los elementos probatorios serían documentales, testimoniales y periciales.

4.7.1.1 Prueba documental.

Como observamos en la jurisprudencia de la Corte, este Tribunal admite el valor probatorio de los documentos remitidos por las partes en la debida oportunidad procesal, además de aquellos relacionados con hechos supervinientes remitidos por los representantes y por la Comisión; obviamente todos estos documentos no deben haber sido controvertidos ni objetados o puesta en duda su autenticidad.

En cuanto a la prueba documental en el caso Sarayaku se presentarían principalmente informes de entidades estatales y privadas, resoluciones de las autoridades indígenas y los procesos y trámites impulsados por la comunidad fundamentalmente para corroborar el daño causado.

Entre estos informes destacan el Informe de la Junta Parroquial de Canelos del enfrentamiento ocasionado entre el Pueblo de Canelos y el Pueblo de Sarayaku relativo al acceso al río Bobonaza; el Informe del Ministerio de Energía y Minas, sobre las actividades realizadas en el bloque 23 que versa entre otros puntos, con el asentamiento

de bases militares en territorio Sarayaku y la inaplicación del Estudio de Impacto Ambiental; el Informe del Estado de 21 de septiembre de 2009, presentado a la Corte el 13 de octubre de 2009 que afirma la existencia de pentolita en el territorio de la Comunidad y el proceso de extracción llevado a cabo por el Estado desde el 2007, restando aún un elevado número de explosivos por retirar; el Informe Final de Negociación, “Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Petróleo Crudo del Bloque 10. AGIP ECUADOR OIL B.V”, del 21 de noviembre de 2010 el cual incorpora alrededor de 80.000 Ha. del Bloque 23 al bloque 10 afectando el territorio de comunidades Kichwas de la cuenca alta del Bobonaza y a la Asociación Achuar de Shaime, así como una porción del territorio de Sarayaku, todo ello sin realizar un proceso de consulta previa.

El documento de mayor relevancia es el informe presentado el 8 de mayo de 2003 por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República en el que concluyó que "el Estado, a través de los Ministerios de Medio Ambiente y Energía y Minas, violó el numeral 5) del Art. 84 de la Constitución Política de la República, al no consultar a la comunidad sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente(...) existe violación de los derechos humanos, al haber ocasionado un grave daño psicológico a los niños de la comunidad, al observar el enfrentamiento con los militares, policías y miembros de seguridad de la CGC y al detener a los dirigentes de la OPIP acusándolos de terroristas, quienes a su vez fueron sujetos de maltratos físicos, que afectaron su integridad personal, prohibida por la Constitución Política de la República” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012). Con este antecedente se reconocería el daño provocado a la comunidad Sarayaku y se reconocería la obligación de realizar la consulta previa, esto sumado al reconocimiento realizado en 2012 por Alexis Mera constituirían uno de los ejes argumentativos de la resolución de la Corte.

Se presentaron también notas de prensa por parte de la Comisión y las partes, las cuales la Corte menciona que “podrán ser apreciadas cuando recojan hechos públicos y

notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Los representantes remitieron varios anexos en carácter de “prueba superviniente” y presentaron un documento titulado “Estudio de Poblamiento Tradicional, Poblacional y de Movilidad del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku” el cual data del 2011. En el escrito de solicitudes y argumentos, los representantes señalaron que el pueblo Sarayaku estaba llevando a cabo un proceso de censo, de tal manera que los resultados de este serían entregados a la Corte posteriormente. La Corte daría declarararía admisible este documento.

El Estado remitió diversos documentos junto con sus alegatos finales escritos. Los representantes alegaron que todos esos documentos serían inadmisibles y que varios de ellos fueron presentados de forma extemporánea, lo cual no fue justificado por el Estado en alguna de esas situaciones excepcionales y, más aún, que los documentos presentados se encontraban a disposición del Estado desde antes de su escrito de contestación. Igualmente, la Comisión solicitó a la Corte rechazar algunos de estos documentos por haber sido remitidos de forma extemporánea, pero sin especificar a cuáles documentos se refería. Al respecto, este Tribunal considera que no corresponde admitir aquellos documentos presentados por el Estado en sus alegatos finales escritos que no hubiesen sido presentados en el momento procesal oportuno

Finalmente se entregaron comprobantes de gastos de litigio relacionados con el presente caso; la Corte admitió, aquellos que sean posteriores a la fecha de presentación del escrito de solicitudes y argumentos.

En cuanto a documentos señalados por enlaces electrónicos el Tribunal “ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el

equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes” (Sentencia Caso Escué Zapata vs. Colombia , 2007) de tal manera que serían aceptados por la Corte.

Finalmente en el proceso el Estado solicitó que los informes que ha enviado en referencia a las medidas provisionales requeridas por los representantes ante la Comisión y por esta ante la Corte Interamericana, deben ser valorados como prueba a su favor. Si bien la Corte expresó que el procedimiento de medidas provisionales y el de un caso contencioso son diferentes, en este proceso la Corte se pronunciaría indicando que “las presuntas víctimas del presente caso han sido también beneficiarias de esas medidas de protección, es decir, el grupo concreto o potencial de los beneficiarios es idéntico al grupo de personas conformado por las presuntas víctimas. Además, el objeto de las medidas provisionales coincide con muchos de los aspectos del fondo de la controversia”; en correspondencia a lo expuesto declararían admisible los escritos y documentación presentados en el procedimiento de medidas provisionales según su oportunidad, especificidad y relación con los alegatos de las partes.

4.7.1.2 Prueba Testimonial.

Respecto a la prueba testimonial la Corte recibiría varios testimonios de los pobladores de la comunidad, entre estos testimonios y previa audiencia, la Corte escucharía (en la inspección llevada a cabo el 21 de abril de 2012) las declaraciones de: Narsiza Gualinga, Delegada de Shiwakocha; Holger Cisneros, Delegado de Shiwakocha; Franco Viteri, Delegado de Pista; Digna Gualinga, Delegado de Pista; Lenin Gualinga, Delegado de Pista; Cesar Santi, Delegado de Sarayakillu; Isidro Gualinga, Delegado de Kali Kali; y Siria Viteri y Ronny Ávilez, por los jóvenes de Sarayaku.

En cuanto a la audiencia final y en relación con la sentencia emitida, la Corte precisó que las partes en escrito de 23 de junio de 2011, manifestaron que habían “decidido presentar las declaraciones escritas de cuatro de las presuntas víctimas y desistir de la presentación de las declaraciones de otras ocho presuntas víctimas, todas requeridas

mediante la Resolución del Presidente de 17 de junio de 2011. Una vez que la presentación de una declaración ha sido ordenada por el Presidente, la presentación de esa prueba deja de estar a disposición de las partes, por lo que no presentarla requiere de la respectiva justificación. De tal manera, la falta de presentación de la prueba únicamente puede afectar, en su caso, a la parte que injustificadamente dejó de hacerlo” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012). El Tribunal recibió únicamente las declaraciones rendidas ante fedatario público (afidávit) por estas cuatro presuntas víctimas: Sabine Bouchat, Bertha Gualinga, Franco Viteri (quien ya había rendido su declaración en la inspección de la Corte) y José Gualinga; previamente como se mencionó, se habían captado una serie de declaraciones de tal manera que el número de testimonios rendidos durante el proceso sería muy superior.

Destaca el Testimonio de José Gualinga, siendo preponderante en la argumentación de la Corte pues indica con detalle las violaciones a los derechos Sarayaku y pormenoriza la relación íntima de la comunidad con el medio ambiente y territorio. Destaca también el testimonio de Patricia Gualinga en audiencia el 6 de julio de 2011 al señalar la relación del pueblo Sarayaku y su entorno:

“Es una relación íntima, es una relación de convivencia armónica, el Kawsak Sacha para nosotros es la selva que es viva, con todo lo que ello implica, con todos sus seres con toda su cosmovisión, con toda su cultura en la cual nosotros estamos inmiscuidos.(...) Estos seres son muy importantes. Ellos nos mantienen con la energía vital, ellos mantienen el equilibrio y la abundancia, ellos mantienen todo el cosmos y están conectados entre sí. Estos seres son indispensables no sólo para Sarayaku, sino para el equilibrio amazónico y están conectados entre sí, y por eso Sarayaku defiende tan arduamente su espacio de vida” (GUALINGA, 2011).

