



Grupo de Trabajo de Alto
Nivel sobre las Relaciones
entre Estados Unidos y
Ecuador

Los derechos de los
Pueblos Indígenas y
las relaciones
comerciales: una
perspectiva histórica



**GRUPO DE TRABAJO DE ALTO NIVEL SOBRE LAS
RELACIONES ENTRE ESTADOS UNIDOS Y
ECUADOR**

Tulio Vera
Co-Presidente

Chile – Ex Director y Estratega de
Inversiones en Jefe, J.P. Morgan (JPM),
Banco Privado de América Latina

Nathalie Cely Suárez
Co-Presidenta

Ecuador – Ex Embajadora de Ecuador en
los Estados Unidos

Veronica Arias
Co-Presidenta

Ecuador – Ex Secretaria de Medio
Ambiente del Distrito Metropolitano de
Quito

Richard Feinberg
Co-Presidente

Estados Unidos – Docente Universitario en
la Escuela de Política y Estrategia Global,
Universidad de California, San Diego

Caterina Costa
Co-Presidenta

Ecuador – Presidenta del Grupo Industrial
Poligrup

Luis Gilberto Murillo-Urrutia
Co-Presidente

Colombia – Ex Ministro de Ambiente y
Desarrollo Sostenible de Colombia y Ex
Gobernador de Chocó, Colombia

Guy Mentel
Director de Proyecto

Estados Unidos - Director Ejecutivo de
Global Americans

Ezequiel Carman
Investigador Principal

Argentina – Consultor en Políticas de
Comercio de Global Americans

Abelardo Pachano, Ecuador – Ex Gerente General del Banco Central del Ecuador

Anibal Romero, Estados Unidos - Fundador de The Romero Firm

Carolina Barco, Colombia – Ex Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y Ex Embajadora de Colombia en los Estados Unidos

Christian Gómez, Director de Asuntos Gubernamentales Globales de Walmart para América Latina

Enrique Crespo, Ecuador – Global Shaper del Foro Económico Mundial

Guy Edwards, Estados Unidos- Ex Consultor Senior de la División de Cambio Climático del Banco Interamericano de Desarrollo

José Antonio Ocampo, Colombia – Docente Universitario Profesor de la Escuela de Asuntos Públicos e Internacionales de la Universidad de Columbia (SIPA)

José Emilio Vásquez, Ecuador – Decano y Director Académico de la Escuela de Relaciones Internacionales y Estudios Globales de la Universidad Internacional del Ecuador

Luis Enrique García, Bolivia – Expresidente Ejecutivo de CAF - Banco de Desarrollo de América Latina

Luis Felipe Duchicela, Ecuador – Ex Asesor Global sobre Pueblos Indígenas del Banco Mundial

Luis Gilberto Murillo-Urrutia, Colombia – Ex Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia y Ex Gobernador de Chocó, Colombia

Magdalena Barreiro, Ecuador – Docente Universitaria de Finanzas en la Universidad San Francisco de Quito y Ex Ministra de Economía y Finanzas de Ecuador

María Gloria Barreiro, Ecuador – Directora Ejecutiva de Desarrollo y Autogestión (DyA)

María Rosa Baquerizo, Ecuador – CEO de la Asociación Andina Americana

María Sara Jijón Calderón, Ecuador – Ex Subsecretaria General de Gobernación en Ecuador

María Sonsoles García León, Ecuador
– Presidenta del Comité de Política de
Inversión y Comercio Exterior de la
Cámara de Comercio Internacional en
Ecuador

Nathalie Cely Suárez, Ecuador – Ex
Embajadora de Ecuador en los Estados
Unidos

Nelson Ortiz, Venezuela – Ex Presidente
de la Bolsa de Valores de Caracas

Nicolás Albertoni, Uruguay – Docente
Universitario de la Universidad Católica
del Uruguay

Nicolás Espinoza Maldonado, Ecuador
– Presidente de la Corporación
Financiera Nacional (CFN)

Olga Lucía Lozano, Colombia – Ex
Viceministra del Comercio Exterior de
Colombia

Los miembros del presente trabajo quisieran extender su agradecimiento a Benjamin Henderson, Nicole Harrison, Robert Carlson, Henry Bacha y Leonardo Di Bonaventura Altuve por su apoyo editorial, investigativo y escrito; así como también a los voluntarios de la Universidad San Francisco de Quito que han ayudado en esta traducción: Alegría Echeverría Granizo, Bernardo Juan Griffin Valdivieso, Camila Manotas y Paula Manuela López Granados. Todos los miembros del grupo de trabajo participan a título personal. Las afiliaciones organizacionales mencionadas se incluyen únicamente con fines de identificación.

INTRODUCCIÓN

Los Estados Unidos y Ecuador gozan de una larga historia de relaciones políticas y comerciales. Los dos países establecieron relaciones diplomáticas en la década de 1820, poco después de que ambos países se independizaran de Europa. En las décadas siguientes, Estados Unidos y Ecuador profundizaron sus relaciones sobre la base de valores consagrados en el Sistema Interamericano, como la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Ya sea cultural o económicamente, son muchos los hilos que unen a estos países.