La existencia de esta relación humano-naturaleza fue preponderante en la construcción constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos. La asambleísta María del Rosario Palacios al precisar en Montecristi que las colectividades deben beneficiarse de las riquezas naturales en búsqueda del buen vivir, sostuvo que se alcanzará este fin

“desde un manejo soberano de los pueblos, que no es posible sin la convivencia armónica de la naturaleza” (Acta Asamblea Constituyente 058, Informe de Mayoría y Minoría sobre Derechos de la Naturaleza, 2008); criterio que fue adoptado en la Asamblea Constituyente en la cual se calificó al hombre como parte de un todo que es la naturaleza o Pachamama.

Testificarían también, Ena Santi y Marlon Santi, quienes darían fe de la existencia de asentamientos militares y el establecimiento de seguridad privada de la empresa CGC y la creación de “campamentos de paz y vida” por parte del pueblo Sarayaku, buscando defender su territorio y a sus habitantes. Además Marlon Santi sostendría que fueron destruidos árboles y plantas de gran valor medioambiental y cultural, además estos permitían la subsistencia alimenticia de Sarayaku. Este nexo entre el ser humano y el entorno se ve aún más evidente al abordar el caso del árbol Lispungo; el Yachak don Sabino Gualinga manifestó: “En un sitio que se llama Pingullo, eran las tierras del señor Cesar Vargas, ahí existía con sus árboles ahí estaba tejido como hilos la forma en que él podía curar, cuando derrumbaron este árbol de Lispungo le causaron mucha tristeza (...) Cuando derrumbaron ese árbol grande de Lispungo que él tenía como hilos se entristeció muchísimo y murió su esposa y después murió él, también murió un hijo, después el otro hijo y ahora solo quedan dos hijas mujeres” (GUALINGA S. , 2011).

Los testimonios rendidos por las presuntas víctimas evidencian un sentido de pertenencia del territorio donde habita el pueblo y la existencia de un nexo con su entorno que difícilmente puede ser descrito, a tal punto que la mayoría de los testimonios lejos de puntualizar los derechos humanos que en su momento consideraríamos de primera generación, se enfocan en derechos de segunda y tercera generación a los cuales otorgan una importancia distante de la comprensión de personas ajenas a su cultura, pues sus ritos sus lugares sagrados y su modus vivendi son el sustento mismo de su vida.

La Corte reconoció, en la línea de su jurisprudencia previa, este nexo entre los miembros de la comunidad Sarayaku y su territorio, denominado como la Pachamama en la

tradición Kichwa; este reconocimiento se fundamentó en grande parte por los testimonios señalados, de tal manera, que los razonamientos expuestos en la Asamblea Constituyente en Montecristi para consagrar los derechos de la naturaleza en nuestra Constitución, ya fueron elaborados previamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y enfocados al contexto ecuatoriano con el caso Sarayaku. Con total seguridad podemos afirmar, en razón de lo indicado, que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana fue un precedente de la construcción de la naturaleza como sujeto de Derechos.

En cuanto a los testigos presentados por el Estado, no fue remitida la declaración del señor Rodrigo Braganza, pues este fue acreditado como parte de la delegación que representaría al Estado en la audiencia lo cual fue objetado por los representantes durante la reunión previa a la misma por considerar que había sido convocado como testigo de tal manera que la Corte se pronunció en cuanto a que el testimonio ofrecido no constituye elemento de prueba propiamente dicho sino alegatos de parte.

El Estado ofrecería al señor Oscar Troya como testigo, sin embargo al contestar una pregunta de los representantes al rendir testimonio, aceptó que había estado presente en la sala de audiencia mientras se recibían las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 51.6 del Reglamento de la Corte, declarándose entonces inadmisibles su testimonio.

Es evidente que la prueba testimonial presentada respalda los argumentos de las partes ante la defensa del Estado, y paralelamente, los informes periciales confirmarán gran parte de lo expuesto por las víctimas.

4.7.1.3. Prueba Pericial.

En el proceso serían reconocidos los informes de seis peritos: Rodolfo Stavenhagen, Alberto Acosta Espinosa, Víctor Julio López Acevedo, Bill Powers, Shashi Kanth y

Suzana Sawyer y de dos peritos más los cuales fueron ofrecidos por la Comisión: James Anaya, actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, y al antropólogo y abogado Rodrigo Villagra Carrón

El Estado remitió, junto con su lista definitiva de declarantes, un documento titulado “Informe Antropológico Protocolizado” suscrito por el señor Boris Aguirre Palma, quien fue originalmente ofrecido como perito por el Estado en su contestación. Este informe no fue solicitado por la Corte ni presentado en manera oportuno junto a la prueba documental, por lo que la Corte lo declararía inadmisibile.

De los aportes que estos peritajes tendrían en el proceso podemos señalar los siguientes: En primer lugar el Estado nunca controvertió que la empresa abrió trochas sísmicas, habilitó helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad y taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku lo cual se ve sustentando en el informe pericial del Antropólogo Rodrigo Villagra (VILLAGRA, 2011).

Durante la audiencia pública, el mismo perito, Rodrigo Villagra Carron, señaló que “el territorio, el conocimiento, las posibilidades, la potencialidades productivas, pero también de reproducción humana que tienen, están íntimamente relacionadas. (...) de la particular relación entre cada grupo cultural y la naturaleza, depende su identidad cultural, que se expresa en las más variadas prácticas de manejo, protección, uso o extracción primaria de recursos naturales, bienes o servicios de los ecosistemas” (VILLAGRA, 2011).

El perito Víctor López Acevedo afirmó que “para Sarayaku no es aceptable depender del Estado ni de grupos internos que demanden bienes, porque ellos entienden que el territorio es su mayor patrimonio, en el sentido de que dentro de éste yacen todos los elementos materiales que determinan una apropiada reproducción social y donde se fundan los seres que representan sus creencias espirituales, lo que constituye valores

diferentes a los de la sociedad envolvente, pero que constituyen su razón de ser y su razón de vivir” (LÓPEZ V. , 2011).

Rodolfo Stavenhagen y Suzana Sawyer sostendrían que los actos de la empresa, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades a más de que nunca se permitió una participación adecuada de la comunidad para poder pronunciarse acerca de la actividad petrolera (SAWYER & STAVENHAGEN, 2011).

El perito Bill Powers una vez constatados los explosivos abandonados en el territorio por la compañía CGC, precisó que estos constituyen un peligro latente para Sarayaku y la Corte sostuvo esta afirmación al corroborar que “la activación o detonación de esos explosivos es, según lo manifestado por los peritos, una posibilidad real y potencial” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Mediante Resolución de 20 de enero de 2012 del Presidente de la Corte, sustentándose en el Reglamento de la Corte y en consulta con los demás miembros de este órgano, se decidiría realizar una visita al territorio Sarayaku encaminada a obtener información sobre la situación de las presuntas víctimas y acerca de los lugares en que habrían ocurrido los hechos alegados⁴⁹. En este lugar recibirían el testimonio de varias personas y por sobre todo el Secretario Jurídico de la Presidencia, doctor Alexis Mera, efectuó un reconocimiento de responsabilidad del Estado a nombre del Presidente Rafael Correa (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012). La Corte Interamericana consideró este acto como una aceptación de responsabilidad del Estado. Sin duda esta pericia se convertiría en eje transversal de la decisión de la Corte.

En virtud de estos peritajes y en armonía con las declaraciones de testigos, se evidenciaría el daño causado al pueblo Sarayaku tanto en lo material como inmaterial. Además estos peritajes reafirmaron la postura de los pueblos indígenas ecuatorianos en

⁴⁹ Es el primer proceso de la Corte Interamericana, en que una delegación de Jueces, realizó una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción la diligencia se llevaría a cabo el 21 de abril del 2012.

cuanto a la naturaleza, a la Pachamama, sosteniendo que debe reconocerse su derecho sobre el territorio, por la conexión humano-naturaleza existente; así al igual que se manifestó en la Asamblea Constituyente de Montecristi al abordar los derechos de la naturaleza, no se puede permitir que “los derechos económicos y de iniciativa económica sean considerados por sobre los intereses de preservación de la naturaleza” (Acta Asamblea Constituyente 058, Informe de Mayoría y Minoría sobre Derechos de la Naturaleza, 2008), estando encontrándose esta última en una relación directa con los pueblos indígenas y su cultura.

4.7.2 Violaciones a la Convención Americana de derechos Humanos.

En el caso Sarayaku la Corte dictaminaría la violación del Derecho a la Consulta, el derecho a la Propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en términos de Art. 21, el derecho a la vida e integridad personal contenidos en los Arts. 4.1 y 5.1 y la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en los Arts. 8.1 y 25 de la Convención.

No se pronunciaría sobre violaciones a los Arts. 7, 13, 22, 23 y 26 de la Convención Americana, ni del Art. 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura por la falta de elementos probatorios.

4.7.2.1 Derecho a la Consulta.

El Derecho a la Consulta al provenir del Convenio 169 de la OIT se encontraba sujeto a la ratificación de Ecuador de este instrumento, ratificación que llegaría en 1998 cuando ya existía un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado con fecha 26 de Agosto de 1997. A pesar de esta disparidad temporal, el Convenio era obligatorio al 2002 cuando se reactivaron las actividades en el territorio Sarayaku.

Uno de los requisitos para la actividad extractiva era la elaboración del EIA⁵⁰, sin embargo el Estudio realizado en 1997 nunca fue aplicado debiendo el Estado en fecha 2

⁵⁰Estudio de Impacto Ambiental.

de julio de 2002 aprobar una actualización del EIA y posteriormente ordenó reactivar el proyecto. A criterio de la Corte antes de aprobar la actualización se debía consultar a los pueblos indígenas, pues para el 2002 se encontraba en vigencia tanto el Convenio 169 como la Constitución de 1998.

Afirma que el pueblo Sarayaku debió tener un adecuado acceso a la información como dispone el Art. 13 de la Convención y debió reconocerse su derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos según el Art. 23 de la Convención; todo ello partiendo de la legítima propiedad sobre los territorios que habitaban de acuerdo al Art. 21 de la Convención, propiedad que en ningún momento fue controvertida por el Estado a diferencia de otros procesos en el Sistema Interamericano relativos a comunidades ancestrales.

4.7.2.2 Derecho a la Propiedad.

En cuanto a la propiedad la Corte partiría del reconocimiento de los derechos del pueblo Sarayaku sobre sus territorios en 1992 y expresaría que la propiedad comunal indígena difiere del concepto clásico de propiedad pero igual esta resguardada por el Art. 21 de la Convención. La Corte expresó que la propiedad comunal se ve enlazada con la subsistencia del pueblo Sarayaku y con un nexo intangible entre su cultura y los recursos naturales; así la Corte sostuvo que “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012), denotando el valor que la Corte otorga al medio ambiente en su relación con los seres humanos.

Por otra parte es evidente que el restringir su circulación, afectó su derecho a la propiedad, pues los miembros de la comunidad no tuvieron el acceso sus recursos naturales, necesarios para su subsistencia.

La Corte basaría su pronunciamiento en las declaraciones del señor Sabino Gualinga⁵¹

⁵¹Testimonio de Sabino Gualinga. “En el subsuelo, ucupacha, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El caipacha es donde vivimos. En el jahuapacha vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso... No sé cuantos pachas hay

(CHÁVEZ, LARA, & MORENO, 2005, pág. 96), el Presidente de Sarayaku José Gualinga y Patricia Gualinga, además de los testimonios de los peritos Rodrigo Villagra Canon y Víctor López Acevedo; todos ratificarían la existencia de un nexo entre la comunidad y la “selva viviente” la cual conecta a todos sus componentes y a ellos, a tal punto que sus creencias y ritos están ligadas a ruidos y fenómenos provenientes de un medio habitado por múltiples seres. Es conveniente citar nuevamente el fragmento del informe del perito Víctor Lopéz Acevedo, mencionado con anterioridad, para recalcar lo expresado:

“Para Sarayaku no es aceptable depender del Estado ni de grupos internos que demanden bienes, porque ellos entienden que el territorio es su mayor patrimonio, en el sentido de que dentro de éste yacen todos los elementos materiales que determinan una apropiada reproducción social y donde se fundan los seres que representan sus creencias espirituales, lo que constituye valores diferentes a los de la sociedad envolvente, pero que constituyen su razón de ser y su razón de vivir” (LÓPEZ V. , 2011). Esta concepción fue uno de los móviles de la Asamblea Constituyente para declarar al Ecuador como estado plurinacional, pues justamente la existencia de un territorio indígena en relación de armonía, es un requisito para el reconocimiento de esta característica.

Es valioso señalar que muchos de los testimonios fueron plasmados en la publicación de la Flacso “Sarayaku: el Pueblo del Cénit”, material que fue presentado ante la Corte Interamericana.

4.7.2.3 Derecho a la Circulación y Residencia.

En cuanto a la circulación y residencia reconocida en el Art. 22 de la Convención, tanto la Comisión como los representantes alegaron la imposibilidad de circular libremente en su territorio, así como salir del mismo, pues la vía fluvial a través del río Bobonaza estaba bloqueada por ataques y restricciones de terceros, situación que conocían autoridades estatales sin tomar medidas al respecto pues nunca se investigó ni sancionó

arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al jahuapacha. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá”.

los ataques por parte de terceros contra la libertad de circulación.

El pueblo Sarayaku tenía acceso a una pista aérea pero debido a las pésimas condiciones en que se encontraba la misma, no era factible que aeronaves puedan despegar o aterrizar en las mismas por lo que no constituía un medio de circulación viable⁵² (Comercio) (Telégrafo, Página Oficial del Diario el Telégrafo) (Universo). Además indicaron que la permanencia de explosivos en su territorio por obvias razones limita su circulación. Efectivamente el Estado mediante el Ministerio de Energía y Minas confirmaría la existencia de dichos explosivos e iniciaría trabajos de extracción de la pentolita recién en diciembre de 2007 y hasta julio de 2009 el Estado había extraído entre 14 y 17 kgs. de los 150 kgs que se encontraban en la superficie del total de más de 1400 kg dejados en el territorio. Al finiquitar el contrato con CGC se indicó que no existían pasivos ambientales.

El Estado afirmó que al realizarse la adjudicación de territorios en 1992 se estableció la libre circulación y que durante el tiempo de vigencia de las medidas provisionales no se habían dado hechos lamentables. La Corte constatando la presencia de explosivos, los bloqueos utilizados por la comunidad de Canelos como medida de represión contra Sarayaku por su oposición a la actividad petrolera y las escasas vías de comunicación al acceso del Pueblo Sarayaku, declarararía que efectivamente existió una violación a este derecho.