Los lazos económicos han contribuido de manera especial a la prosperidad compartida de los pueblos de Estados Unidos y Ecuador. Hoy en día, Estados Unidos es el principal socio comercial de Ecuador, haciéndolo uno de los tres únicos países de América del Sur cuyo comercio con Estados Unidos supera al comercio con China.¹ Las principales exportaciones de Estados Unidos a Ecuador incluyen petróleo, maquinaria, computadoras, fertilizantes, cereales y granos. Por su parte, Ecuador exporta principalmente petróleo crudo, mariscos, plátanos, cacao y flores a Estados Unidos.²

Si bien Ecuador y Estados Unidos buscaron profundizar sus relaciones económicas a principios de la década de 2000, las amplias negociaciones terminaron en medio de una agitación política y social en 2006. Ambos gobiernos no consiguieron reanudar las discusiones sobre comercio e inversión sino hasta la llegada del presidente Lenín Moreno (2017-2021). Su sucesor, el presidente ecuatoriano Guillermo Lasso, ha enfatizado la necesidad de profundizar las relaciones comerciales con Estados Unidos, enfocándose particularmente en los derechos laborales, la propiedad intelectual, la igualdad de género y la sostenibilidad ambiental. De hecho, los desarrollos recientes en ambos países, incluyendo las elecciones de nuevos presidentes, ofrecen una oportunidad única para abordar cómo los dos países podrían trabajar juntos para combatir la pandemia de COVID-19, impulsar el crecimiento económico y avanzar en otras prioridades.

En este contexto, el 4 de junio de 2021, Global Americans anunció la formación de un Grupo de Trabajo de Alto Nivel, compuesto por políticos actuales y anteriores, profesionales del servicio exterior, líderes empresariales y académicos experimentados. En colaboración con el personal de Global Americans, el Grupo de Trabajo ha elaborado una serie de documentos de trabajo que cubren una amplia gama de temas fundamentales para la relación Estados Unidos-Ecuador y, en particular, fundamentales para cualquier discusión sobre la profundización de las relaciones comerciales y económicas entre los dos países. El Grupo de Trabajo de Alto Nivel ha servido como foro para el análisis de expertos no partidistas y transregionales, lo que ha dado como resultado una serie de recomendaciones sobre el futuro de las relaciones entre Estados Unidos y Ecuador.

¹ *Joe Biden is Determined That China Should Not Displace America*, THE ECONOMIST (17 de julio del 2021), <https://www.economist.com/briefing/2021/07/17/joe-biden-is-determined-that-china-should-not-displace-america>.

² U.S. Relations with Ecuador: Bilateral Relations Fact Sheet, U.S. State Department, Bureau of Western Hemisphere Affairs (19 de enero del 2021), <https://www.state.gov/u-s-relations-with-ecuador>.

RESUMEN EJECUTIVO

Los Estados Unidos y Ecuador han buscado profundizar su relación económica en el pasado, pero los acuerdos comerciales y de inversión del siglo XXI han resultado difíciles de alcanzar desde que se llevaron a cabo las primeras negociaciones a principios de la década de 2000. Una de las principales razones del fracaso de las negociaciones pasadas fue la oposición de los Pueblos Indígenas en Ecuador, quienes consideraban que no estaban adecuadamente representados en las decisiones y que sus intereses no estaban siendo protegidos. Sin embargo, en los últimos años, los Estados Unidos y Ecuador han retomado las discusiones sobre un acuerdo comercial, y tanto la ley como el contexto político han evolucionado para incorporar de mejor manera a los Pueblos Indígenas en el proceso (Capítulo 1).

Los Pueblos Indígenas comprenden el ocho por ciento de la población de América Latina, pero representan el 14 por ciento de los pobres y el 17 por ciento de los extremadamente pobres de la región³. Durante décadas, las comunidades Indígenas han mantenido una relación complicada con el comercio y la inversión, y a su vez, el comercio y la inversión han mantenido una relación complicada con las comunidades Indígenas. Durante discusiones sobre temas comerciales, los Pueblos Indígenas generalmente buscan maximizar los beneficios de la integración económica, al tiempo que establecen excepciones para proteger sus prácticas culturales⁴. La resistencia de los Pueblos Indígenas a los acuerdos de libre comercio a menudo se basa no necesariamente en el comercio, sino en la inversión. De los más de 300 capítulos de inversión de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales, solo unos pocos estipulan la protección de las comunidades, prácticas y tierras Indígenas⁵. El caso de Lago Agrio, en el que Texaco (más tarde Chevron) y Petroecuador enfrentaron acusaciones de contaminación en una comunidad Indígena ecuatoriana, sigue siendo un poderoso símbolo para las comunidades Indígenas de los peligros que conlleva la inversión sin restricciones (Capítulo 2)⁶.

Históricamente, las comunidades Indígenas en Ecuador se han manifestado en contra de los intentos de negociación de un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el gobierno ecuatoriano y Estados Unidos. Las principales organizaciones Indígenas como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) han demostrado su oposición a los TLC mediante movilizaciones masivas. En las elecciones de 2021, Pachakutik, un partido político

³ WORLD BANK, INDIGENOUS LATIN AM. IN THE TWENTY-FIRST CENTURY, THE FIRST DECADE 10, 12 (2015), <https://www.worldbank.org/en/region/lac/brief/indigenous-latin-america-in-the-twenty-first-century-brief-report-page>.