4.7.2.4 Derecho a la Cultura.

Los representantes alegaron una violación al Art. 26 de la Convención al sostener que no existieron medidas que protejan zonas sagradas y de valor cultural y las diferentes actividades y rituales propios de la comunidad, además que al paralizar las actividades cotidianas para defender al pueblo, existió un impacto en la enseñanza a los jóvenes. La Comisión no alegraría esta violación y el Estado rechazaría la misma. La Corte no consideraría pronunciarse sobre una violación a este derecho a pesar de que es indudable

⁵²Con motivos de presentar una disculpa formal ante el Pueblo Sarayaku, en fecha 1 de Octubre de 2014, el Estado realizó un homenaje ante dicha comunidad. Tras este evento una avioneta se accidentaría dejando 5 personas fallecidas, las causas se desconocen. El 10 de diciembre fallecería una sexta persona que sobrevivió del accidente pero sus lesiones le imposibilitarían continuar con vida. Las condiciones del aeropuerto se mantendrían ineficientes para la prestación de un servicio seguro.

la repercusión cultural en la comunidad al destruirse zonas sagradas, de valor cultural así como los usos tradicionales; además por motivos de defensa se tuvieron que interrumpir la celebración de ritos y otras actividades cotidianas que forman parte de su identidad cultural; sin embargo es notorio que no existió un debido sustento de la base fáctica y jurídica imposibilitando a la Corte el pronunciarse con fundamento en medios probatorios presentados. En el caso de las zonas sagradas si se constataron los hechos y existieron fundamentos para que la Corte se pronuncie en base a testimonios y peritajes; y así lo haría pero únicamente en el marco del daño inmaterial.

4.7.2.5 Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.

La Comisión afirmó que si bien al momento de la demanda ante la Corte, existía un reconocimiento constitucional del derecho a la consulta en Ecuador, el Decreto No. 1040 que en teoría debía desarrollar la protección a los pueblos indígenas no hace referencia alguna al derecho de acceso a la información o a la consulta previa violando el Art. 2 de la Convención, argumento compartido por los representantes. El Estado sostendría que el Ecuador se encontraba armonizando la normativa interna de acuerdo a la Constitución del 2008, la misma que reconoció la validez de los Tratados Internacionales en el marco jurídico ecuatoriano, obviando que desde 1998 ya se reconocía tanto el derecho a la consulta como los derechos de las comunidades indígenas, pero en vía constitucional (en teoría rápida y efectiva) no existían verdaderas garantías más que la acción de amparo, la cual poseía simplemente naturaleza cautelar.

A raíz de la Constitución de 2008 existían garantías apropiadas para un caso de esta naturaleza, sin embargo el marco jurídico indígena aún deja una serie de vacíos que hasta la fecha han originado discusiones, un ejemplo es el de los asambleístas Cléver Jiménez y otros que pidieron asilo en este pueblo y el Estado no ha podido precisar si puede intervenir o no en estos territorios bajo un debido proceder jurídico.

4.7.2.6 Obligación de Respetar los Derechos.

La Comisión y los representantes argumentaron que todos los hechos constituyen clara violación al Art. 1.1 de la Convención. El Estado negó ser responsable de los hechos indicando que desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se han llevado a

cabo varias acciones para la defensa de pueblos indígenas, incluyendo la creación de un sistema de “Fiscales Indígenas” conocedores de su cultura y preparados para desempeñar sus labores en territorios de pueblos como el Sarayaku.

4.7.3 Reparación del daño.

El caso Sarayaku evidencia la producción tanto de daño material como inmaterial. El daño material según se ha pronunciado la Corte, supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso” (Sentencia Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, 2002); mientras que el daño inmaterial ha sido considerado por la Corte como aquel que “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (Sentencia Caso “Niños de la Calle”, *Villagrán Morales y otros, vs. Guatemala*, 1999).

La sentencia de la Corte Interamericana dispondría once parámetros de reparación:

En primer en concordancia con anteriores sentencias, la Corte expresaría que la sentencia constituye per se una forma de reparación lo cual es evidente, pues esta expresa la violación existente en materia de derechos humanos y ratifica la legitimidad de los peticionarios en cuanto a su reclamo.

En segundo lugar y en concordancia con el derecho a la libre circulación, se ordenaría al Estado “neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena *Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador*, 2012). Para realizar este proceso de extracción se ordena realizar un proceso de consulta con el Pueblo, disponiéndose que en el plazo de seis meses, el Estado y el Pueblo Sarayaku deben establecer de común acuerdo un cronograma y plan de trabajo para en un máximo de tres años cumplir con la extracción. Para efectos del cumplimiento, la Corte dispondría al Estado que: “i) determine la cantidad de puntos de enterramiento de la pentolita; ii) entierre los cables detonadores de tal forma que los

mismos sean inaccesibles y las cargas de pentolita se degraden naturalmente, y iii) marque debidamente los puntos de enterramiento, inclusive plantando allí especies locales de árboles cuya raíz no tengan una profundidad tal que pueda provocar la explosión accidental de la pentolita” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

En tercer lugar establece la obligación del Estado de consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales, en caso de cualquier proyecto futuro que implique potenciales afectaciones a su territorio, bajo la premisa de 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” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

En cuarto lugar, si bien la Corte reconoce la evolución de nuestra Constitución del 2008 y su avance en protección de Derechos, sostiene el ineficiente desarrollo del derecho a la consulta de los pueblos indígenas lo cual impide su ejercicio; por ende, “bajo el artículo 2 de la Convención Americana, 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” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

En quinto lugar, ante la evidencia presentada que demuestra la ineficaz prestación de servicios de funcionarios públicos que impidieron el respeto de los derechos del pueblo

indígena, ejemplificándose esta situación en el recurso de amparo interpuesto y su tardío tratamiento, entre otras violaciones; la Corte resuelve que “el Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas, como parte de la formación general y continua de los funcionarios en las respectivas instituciones, en todos los niveles jerárquicos” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

En sexto lugar se debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, ese acto debía realizarse bajo ciertos parámetros básicos y en un plazo de un año; “la determinación del lugar y modalidades del acto deberán ser consultados y acordados previamente con el Pueblo. El acto deberá ser realizado en una ceremonia pública; con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros del Pueblo; en idiomas kichwa y castellano y deberá ser ampliamente difundido en los medios de comunicación. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, a partir de la notificación de la presente Sentencia” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Si bien la Sentencia data del 27 de junio de 2012, este acto apenas se llevaría a cabo el 2 de Octubre del 2014 es decir no se cumplió con el plazo establecido en la sentencia, evidenciando un irrespeto a las obligaciones internacionales del Ecuador ante el Sistema Interamericano y una marcada ineficacia de los órganos estatales la cual origino el proceso y que subsiste incluso con posterioridad al mismo.

En séptimo lugar se ordena al Estado publicar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia: “i) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; ii) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y iii) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un

año, en un sitio *web* oficial” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

Así mismo se obliga al Estado al Estado a transmitir en una “emisora radial de amplia cobertura en el suroriente amazónico, al resumen oficial de la Sentencia, en español, en kichwa y en otras lenguas indígenas de esa subregión, con la interpretación correspondiente. La transmisión radial deberá efectuarse cada primer domingo de mes, al menos en cuatro ocasiones. Para ello, el Estado cuenta con el plazo de un año, a partir de la notificación de la presente Sentencia” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012).

En octavo lugar se dispondría el resarcimiento económico en virtud del daño causado⁵³. Se ordena al Estado pagar por el deterioro de la flora y fauna de la región, “USD\$ 90.000.00 (noventa mil dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de daño material, cifra que debe ser entregada a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta)” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012), en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia, este dinero se destinaría de acuerdo a lo que la comunidad y sus autoridades decidan buscando siempre la atención de necesidades básicas del pueblo.