⁴ Julio Lacarte Muró, *The History and Future of the World Trade Org.* by Craig Van Grastek World Trade Org. and Cambridge U. Press, 2013, 13 WORLD TRADE REV. 728–733 (2014) (Reseña de libro).

⁵ Véase Hum. Rts. Council, Report of the Special Rapporteur on the rts. of Indigenous Peoples, U.N. DOC A/HRC/33/42 (2016) [posteriormente 2016 UNHRC Special Rapporteur Report], *citando*, U.N. CONF. ON TRADE AND DEV., RECENT TRENDS IN IIAS AND ISDS, Int'l Inv. Agreement Issues Note, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1 (febrero del 2015).

⁶ Sara Randazzo, *Litigation Without End: Chevron Battles On in 28-Year-old Ecuador Lawsuit*, WALL STREET JOURNAL (2 de mayo del 2021), <https://www.wsj.com/articles/litigation-without-end-chevron-battles-on-in-28-year-old-ecuador-lawsuit-11619975500>.

liderado por Indígenas, obtuvo la segunda votación más alta para la Asamblea Nacional de Ecuador (Capítulo 3).

A medida que los Pueblos Indígenas en Ecuador y otros países se han movilizado para defender sus intereses, el derecho internacional ha reconocido más de sus derechos, incluyendo aquellos especialmente relevantes en las negociaciones comerciales internacionales. Estos derechos forman la base de la participación de los Pueblos Indígenas en el proceso de negociaciones comerciales, así como también la sustancia de los acuerdos comerciales que resultan de dichas negociaciones (Capítulo 4).

Cuando los Pueblos Indígenas son excluidos del proceso de negociaciones, es más probable que estos grupos recurran a manifestaciones masivas y muestren resistencia a la integración económica en general. Por lo tanto, la problemática no es si hay que involucrar a los Pueblos Indígenas en las instituciones durante las negociaciones, sino cómo involucrarlos. La consulta, requerida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es la forma más simple de participación, ya que exige a los Estados involucrar a los Pueblos Indígenas en las decisiones que afectan sus medios de vida (Capítulo 5).

Un nivel de participación más exigente es aquel que requiere el consentimiento libre, previo e informado (CLPI). Utilizando la Declaración no vinculante de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se busca que los Estados lleven a cabo negociaciones con el objetivo de obtener el consentimiento de los Pueblos Indígenas sobre proyectos o leyes que puedan afectar su bienestar. Si bien los académicos difieren acerca de la diferencia específica entre el CLPI y la consulta (Capítulo 6), Ecuador ha incorporado la DNUDPI en su Constitución del 2008, y la Corte Constitucional ha considerado casos en los que las consultas previas no cumplieron con los requisitos del CLPI (Capítulo 7).

Más allá de las cuestiones procesales, los acuerdos comerciales recientes, específicamente la Asociación Transpacífica Integral y Progresista (CPTPP) y el Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC), han hecho todo lo posible para incorporar los intereses sustanciales de los Pueblos Indígenas. Tanto en el CPTPP como en el T-MEC, los negociadores otorgaron excepciones a las comunidades Indígenas para disposiciones que les podrían haber afectado desproporcionalmente. En el T-MEC en particular, el Gobierno de Canadá fue pionero en maximizar los beneficios que obtendrían las comunidades Indígenas de la integración comercial al conectar a los empresarios Indígenas con los mercados internacionales (Capítulo 8).

El Capítulo 9 concluye con recomendaciones para legisladores y partes interesadas sobre cómo proteger de manera efectiva los intereses y derechos de los Pueblos Indígenas al tiempo que se profundizan las relaciones económicas internacionales.

ÍNDICE

Introducción	4
Resumen ejecutivo	5
Índice	7
1. Tendencias históricas y actuales de comercio	8
2. Pueblos Indígenas y comercio	11
3. Los Pueblos Indígenas y el comercio en Ecuador	15
4. Los derechos de los Pueblos Indígenas en el derecho internacional: proceso y contenido	18
5. Consulta vs consentimiento: Las comunidades Indígenas y su interés en las negociaciones comerciales	22
6. Consentimiento libre, previo e informado (CLPI)	26
7. El CLPI en la Constitución de Ecuador	29
8. Protección a las comunidades Indígenas en los acuerdos comerciales recientes	31
9. Recomendaciones	34

1. TENDENCIAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE COMERCIO

Históricamente, los Pueblos Indígenas y sus organizaciones representativas se han opuesto a lo que comúnmente se percibe como políticas económicas neoliberales.⁷ Como reflejo de su escepticismo hacia las políticas mencionadas, los Pueblos Indígenas de América Latina a menudo han impugnado los intentos de profundizar el comercio exterior y la inversión, en parte porque las negociaciones comerciales pasadas no han incluido a las organizaciones de Pueblos Indígenas (OPI) como actores clave. Si bien siempre fueron partes interesadas, sus voces rara vez lograron un nivel de participación que impactara en la esencia del debate comercial.

La postura de los Pueblos Indígenas hacia el comercio también se basa en los potenciales riesgos que el desarrollo económico podría representar para la tierra y los recursos compartidos de sus comunidades, así como en la preocupación de que los acuerdos comerciales otorguen protecciones excesivas a los inversionistas extranjeros a expensas de los grupos Indígenas.⁸

⁷ Este documento utilizará el término Pueblos Indígenas, ya que es el término formal en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y otros instrumentos jurídicos internacionales.