En virtud de la profunda relación social y espiritual del pueblo Sarayaku con su territorio, y el daño sufrido por la destrucción de parte de la selva y de varios lugares de alto valor simbólico, sumado al sufrimiento del pueblo y miedo ante la existencia de explosivos en su territorio y a las afectaciones a su identidad cultural y a sus condiciones y modo de vida se ordena el pago de “USD\$ 1.250.000,00 (un millón doscientos

⁵³ Es importante señalar que la Corte ha fijado algunos parámetros en cuanto al resarcimiento económico: si por causas atribuibles a los beneficiarios no fuese posible que éstos las reciban el dinero en el plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una institución financiera de Ecuador, si en 10 años no han sido reclamados, serán devueltos al Estado con los intereses devengados; Las rubros correspondientes a indemnizaciones y de costas y gastos deben ser entregadas íntegramente, sin reducciones fiscales; en caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cifra adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en el país; finalmente la moneda en la cual se efectuará el pago es el dólar de los Estados Unidos de América o la cantidad equivalente en moneda nacional, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para el Pueblo Sarayaku, por concepto de indemnización por daño inmaterial. Debiendo ser entregada esta cantidad a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta)” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012), en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia, para que el pueblo destine esta suma a las finalidades que estime convenientes.

En cuanto a las costas y gastos procesales los peticionarios adjuntaron prueba documental que comprendía gastos de movilización, recolección de pruebas, comunicación entre otros, sin embargo muchos los comprobantes presentados no precisaban fehacientemente su relación con el caso, de tal manera que la Corte no los consideraría y fijaría el pago de “USD\$ 58.000,00 (cincuenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos. De esta cantidad, el Estado debe entregar directamente la suma de USD\$ 18.000,00 a CEJIL. El resto de lo fijado deberá ser entregado a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta)” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012); cifra que debía ser cancelada de igual manera en un año y dispuesta según lo considere el pueblo Sarayaku. La Corte sin embargo podría mientras supervise el cumplimiento de la Sentencia, disponer el reembolso a las víctimas o sus representantes de gastos posteriores que sean debidamente justificados y probados.

Finalmente considerando que el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorgó a los señores Sabino Gualinga y Marlon Santi y a las señoras Patricia Gualinga y Ena Santi ayuda económica necesaria para su comparecencia en audiencia pública; el Estado debe restituir el dinero entregado cuyo monto asciende a “USD\$ 6,344.62 (seis mil trescientos cuarenta y cuatro dólares con sesenta y dos centavos de los Estados Unidos de América)” (Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kiwcha Sarayaku vs. Ecuador, 2012) contando con noventa días desde la notificación de la sentencia para su entrega.

Los peticionarios cometerían un error en cuanto a la prueba, nunca presentaron sustento

alguno acerca del perjuicio económico causado al pueblo por el cese de sus labores cotidianas, cese motivado por la necesaria defensa de sus tierras. La Corte lógicamente no podría pronunciarse al respecto.

En noveno lugar el Estado debe rendir un informe a la Corte en el plazo de un año acerca de las medidas dispuestas por el Estado para cumplir la sentencia; enfatizando a gravedad que supone la existencia de explosivos en el territorio Sarayaku y la obligación estatal impuesta a través de la sentencia de retirar los mismos.

En décimo lugar se dejan sin efecto las medidas provisionales ordenadas en el proceso, lo cual al existir una sentencia condenatoria es procesalmente correcto. Si bien las medidas son suspendidas es evidente que las resoluciones que dispusieron en su momento dichas medidas, al constituir referente jurisprudencial de la Corte, obligan en lo posterior a los Estados a no incurrir en violaciones de derechos humanos relacionados al caso, pues dicho actuar infringiera lo dispuesto en la sentencia de la Corte Interamericana y se opondría al cumplimiento de la misma.

Para concluir, en decimo primer lugar se establece que la Corte “supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma”. Como ya se manifestó el reconocimiento de responsabilidad mediante acto público se llevó a cabo en octubre de 2014 y con seguridad podemos afirmar que no existe una adecuada regulación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, necesitándose con urgencia un marco jurídico preciso que contemple tanto sus derechos consagrados en instrumentos internacionales como sus derechos contemplados en la Constitución; todo esto en un marco de respeto a la naturaleza como sujeto de derechos. Este caso sumado a otros relacionados al tema y a la libertad de expresión, mantienen a Ecuador en un proceso de supervisión constante que si bien puede ejercer presión para el debido respeto de derechos y garantías, conlleva el descrédito internacional.

4.8 Relación del caso Sarayaku con la situación actual del Yasuní ITT y su explotación.

El caso del Yasuní ITT surge de la declaratoria de interés nacional del bloque 43 perteneciente al Parque Nacional Yasuní, comprendiendo los territorios de Ishpingo, Tiputini y Tambococha; mediante esta declaratoria se permite la actividad petrolera en dichos territorios.

Es evidente que para realizar esta actividad, Ecuador debe cumplir los parámetros establecidos en la sentencia del caso Sarayaku pues su cumplimiento es obligatorio y la inobservancia de lo dispuesto acarrearía un nuevo proceso en el Sistema Interamericano cuyo resultado sería más que evidente. Uno de estos parámetros a cumplir es la consulta previa que debe ser libre e informada, lo que significa que el proceso consultivo debe ser llevado a cabo mediante un programa debidamente estructurado que informe a los integrantes de una comunidad sobre el proyecto estatal y claro está, con anterioridad a la aprobación de la actividad petrolera por parte de las autoridades correspondientes. En el caso del Yasuní este proceso iniciaría con posterioridad a la declaratoria de interés nacional según el propio informe de la consulta realizada por la Secretaría de Hidrocarburos y que fue aprobado por Comisión de Biodiversidad de la Asamblea Nacional⁵⁴.

La declaratoria de interés nacional contradice lo dispuesto en la sentencia del caso Sarayaku por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la declaratoria debería dejarse sin efecto e iniciar un nuevo proceso de información y consulta más allá de los resultados, pues estos no son vinculantes sino directrices de la política estatal.

Como se indicó en el análisis de la sentencia de la Corte, no se existe una debida regulación del derecho a la consulta y mucho menos aún de los derechos de la naturaleza. Pues ante la afectación del Parque Nacional Yasuní dichos derechos están en

⁵⁴En este proceso no participarían por obvias razones los pueblos no contactados, sino únicamente participaron miembros de la comunidad Huorani que se comunican habitualmente con personas ajenas a su comunidad. Es imposible realizar la consulta a pueblos no contactos e igualmente está prohibida la actividad extractiva en tierras donde habitan.

eminente peligro y podrían impedir actividades extractivas más allá de la existencia de pueblos indígenas y no contactados en el bloque 43. Esta situación se agrava al considerar que el Art. 396 de la Constitución vigente expresa que “(...)las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); lo cual permitiría que las autoridades responsables por la ilegítima explotación del Yasuní, sean castigadas en cualquier momento de sus vidas; plantea además otra inquietud, al considerar que en el caso Sarayaku se indemnizó por la violación del derecho a un ambiente sano, más no por el daño causado al medio ambiente como sujeto de derechos, en definitiva nunca fue reparado en estricto sentido el daño ambiental que subsistió con posterioridad a la Constitución del 2008 (un ejemplo son los explosivos enterrados en el territorio Sarayaku cuya extracción inició en 2009). El Estado sigue en deuda con el medio ambiente y con nuestra Carta Magna.

Para evitar estos escenarios, el gobierno debe promover la creación de una normativa precisa que proteja a los pueblos del Ecuador de hechos similares a los suscitados en territorios Sarayaku y en el propio Yasuní; y también, impulsar la creación de normativa ambiental acorde a la evolución de nuestra Constitución; hasta entonces los conflictos ambientales a gran escala se encontrarán con una normativa endeble y caduca en los procesos internos y deberán ser ligados a la existencia de pueblos indígenas en el ámbito internacional siendo la Comisión y la Corte Interamericana los únicos órganos capaces de resarcir en parte, los daños ambientales.

CONCLUSIONES.