⁸ En el caso de Ecuador, los inversores extranjeros no tienen excesivos derechos. Ecuador es uno de los pocos países en los que los inversores extranjeros no pueden impugnar al Estado en los tribunales internacionales. Véase generalmente, Enrique Prieto-Ríos & Daniel Rivas-Ramírez, *Neocolonialism and the Tension between Int'l Inv. Law and Indigenous Peoples: The Latin Am. Experience*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INT'L TRADE: BUILDING EQUITABLE

Contexto sociopolítico cambiante

Durante los últimos años, el panorama social y político ha cambiado considerablemente. Las comunidades Indígenas han asumido un papel más importante en las discusiones comerciales. Los acuerdos comerciales han incorporado más matices, considerando en mayor medida los derechos humanos, los derechos de los trabajadores, la protección ambiental, el acceso a la atención médica y los derechos de los Pueblos Indígenas. Como el entonces Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Pascal Lamy, declaró en 2010, “[La OMC] garantizará que el comercio no menoscabe los derechos humanos, sino que los fortalezca”.⁹

La Organización Mundial del Comercio (OMC) no es la única organización que tardíamente haya reconocido la importancia de los derechos de los Pueblos Indígenas. Relatores Especiales de las Naciones Unidas, los órganos de tratados de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han hecho numerosas recomendaciones instando a los Estados la adopción de políticas para prevenir, sancionar y reparar violaciones de los derechos de los Pueblos Indígenas. Por

AND INCLUSIVE INT'L TRADE AND INV. AGREEMENTS 85–108 (John Borrows & Risa Schwartz eds., 2020); Amokura Kawharu, *The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand's Free Trade Agreements*, in INDIGENOUS PEOPLES AND INT'L TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INT'L TRADE AND INV. AGREEMENTS 274–294 (John Borrows & Risa Schwartz eds., 2020).

⁹ Véase Sergio Puig, *Int'l Indigenous Econ. L.*, 52 U.C. DAVIS L.REV. 1243 (2019); Pascal Lamy, Director-General, WTO, Remarks at the Colloquium on Hum. Rts. in the Global Econ. (13 de enero del 2010).

ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial han afirmado, en una forma u otra, que las compañías multinacionales deben ser consideradas responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas en el extranjero.¹⁰

Con las negociaciones sobre comercio e inversión expandiéndose para incluir cuestiones de derechos humanos, y las OPIs teniendo un papel más formal en dichas discusiones, hay mayor probabilidad de que los derechos Indígenas se conviertan en cuestiones clave que los Estados Unidos y Ecuador deben tener en cuenta a medida que trabajan para profundizar su relación económica.

Integración económica entre Estados Unidos y Ecuador

Después de la Conferencia de Bretton Woods de 1944, las naciones buscaron profundizar su relación económica bilateral a través de dos tipos de mecanismos legales: un acuerdo comercial, enfocado únicamente en la liberalización del intercambio de bienes y servicios, y un tratado bilateral de inversión (TBI), enfocado en atraer inversión extranjera directa. Hoy en día, los países usualmente persiguen estos dos objetivos simultáneamente a través de un tratado de libre comercio (TLC) integral, que incluye un

capítulo de inversión. Los países que firman tratados de libre comercio lo hacen con la intención de incrementar la productividad y generar oportunidades de empleo para su población.¹¹

Estados Unidos ha firmado TLC con Chile (2004), Perú (2009) y Colombia (2012), dejando a Ecuador como la única nación sudamericana en la costa del Pacífico sin un acuerdo firmado, a pesar de que Estados Unidos es el principal socio comercial de Ecuador.¹²

Los gobiernos deberían incluir a las comunidades Indígenas en las primeras etapas de desarrollo en un tratado de libre comercio.

La resistencia Indígena a un Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Ecuador explica parcialmente la carencia de dicho acuerdo en la actualidad. Estados Unidos y Ecuador intentaron previamente negociar un TLC durante las presidencias de Lucio Gutiérrez (2003-2005) y Alfredo Palacio (2005-2007) en Ecuador, y George W. Bush (2001-2009) en Estados Unidos. Sin embargo, en ese momento, surgió una fuerte oposición de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), que presionó al gobierno ecuatoriano y paralizó las negociaciones comerciales. Los Pueblos Indígenas

¹⁰ Véase 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5; ver también U.N. Hum. Rts. Council, Report of the Special Rapporteur on the Rts. of Indigenous Peoples: Extractive Industries and Indigenous Peoples on its Twenty-Fourth Session, ¶ 48, U.N. Doc. A/HRC/24/41 (2013) [posteriormente 2013 UNHRC Special Rapporteur Report]; Int'l Conv. on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination art. 5 (e) (iv), ¶ 14, 21 de diciembre del 1965, 660 U.N.T.S. 195, CERD/CAN/CO/19-20.

¹¹ Véase generalmente, U.N. CONF. ON TRADE AND DEV., THE ROLE OF INT'L INV. AGREEMENTS IN ATTRACTING FOREIGN DIRECT INV. TO DEV. COUNTRIES, UNCTAD Series on Int'l Inv. Policies for Dev., UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, U.N. Sales No. E.09.II.D.20 (2009).