1) El caso Sarayaku evidencia que en el Sistema Interamericano se reconocieron, a través de su jurisprudencia, algunos factores que determinaron en la Asamblea Constituyente de Montecristi en 2008, la categorización de la naturaleza como sujeto de derechos; y si bien, su competencia son los Derechos Humanos, la Corte reconoció implícitamente, al analizar violaciones a pueblos indígenas, la existencia de una cosmovisión biocéntrica de la naturaleza, por cuanto esta última debe coexistir en armonía con el ser humano y no únicamente como un objeto a explotarse. Además es evidente la contribución al desarrollo del Derecho Ambiental ecuatoriano, como rama del conocimiento jurídico, pues en las sentencias de la Corte se consagran implícitamente principios del Derecho Ambiental, con hincapié en los principios de responsabilidad, precautelatorio, de desarrollo sustentable, de información y el principio de participación; los cuales al poseer reconocimiento jurisprudencial de la Corte se tornan vinculantes para Ecuador.

2) Si bien en el caso Sarayaku la Corte Interamericana de derechos Humanos plantea una visión biocéntrica de la naturaleza, es imposible desligar al hombre del medio ambiente y hablar de una concepción biocéntrica pura; al punto que, si bien la naturaleza alcanzó el reconocimiento de sujeto de derechos, esta concepción proviene de la inventiva del hombre y de la búsqueda de su subsistencia, sin prescindir de la necesidad de explotar los recursos, relativizando el alcance de los derechos de la Pachamama. De esta manera, es imposible ponderar entre el derecho a la vida de un ser humano y otro, sin embargo, es lógico que se optará por la vida de una persona en desmedro a la integridad de la naturaleza; así, el hombre debe desarrollarse en armonía con el medio ambiente, sin embargo, este ideal tiene su límite hasta que por sus necesidades (vitales y otras, sin duda, suntuarias) requiera afectar a la naturaleza y actúe deliberadamente sobre ella, generando un daño grave.

3) El Derecho Ambiental es una rama del conocimiento jurídico cuya evolución es constante y la normativa nacional e internacional generada en los últimos años lo

demuestra. A pesar de ello muchos de los Instrumentos Internacionales no son vinculantes y los Estados los ignoran o cumplen parcialmente, amparados por las necesidades básicas insatisfechas de la población; por ello es necesario la adopción de políticas rígidas y un verdadero reconocimiento de las obligaciones estatales para con la comunidad internacional, pues si bien nuestra Constitución dota de validez a los instrumentos internacionales al expresarse sobre la supremacía constitucional, la naturaleza de estos acarrea la inaplicación por su carácter de recomendación o sugerencia.

4) Nuestra Constitución destaca por el avanzado catálogo de derechos contemplados, siendo una Carta Magna digna de admiración. El verdadero problema es el resguardo efectivo de estos derechos, el alcance y límites que posean y el sistema procesal ante la violación de derechos humanos o de la naturaleza. En la actualidad permanecen latentes las críticas al Ecuador por la ineficiente normativa relacionada al Derecho a la Consulta que en el caso del Yasuní ITT resurge rememorando el infierno vivido por los miembros del pueblo Sarayaku.

5) La protección al medio ambiente se encuentra contemplada en la Constitución del 2008 desde dos puntos de vista, como un derecho humano a desarrollarse en un entorno saludable y propicio y como un derecho de existencia propio de la naturaleza por su calidad de sujeto de derechos. En el segundo supuesto, el proceso puede ser impulsado por la defensoría del pueblo o por particulares. En el caso de que sea impulsado por particulares puede conllevar gastos excesivos frente a la indemnización singularizada al afectado o a los afectados; un ejemplo es un proceso por la contaminación de un río que afecta a un sector determinado o determinable, los costos de peritajes son elevados e implicarían que quien impulse una acción deba poseer recursos económicos o que la acción sea presentada por una agrupación estable económicamente, limitando así a la acción popular.

6) Las medidas cautelares que nacen del Estatuto de la Comisión Interamericana y las medidas provisionales que nacen de la Convención Americana de derechos

Humanos, tienen varias diferencias según la oportunidad procesal y el organismo competente, sin olvidar la naturaleza misma de las medidas. A pesar de ello poseen validez en virtud de las facultades concedidas por la Convención Americana, la cual es obligatoria para los países signatarios y genera responsabilidad internacional; por lo cual, si bien existen diferencias poseen una similitud trascendental que es su calidad de vinculantes para los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El caso del Alcalde Gustavo Petro en Colombia, en donde destaca la actuación judicial ante el amparo interpuesto para legitimar el cumplimiento de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana, es un ejemplo a seguir en Ecuador.

7) El Sistema Interamericano evidentemente es un logro del Derecho Internacional, pero el manejo de sus procesos origina severas críticas relacionadas con la tendencia política que puedan poseer los Organismos del Sistema, concretamente la Comisión. Es bastante compleja e incluso exagerada dicha crítica que no compete tratar en este estudio; sin embargo es claro que en el caso Sarayaku existió una ineficiencia de la Comisión en la agilidad procesal con que actuó. El 8 de abril de 2004 se presentaría la solicitud de medidas provisionales (contando ya con medidas cautelares) y más de cuatro meses después la Comisión transmitiría esta petición a la Corte. En este tiempo el Estado no presentó información en dos oportunidades ante el requerimiento de la Comisión, lo cual debió ser considerado para solicitar de inmediato la adopción de medidas provisionales. Además es evidente que la Comisión retrasó la presentación del caso ante la Corte Interamericana al hacerlo el 26 de abril de 2010, cuando la denuncia inicial ante la Comisión data del 19 de diciembre de 2003; es decir la Comisión demoró más de 6 años en considerar que existía sustento para que la Corte Interamericana trate el caso. La justicia debe ser oportuna y eficaz, los procesos de tratamiento tardío, descaracterizan al término justicia.

8) La cuantificación del daño y su reparación puede ser uno de los aspectos de mayor complejidad en el desempeño de la Corte Interamericana, especialmente al hablar del daño inmaterial, y pareciera que los parámetros de Enrique Peretti son un esquema válido para establecer cifras precisas como indemnización. La Corte ha intentado

fundamentar sus sentencias en base a los precedentes jurisprudenciales existentes en el Sistema Interamericano, sin embargo su principal fundamento será la equidad, siendo cada caso motivo de estudio particular con resoluciones igualmente particulares, por lo que es y muy difícilmente será posible establecer un marco indemnizatorio exacto y aplicable a todos los procesos. El caso Sarayaku denota un resarcimiento económico superior a otras causas precedentes, pero lastimosamente esta cuantificación pasa en gran parte por la notoriedad de la afectación causada y valorada en juicio.

9) El caso Sarayaku ata cabos sueltos en el sistema jurídico ecuatoriano, uno de ellos es el derecho a la consulta, la cual debe ser llevada a cabo de manera previa, libre e informada, lo cual no ocurrió en el caso del Yasuní ITT. Si el Estado optara por realizar operaciones extractivas en dicho territorio nos encontraríamos frente a una clara violación del Derecho Internacional y ante un eminente proceso en el Sistema Interamericano que acarrearía responsabilidades posteriores. Esta consideración se basa en el supuesto que no existan pueblos no contactados en los bloques a explotarse, caso contrario indudablemente no podrían realizarse actividades extractivas.

10) Si bien en el Derecho Internacional subsiste la necesidad de ligar temas ambientales a un deterioro en el modus vivendi humano, el Ecuador ya contempla acciones propias que permiten velar por los derechos humanos y de la naturaleza por cuerda separada, posibilitando una serie de acciones que defiendan el medio ambiente y cuyo único limitante es el irrespeto constitucional por parte de la administración pública y el ejecutivo, ya que como se ha observa en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, tanto en Ecuador como en otros países, las controversias nacen de acciones ilegítimas e inconstitucionales de autoridades en búsqueda de permitir actividades extractivas que generen riquezas sobreponiendo estas a los derechos fundamentales.

11) Nuestra Constitución actual dispone en el Art. 396 la imprescriptibilidad de los daños al medio ambiente. En el caso Sarayaku observamos que existían afectaciones a la naturaleza con posterioridad a la vigencia de nuestra Constitución, cuando en 2009

permanecía pentolita enterrada en territorio de la comunidad, lo cual era indudablemente riesgoso para el ecosistema de la zona. Dichas violaciones a la naturaleza como sujeto de derechos, nunca fueron abordadas por la Corte Interamericana pues evidentemente esta se pronuncia únicamente por violaciones a derechos humanos, por lo cual, pudo existir y podría existir un proceso independiente basándose en una postura estricta de los derechos de la naturaleza, en donde se repare por el daño ambiental causado. Es decir que sería posible la convergencia en un mismo hecho (sin aparente contraposición de intereses que permita ponderar) del derecho a la existencia de la naturaleza y el derecho humano a un ambiente sano⁵⁵; y a su vez, la obligación de reparar indistintamente violaciones a estos dos derechos siendo ilógico asignar dos rubros para la restauración material de un ecosistema, cuando uno solo es suficiente. Situaciones de esta naturaleza deben ser reguladas en nuestro marco normativo y sobre todo jurisdiccional, pues los pronunciamientos de la Corte Constitucional pueden esclarecer la norma y desarrollar el fin mismo de una sociedad que es la convivencia armónica, ello en medio de un sistema jurídico que haga gala de nuestra Constitución, calificada en una pericia de la Corte Interamericana como “una de las más avanzadas y ejemplares del mundo” (ANAYA, 2011).

⁵⁵En la asamblea Constituyente de Montecristi se manifestó que deben coexistir, tanto los derechos de la naturaleza como los derechos de los pueblos indígenas por afectaciones del territorio y el medio ambiente en el cual habitan; sin embargo, no abordó las complejidades de la reparación material cuando convergen en un mismo hecho, daños a la Pachamama y al medio ambiente como derecho humano.

BIBLIOGRAFÍA.

Derechos de la Comunidad indígena U'WA a la participación mediante la Consulta Previa, SU-039 (Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Antonio Barrera Carbonell 3 de febrero de 1997).

Acta Asamblea Constituyente 058, Informe de Mayoría y Minoría sobre Derechos de la Naturaleza. (2008). Montecristi.

Acuerdo sobre la Responsabilidad Civil de los Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Organización Marítima Internacional 29 de noviembre de 1969).

AGUILAR, G., & IZA, A. (2005). Manual de Derecho Ambiental Centroamericano. San José: UICN.

ALBÁN, J. (2003). Petróleo y Desarrollo Sostenible en Ecuador, Participación, consulta previa y participación petrolera. Quito: Flacso.

ANAYA, J. (7 de julio de 2011). Peritaje de James Anaya durante la audiencia pública celebrada en la sede de la Corte .

ANGULO AYOVI, M. F. (2013). Manual de Práctica de Derecho Ambiental. Quito: Editorial Workhouse Procesal.

ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2012). Los derechos y sus garantías, ensayos críticos. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

BESALÚ PARKINSON, A. (2005). Responsabilidad por daño material. Buenos aires: Hammurabi.

BETANCOR R., A. (2001). Instituciones del Derecho Ambiental. Madrid: Editorial la Ley.

BRAÑES, R. (2000). Manual de Derecho Ambiental Mexicano. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, Fundación mexicana para la educación ambiental.

CABANELLAS DE TORRES, G. (1996). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

CARBONELL, M. (2013). Derechos Humanos Origen y Desarrollo. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

Carta de la Naturaleza (ONU 28 de octubre de 1982).

Caso las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina vs Uruguay) (Corte Internacional de Justicia 20 de abril de 2010).

CEACR. (2005). Observación Individual sobre el Convenio 169. México D.F.

CHÁVEZ, G., LARA, R., & MORENO, M. (2005). “Sarayaku: el Pueblo del Cénit” Informe antropológico-jurídico sobre los impactos sociales y culturales de la presencia de la Compañía CGC en Sarayaku. Quito: FLACSO.

CHRISTOPHER, F. (s.a.). Río+5 Expectativas Frustradas,. World Watch Institute.

CHUJI, M. (2008). Declaración ante la situación de los pueblos Tagaeri y Taromenane, Mesa 5 de la Asamblea Constituyente. Montecristi.

Código Civil de Ecuador (20 de noviembre de 1970).

Comercio, D. e. (s.f.). Página Oficial del Diario el Comercio. Recuperado el 2 de enero de 2015, de <http://www.elcomercio.com/actualidad/avioneta-accidente-sarayaku-victimas-pastaza.html>

Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente 20 de octubre de 2008).

Constitución de Política del Ecuador de 1979 reformada en 1983 (Asamblea Constituyente 1 de septiembre de 1983).

Constitución Política de la República de Ecuador (11 de agosto de 1998).

CONTRERAS NIETO, M. Á. (2002). 10 Temas de Derechos Humanos. México D.F.: Comisión de derechos Humanos del estado de México.

Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU 23 de mayo de 1969).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático (9 de mayo de 1992).

Convención sobre el comercio de especies en peligro (3 de marzo de 1973).

Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha Contra la Contaminación por Hidrocarburos. (Organización Marítima Internacional 30 de noviembre de 1990).

CRESPO PLAZA, R. (2007). Derecho Ambiental Texto Guía. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

DE MIGUEL, C. J. (2003). Valoración económica de la degradación ambiental. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales.

Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano (16 de junio de 1972).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007).

Declaración de Nairobi (1 de octubre de 2004).

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (14 de junio de 1992).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

Declaración y Programa de acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos 25 de junio de 1993).

Declaración de San Francisco de Quito (8 de marzo de 1989).

Decreto Ejecutivo No. 2845 (3 de julio de 1995).

Drecreto Ejecutivo No. 1040 (8 de marzo de 2008).

Ecuador, C. d. (12 de octubre de 2014). Página Oficial del Ministerio de la Cancillería. Obtenido de <http://cancilleria.gob.ec/ecuador-impulsa-los-derechos-de-la-naturaleza-en-el-marco-de-la-asamblea-general-de-la-onu/>.

El Acuerdo de Copenhague sobre cambio climático (diciembre de 2010).

El Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el Convenio de la Organización Mundial de Trabajo, OIT 169 (Conferencia Internacional del Trabajo 27 de junio de 1989).

ESPAÑOLA, R. A. (2001). Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (26 de junio de 1945).

ESTRADA LÓPEZ, E. (2006). Derechos de la tercera generación. Revista Digital de Derecho Podium Notarial No. 34 , 250 .

Explored. (21 de diciembre de 2014). Página Oficial del sitio de noticias Explored. Obtenido de <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/seleccionadas-firmas-para-explorar-crudo-39438.html>.

Explored. (2014 de diciembre de 21). Página Oficial del sitio de noticias Explored. Obtenido de <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/petroleo-entregaron-los-ultimos-bloques-4367.html>, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/seleccionadas-firmas-para-explorar-crudo-39438.html>, <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/petroecuador-prepara->.

FAÚNDEZ LDESMA, H. (1998). Medidas cautelares y medidas provisionales: Acciones urgentes en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Revista de la Facultad de Ciencias Políticas No. 107, Universidad Central de Venezuela , 138.

FERRAJOLI, L. (2001). Derechos Fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2011). Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Trotta.

GRIJALVA JIMÉNEZ, A. (2012). Constitucionalismo en el Ecuador. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición.

GUALINGA, P. (6 de julio de 2011). Testimonio rendido por Patricia Gualinga ante la Corte durante audiencia pública .

GUALINGA, S. (6 de julio de 2011). Testimonio rendido por Don Sabino Gualinga ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante audiencia pública.

HERRERA ARCINIEGA, J. L. (2003). El Derecho Humano a un medio ambiente sano. México D.F.: Comisión de los Derechos Humanos del Estado de México.

Informe Burtland Nuestro Futuro Común (4 de agosto de 1987).

Informe de Admisibilidad caso Pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 13 de octubre de 2004).

JAQUENOND DE ZAOGON, S. (2001). Derecho Ambiental: preguntas y respuestas. Madrid: Editorial Dykinson.