¹² U.S.- Chile Free Trade Agreement (1 de enero del, 2004); U.S- Peru Free Trade Agreement (1 de febrero del 2009); U.S- Colombia Trade Promotion Agreement (15 de mayo del 2012).

argumentaron que un TLC beneficiaría exclusivamente a Estados poderosos como Estados Unidos.¹³

Las negociaciones se reanudaron durante la presidencia de Lenín Moreno (2017-2021) en Ecuador y Donald Trump (2017-2021) en Estados Unidos, y continúan hoy bajo la presidencia de Guillermo Lasso (2021-presente) en Ecuador y el presidente Joe Biden (2021-presente) en los Estados Unidos.

De acuerdo con la historia de la integración económica entre Estados Unidos y Ecuador, los gobiernos deben involucrar a las comunidades Indígenas en las primeras fases

en el desarrollo de un acuerdo comercial para aumentar la percepción de legitimidad del acuerdo.

Para comprender los posibles beneficios y desventajas de una relación económica más profunda entre Estados Unidos y Ecuador, el próximo capítulo enfatiza la relación histórica que los Pueblos Indígenas en Ecuador han tenido hacia el comercio y la inversión y cómo las circunstancias sociopolíticas han cambiado desde el último intento de negociar un acuerdo entre Estados Unidos y Ecuador.

¹³ Cf. Risa Schwartz, *Developing a Trade and Indigenous Peoples Chapter for Int'l Trade Agreement*, in *INDIGENOUS PEOPLES AND INT'L TRADE: BUILDING EQUITABLE AND INCLUSIVE INT'L*

TRADE AND INV. AGREEMENTS 248-274 (John Borrows & Risa Schwarz eds., 2020).

2. PUEBLOS INDÍGENAS Y COMERCIO

Los Pueblos Indígenas alrededor de todo el mundo son considerados como uno de los grupos que enfrentan los mayores niveles de marginación y discriminación.¹⁴ Si bien comprenden el ocho por ciento de la población de América Latina, representan aproximadamente el 14 por ciento de la población en situación de pobreza y el 17 por ciento de la población en situación de extrema pobreza de la región.¹⁵ La marginación de los Pueblos Indígenas y su uso de instituciones distintivas afectan su visión de las políticas de desarrollo, comercio e inversión.

Definición de los Pueblos Indígenas

Aunque no existe una definición clara de “Pueblos Indígenas” o “Comunidades Indígenas” según el derecho internacional, estos grupos generalmente comparten varios rasgos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y otros documentos legales internacionales han establecido criterios para identificar a los Pueblos Indígenas en cualquier país. Entre otras características, estas comunidades tienen conexiones profundas con sus territorios ancestrales y suelen tener un fuerte deseo de mantener ese territorio y el conocimiento que lo acompaña. Además, tienen sistemas sociales, económicos y políticos únicos que son distintos de los de la población no Indígena y

pueden reflejarse en el idioma, la cultura, las creencias o el derecho consuetudinario.¹⁶

Si bien los Pueblos Indígenas comprenden el ocho por ciento de la población de América Latina, estos representan aproximadamente el 14 por ciento de la población en situación de pobreza y el 17 por ciento de la población en situación de extrema pobreza de la región.

Además, la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial explican que la autodeterminación es un criterio fundamental para identificar a los Pueblos Indígenas.¹⁷ El Banco Mundial va más allá y ofrece otras tres características además de la autodeterminación. Según su definición, el término “Pueblos Indígenas” se refiere exclusivamente a un grupo social y cultural distinto que posee las siguientes características:¹⁸

- Vinculación colectiva a hábitats geográficamente distintos, territorios ancestrales o áreas de uso u ocupación estacional, así como a los recursos naturales en estas áreas;

¹⁴ Véase Hum. Rts. Council, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Hum. Rts. and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Rodolfo Stavenhagen, U.N DOC E/CN.4/2004/80 (2004); véase también, Hum. Rts. Council, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Hum. Rts. and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Rodolfo Stavenhagen, U.N DOC E/CN.4/2005/88 (2005); 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5.

¹⁵ WORLD BANK, INDIGENOUS LATIN AM., *supra* nota 3 en 10, 12.

¹⁶ Véase 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5.

¹⁷ Org. of Am. States, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Am. Decl. on the Rts. of Indigenous Peoples, art. 2 (15 de junio del 2016).

¹⁸ Véase ESS7: Indigenous Peoples/Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities, in *Environ. and Soc. Standards (ESS)*, WORLD BANK, <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework/brief/environmental-and-social-standards>. USAID uses seven criteria to identify Indigenous Peoples.

- Instituciones culturales, económicas, sociales o políticas consuetudinarias que son distintas o separadas de las de la sociedad o cultura en general; y
- Un idioma o dialecto distinto, a menudo diferente del idioma o idiomas oficiales del país o región en el que reside.

Desarrollo

Para muchos Pueblos Indígenas, la protección del medio ambiente es una preocupación fundamental. Sus economías dependen en gran medida de los recursos naturales, de igual manera conservar sus culturas tradicionales depende de la preservación de su entorno natural.¹⁹ A medida que los países se acercan a la fecha límite de 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y con las regulaciones sobre el cambio climático convirtiéndose en parte de muchos acuerdos internacionales, la protección de los territorios de los Pueblos Indígenas es cada vez más relevante.

Una declaración del Instituto de Recursos Mundiales de 2017 señala que “muchos expertos sostienen que al menos la mitad de la tierra en el mundo está en manos de Pueblos Indígenas y otras comunidades”.²⁰ Sin embargo, muchas constituciones latinoamericanas estipulan que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado para preservar y asegurar su utilidad pública en beneficio de toda

la nación.²¹ Así, en estos países de América Latina, incluso cuando las comunidades Indígenas poseen legalmente un territorio determinado, no poseen los recursos bajo ese territorio. El conflicto entre los derechos de los Pueblos Indígenas y los derechos del Estado continúa provocando preocupaciones en las comunidades Indígenas de las Américas.

Comercio

De manera similar, los Pueblos Indígenas tienen una relación compleja con los acuerdos comerciales. Debido a la promoción continua de los Pueblos Indígenas, ha habido una proliferación de cláusulas de protección con respecto a productos, tierras, conocimientos ancestrales y otros elementos pertenecientes a los Pueblos Indígenas.

En los últimos años, el movimiento de derechos Indígenas ha ganado impulso y se ha vuelto particularmente relevante en las negociaciones comerciales. Como resultado, los gobiernos y las instituciones internacionales han codificado protecciones legales y regulatorias para estas comunidades, y algunos países de América Latina han logrado avances significativos en el reconocimiento de estos derechos.²² Los Estados han elaborado e implementado políticas para proteger los productos Indígenas, eliminar las barreras regulatorias locales, empoderar a las comunidades y facilitar las rutas comerciales. Por ejemplo, Estados Unidos y Australia han desarrollado un exitoso Programa de

¹⁹ Julio C. Tresierra, *Rts. of Indigenous Groups over Natural Resources in Tropical Forests* (Inter-Am. Dev. Bank, Environ. Div. Working Paper, 1997).

²⁰ Peter Veit & Katie Reytar, *By the Numbers: Indigenous and Community Land Rights*, WORLD RESOURCES INST. (20 de marzo del 2017), <https://www.wri.org/blog/2017/03/numbers-indigenous-and-community-land-rights>. Véase también, CARLA Y.

DAVIS-CASTRO, CONG. RES. SERV., R46225, INDIGENOUS PEOPLES IN LATIN AM.: STAT. INFO. UPDATED JULY 16, 2020, <https://fas.org/sgp/crs/row/R46225.pdf>.

²¹ Am. Decl. on the Rts. of Indigenous Peoples, *supra* nota 17.

²² Véase 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5.

Adquisiciones Indígenas para estimular las economías Indígenas. Otros países, como Nueva Zelanda y Canadá, se han comprometido a mejorar sus políticas de adquisiciones mediante el establecimiento de objetivos obligatorios de reserva que permiten a las empresas Indígenas acceder a los contratos de adquisiciones.²³ No obstante, hay un margen de mejora considerable.

Los Pueblos Indígenas son participantes activos en los mercados locales como administradores de territorios y prácticas culturales que pueden verse afectadas por los acuerdos comerciales.²⁴ En consecuencia, las comunidades Indígenas tienen intereses tanto ofensivos como defensivos en lo que respecta al comercio.²⁵ Por un lado, pueden buscar los beneficios económicos derivados de los acuerdos comerciales como participantes y partes interesadas en el mercado.²⁶ Por otro lado, cuando un TLC amenaza con afectar sus prácticas culturales, las comunidades Indígenas pueden negociar disposiciones para limitar el daño.²⁷

Inversión

Si bien los Pueblos Indígenas se han involucrado en las negociaciones comerciales y han tenido éxito al defender sus intereses, han tenido menos éxito en lo que respecta a la inversión. De más de 300 capítulos de inversión de acuerdos comerciales bilaterales y regionales, solo unos

pocos mencionan explícitamente la protección de las comunidades Indígenas.²⁸ Muchas disputas sobre los TLC que involucran a los Pueblos Indígenas están relacionados con los capítulos de inversión y no están específicamente relacionadas con el comercio en sí. Con frecuencia se trata de inversiones en petróleo, gas y minería que afectarían las tierras Indígenas y podrían dañar el medio ambiente.²⁹

Muchas disputas sobre los TLCs que involucran a los Pueblos Indígenas están relacionadas con capítulos de inversión y no están específicamente relacionados con el comercio en sí.

El caso de Lago Agrio es una de esas inversiones. En 1993, un grupo de Pueblos Indígenas de la Amazonía ecuatoriana demandó a Texaco en un tribunal federal en Nueva York, alegando que la contaminación de un proyecto de perforación petrolera Texaco-Petroecuador los había enfermado y causado contaminación del agua, del suelo y deforestación. La compañía petrolera estadounidense Chevron adquirió Texaco unos años después, pero la demanda se ha mantenido durante 28 años y ha involucrado sobornos, defensa de celebridades internacionales y un fallo de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.³⁰ Dada la relevancia y la controversia en

²³ Véase e.g., Risa Schwartz & Judy Whiteduck, *A Proposal for a Joint Decl. on Trade and Indigenous Peoples*, in MODERNIZING THE WORLD TRADE ORG. 41 (Susan Bubak & Lynn Schellenberg eds. 2020).