JIMENEZ MEZA, M. (1998). La Legitimación Administrativa. Madrid: Editorial Investigaciones Jurídicas.

La Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica (Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible 5 de junio de 1992).

La Declaración de Río de Janeiro sobre principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo (junio de 1992).

La Declaración sobre Bosques o la Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la

conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo (Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible 1992).

Laudo arbitral caso Trail Smelter, Canadá vs EEUU (11 de marzo de 1941).

Ley de Gestión Ambiental (Congreso Nacional 30 de julio de 1999).

Ley de Gestión Ambiental del Ecuador (Congreso Nacional 30 de julio de 1999).

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (28 de diciembre de 2001).

Ley Orgánica de Control Constitucional (junio de 1997).

LOPERENA ROTA, D. (s.f.). Los Derechos al medio ambiente adecuado y su protección. Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica Ambiental de la Universidad de Sevilla .

LÓPEZ, S. (2012). Del Amparo a la acción de protección, regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

LÓPEZ, V. (29 de junio de 2011). Peritaje rendido por el antropólogo Prof. Víctor López Acevedo ante fedatario público.

MARTIN MATEO, R. (2003). Valoración de los daños ambientales. Revista de Derecho Ambiental del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile , 59.

MONTAÑA PINTO, J. (2012). Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición, Nuevo Derecho Ecuatoriano 2.

NARVÁEZ QUIÑONEZ, I. (2004). Derecho Ambiental y temas de Sociología Ambiental . Quito: Librería Jurídica Cevallos.

NIKKEN, P. (1994). El Concepto de Derechos Humanos, Estudios Básicos de derechos Humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

O. d. (s.f.). Página oficial de la Organización de los Estados Americanos. Recuperado el

2 de febrero de 2015, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.html.

ONU. (1987). Informe Burtland Nuestro Futuro Común.

Opinión Consultiva 0c-17-2002 solicitada por la Comisión Interamericana (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2002).

Opinión Consultiva oc-16-99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de octubre de 1999).

PEÑA CHACÓN, M. (2008). Tesis de Derecho Ambiental. San José: Editorial Jurídica Continental.

PÉREZ ROYO, J. (2002). Curso de Derecho Constitucional Octava Edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

PERRETI, E. (2005). El Juez ante la Indemnización por daño ambiental. Criterios de valoración. Buenos Aires: Programa de Capacitación para Jueces de Cortes Supremas de Justicia y Tribunales Inferiores de Justicia Nacional.

PERSSON, G. (2002). Una oportunidad que no podemos perder. PNUMA.

Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (4 de septiembre de 2002).

PÓLIT MONTES DE OCA, B. (2010). La Consulta Previa en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades. Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

POTES, V. (2003). Petróleo y Desarrollo Sostenible en Ecuador. La Participación Ciudadana en el Desarrollo Energético Sustentable en América Latina y el Caribe. Quito: Flacso.

Programa o Agenda 21 (Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo

Sostenible 1992).

Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (ONU 11 de diciembre de 1997).

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009 y modificado en su 147° período de sesiones (22 de marzo de 2013).

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y modificado en su 118° período ordinario de sesiones (24 de octubre de 2003).

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso Sarayaku vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de julio de 2004).

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales caso Diario la Nación vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de diciembre de 2001).

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República del Ecuador, caso pueblo indígena de Sarayaku (Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente del Juez Cançado Trindade 6 de julio de 2004).

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales caso James y otros vs. La República de Trinidad y Tobago (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto del juez Cançado Trindade 25 de mayo de 1999).

RODRIGUEZ GARAVITO, C., & MORRIS, M. (2010). La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Bogotá: Universidad de los Andes .

SANTANDER MEJÍA, E. (2002). Instituciones del Derecho Ambiental. Bogotá: Ecoe Ediciones.

SARMIENTO, F. O. (2001). Diccionario de Ecología: paisajes, conservación y desarrollo sustentable para Latinoamérica. Quito: Ediciones Abya-Yala.

SAWYER, S., & STAVENHAGEN, R. (24 de junio de 2011). Peritaje rendido ante fedatario público por la Profesora Suzana Sawyer y peritaje rendido por Rodolfo Stavenhagen.

Sentencia Caso “Niños de la Calle”, Villagrán Morales y otros, vs. Guatemala (Corte Interamericana de derechos Humanos 19 de noviembre de 1999).

Sentencia caso Awas Tingni vs Nicaragua (Corte Interamericana 31 de agosto de 2001).
Sentencia Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de febrero de 2002).

Sentencia Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de febrero de 2003).

Sentencia Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006).

Sentencia Caso comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de agosto de 2010).

Sentencia Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005).

Sentencia Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de junio de 2005).

Sentencia Caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de junio de 2012).

Sentencia Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname (Corte Intercamericana de Derechos

Humanos 28 de noviembre de 2007).

Sentencia Caso Escué Zapata vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de julio de 2007).

Sentencia caso Gustavo Petro contra la Presidencia de la República de Colombia y la Procuraduría de la Nación (Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil-Restitución de Tierras 21 de abril de 2014).

Sentencia Caso Masacres Comunidad Maya Río Negro vs Guatemala (Corte interamericana de Derechos Humanos 4 de septiembre de 2012).

Sentencia Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de julio de 1988).

SERRANO, J. L. (2007). Principios del Derecho Ambiental y Ecología Jurídica. Madrid: Editorial Trotta.

SORENSEN, M. (1981). Manual de Derecho Internacional Público. México D.F.: Fondo de Cultura económica.

TAMAYO Y SALMORAN, R. (1987). Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos. México D.F.: Universidad Autónoma de México.

Telégrafo, D. e. (s.f.). Página Oficial del Diario el Telégrafo. Recuperado el 3 de febrero de 2015, de <http://www.telegrafo.com.ec/politica/item/cidh-se-reune-con-ong-por-medidas-cautelares.html>.

Telégrafo, D. e. (s.f.). Página Oficial del Diario el Telégrafo. Recuperado el 2 de enero de 2015, de <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/informacion-general/item/cuatro-muertos-deja-accidente-de-avioneta-en-amazonia-ecuatoriana-oficial.html>.

Templo de Preah Vihear, Camboya vs. Tailandia (Corte Internacional de Justicia 15 de junio de 1962).

TORRES ESPINOZA, W. (2005). Notas de Derecho Ambiental o Ecológico. Quito:

Facultad de Ciencias políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.

Tratado de Cooperación Amazónica (junio de 1978).

TRIGO REPRESAS, F. A., & LÓPEZ MEZA, M. J. (2004). Tratado de la responsabilidad Civil. Buenos Aires: Fondo Editorial de derecho y economía.

Universo, D. e. (s.f.). Página Oficial del Diario el Universo. Recuperado el 2 de enero de 2015, de <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/10/01/nota/4056296/avioneta-se-accidenta-sarayacu>,<http://www.elcomercio.com/actualidad/hugo-medina-fallecimiento-sarayaku-avioneta.html>

UNIVERSO, D. E. (18 de noviembre de 2014). Página oficial del Diario el Universo. Obtenido de <http://www.eluniverso.com/vida-estilo/2013/09/15/nota/1439926/biodiversidad-yasuni-encierra-millones-anos-evolucion>.

URIBE TERÁN, F. (2012). Las medidas cautelares en la nueva Constitución del Ecuador. En J. MONTAÑA PINTO, & A. VELASCO, Apuntes de Derechos Procesal Constitucional (pág. 86). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición.

VERA ESQUIVEL, G. (2011). Introducción al Derecho Internacional del Medio Ambiente. Lima: Ara Editores E.I.R.L.

VILLAGRA, R. (7 de julio de 2011). Peritaje rendido por el Antropólogo Rodrigo Villagra ante la Corte durante audiencia pública .

Voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade y M.E. Ventura Robles, sentencia caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de junio de 2005).

ZAFFARONI, E. R. (2011). La naturaleza como persona, Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.