²⁴ Cf. Patricia M. Goff, *Bringing Indigenous Goals and Concerns into the Progressive Trade Agenda*, 65 REVUE INTERVENTIONS ÉCONOMIQUES / PAPERS IN POLITICAL ECON. (2021).

²⁵ Julio Lacarte Muró, *The History and Future of the World Trade Org. by Craig Van Grasse World Trade Org. and Cambridge U. Press, 2013*, 13 WORLD TRADE REV. 728–733 (2014) (reseña de libro).

²⁶ Véase Goff, *supra* nota 24.

²⁷ *Id.*

²⁸ Véase 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5, citando, U.N. CONF. ON TRADE AND DEV., RECENT TRENDS IN IIAS AND ISDS, Int'l Inv. Agreement Issues Note, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1 (febrero del 2015).

²⁹ Véase IACHR: Demands on Indigenous Consultation to Ratify Free Trade Agreements, INT'L WORK GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (15 de diciembre 2016), <https://www.iwgia.org/en/panama/2474-iachr-demands-on-indigenous-consultation-to-ratify>

³⁰ Randazzo, *supra* nota 6.

torno al caso, Lago Agrio se ha convertido en un símbolo poderoso para las comunidades Indígenas en Ecuador.

Reconocer y abordar preocupaciones ambientales como las que surgieron en el caso de Lago Agrio, resultará fundamental para que Estados Unidos y Ecuador involucren de manera productiva a las comunidades Indígenas en cualquier conversación integral sobre la profundización de las relaciones económicas. Si los negociadores concluyen que el comercio es una prioridad más alta que la inversión en la relación económica entre Estados Unidos y Ecuador, estos pueden considerar desvincular los dos temas y buscar un TLC sin un capítulo de inversión para evitar los obstáculos políticos asociados con la inversión.

3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL COMERCIO EN ECUADOR

Con más de un millón de personas, los Pueblos Indígenas de Ecuador representan alrededor del siete por ciento de la población total del país.³¹ Además, alrededor del ocho por ciento de la población consiste de afro-ecuatorianos, la mayoría de los cuales se encuentran en la provincia de Esmeraldas y el Valle de Chota en la provincia de Imbabura, con otras grandes concentraciones en Guayaquil e Ibarra. La población afro-ecuatoriana desatendida es otro grupo relevante que manifiesta la necesidad de abordar los problemas que afectan a los grupos minoritarios en Ecuador.

Históricamente, las comunidades Indígenas han sido excluidas de las instituciones políticas formales. Hoy en día, las comunidades Indígenas son actores clave en la política ecuatoriana a nivel local, nacional e internacional. Existen varias razones causantes de estos cambios, incluyendo la aparición de un poderoso movimiento de identidad Indígena dirigido por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE).

Históricamente, las comunidades Indígenas han sido excluidas de las institucionales políticas formales.

³¹ Davis-Castro, *supra* nota 20

³² ALLEN GERLACH, INDIANS, OIL, AND POLITICS: A RECENT HISTORY OF ECUADOR (2003).

Las movilizaciones políticas Indígenas

La CONAIE fue creada en noviembre de 1986 por dos organizaciones subregionales: Ecuador Runacunapac Riccharimui (ECUARUNARI), de la Sierra Andina y la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE), desde la Amazonía unida. ECUARUNARI y CONFENIAE son las organizaciones Indígenas ecuatorianas más fuertes y organizadas, controlando el 45 por ciento y el 30 por ciento de los delegados de CONAIE, respectivamente. Además, la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa Ecuatoriana (CONAICE) representa a los Pueblos Indígenas de la costa del Ecuador, con alrededor del 25 por ciento de delegados, aunque tradicionalmente es menos fuerte y organizada que las otras dos ramas.

Desde su creación en 1986, el principal objetivo de la CONAIE ha sido defender a las naciones Indígenas del Ecuador en los frentes económicos, socioculturales y políticos, defendiendo su derecho a la autodeterminación y promoviendo la conservación de la cultura Indígena.³²

CONAIE es bien conocida por la organización de (*levantamientos Populares*), incluyendo bloqueos contra las principales vías y la toma y ocupación de edificios gubernamentales.³³ Durante su primera década, la CONAIE descartó las elecciones como un camino hacia el cambio político, llegando a prohibir a sus miembros postularse para cargos públicos. Sin embargo, a mediados de la década de 1990, reconociendo que la exploración petrolera aumentaría sin la participación Indígena en las

³³ Véase Matias Zibell, *Crisis en Ecuador: el histórico poder de los grupos Indígenas (y qué buscan con la gran marcha de este miércoles en Quito)*, BBC (9 de octubre del 2019), <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49983047>

instituciones políticas de Ecuador, la CONAIE cambió su postura y adoptó una combinación de acción directa y política electoral.

El cambio hacia la política electoral

En 1995, las organizaciones ecologistas y varios de los Pueblos Indígenas fundaron la Pachakutik Plurinacional Movimiento de Unidad - Nueva Condado, un partido para promover los intereses de los Pueblos Indígenas en el Ecuador. El partido obtuvo el 20 por ciento de los votos en las elecciones legislativas de 1996 y, en 2002, el candidato de Pachakutik, Lucio Gutiérrez, fue elegido presidente en una plataforma crítica de la globalización y las reformas del libre mercado.

Como presidente, Gutiérrez revirtió sus posiciones de campaña y buscó la integración económica. La CONAIE se movilizó en su contra en 2002, en medio de la Séptima Cumbre del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), celebrada en Quito. La asociación Indígena argumentó que el ALCA ampliaría los derechos otorgados a las corporaciones a expensas de la protección ambiental y los derechos humanos. CONAIE también lanzó Ecuador *Decide* en campaña de octubre de 2004, exigiendo la inmediata suspensión de las negociaciones entre Estados Unidos y Ecuador por un TLC y un referéndum que permitía la votación de los ecuatorianos sobre un potencial acuerdo comercial.

Las protestas por el comercio, las acusaciones de corrupción y otros temas alcanzaron su punto culminante en abril de 2005, cuando el Congreso de Ecuador votó para destituir a Gutiérrez de su cargo.

Su sucesor, Alfredo Palacio, participó en las negociaciones con Estados Unidos, Colombia y Perú para formar un pacto comercial andino. Si bien Colombia y Perú llegaron a acuerdos comerciales a fines de 2005 y principios de 2006, las organizaciones Indígenas en Ecuador, particularmente Ecuarunari, encabezaron masivas protestas contra un tratado de libre comercio.³⁴ Después de una disputa entre Washington y Quito sobre una compañía petrolera estadounidense que opera en Ecuador, el gobierno de Estados Unidos se retiró de las negociaciones.³⁵

Durante la presidencia de Rafael Correa (2007-2017), Pachakutik consiguió porcentajes menores en las elecciones presidenciales y legislativas. El gobierno de Correa, ampliamente crítico con la globalización y la economía de libre mercado, no negoció un acuerdo comercial con Estados Unidos. Correa, sin embargo, negoció la adhesión de Ecuador al acuerdo de libre comercio de la Unión Europea con Colombia y Perú en 2016.

El sucesor de Correa, Lenín Moreno (2017-2021) continuó con las negociaciones de los Estados Unidos e inició la adhesión del Ecuador a la Alianza del Pacífico, un bloque comercial que incluye a México, Colombia, Perú y Chile. También concluyó un acuerdo comercial con la Zona Europea de Libre Comercio (AELC).

Los Pueblos Indígenas y el comercio en la actualidad

Las elecciones más recientes han demostrado que Pachakutik es una fuerza política viable en Ecuador. El candidato de Pachakutik, Yaku Pérez, logró el tercer lugar en la primera ronda de las elecciones presidenciales en febrero de 2021.

³⁴ *Ecuador Police Break Up U.S. Protest*, ASSOC. PRESS (12 de enero del 2006).

³⁵ Martin Crutsinger, *White House Says Ecuador Trade Talks Stall*, ASSOC. PRESS (16 de mayo del 2006).

Pérez alentó a sus seguidores a emitir un voto nulo en la segunda ronda, lo que benefició de manera desproporcionada al candidato conservador Guillermo Lasso cuando los votantes Indígenas se negaron a votar por su oponente socialista Andrés Arauz.³⁶

En la legislatura ecuatoriana, Pachakutik ha alcanzado un alto nivel de representación. En la izquierda, los partidarios del expresidente Rafael Correa ocupan 49 escaños, de un total de 137 escaños que contiene la Asamblea. Pachakutik es el segundo grupo más grande, con 27 escaños, y la recién elegida presidenta de la Asamblea, Guadalupe Llori, es una de sus miembros. La influencia de Pachakutik en el actual gobierno de Ecuador no tiene precedentes, y el partido jugará un papel importante en las negociaciones comerciales y de inversión de Ecuador en los próximos años.

La influencia de Pachakutik en el actual gobierno de Ecuador no tiene precedentes, y el partido jugará un papel importante en las negociaciones comerciales y de inversión de Ecuador en los próximos años.

Fuera de la política electoral, la CONAIE sigue siendo la organización de Pueblos Indígenas más grande de Ecuador, y continúa sirviendo como una plataforma para que las comunidades Indígenas se inserten en los debates de política económica nacional. Su organización constituyente, ECUARUNARI, es la más cercana a Pachakutik, habiendo sido Yaku Pérez presidente de ECUARUNARI y candidato presidencial de Pachakutik. Como tal, la ECUARUNARI

proporciona un puente entre la organización política de la CONAIE y las negociaciones de Pachakutik con el gobierno ecuatoriano.

Los Pueblos Indígenas ahora juegan un papel más importante en la política de Ecuador hoy en día que a principios de la década de 2000, cuando los líderes de Ecuador intentaron anteriormente negociar un acuerdo comercial con los Estados Unidos. Serán una parte interesada crucial en cualquier posible acuerdo en la actualidad y en el futuro.

³⁶ Véase Yaku Pérez deseó éxitos a Guillermo Lasso por su Victoria en las elecciones, EL COMERCIO (12 de abril del 2021),

<https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/yaku-perez-exitos-guillermo-lasso.html>.

4. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: PROCESO Y CONTENIDO

En los últimos años, la jurisprudencia internacional ha incorporado más derechos para los Pueblos Indígenas y ha impuesto más obligaciones a los Estados para proteger esos derechos. El creciente cuerpo de derecho internacional relacionado con los Pueblos Indígenas es relevante tanto para el proceso como para el contenido de las negociaciones comerciales entre Estados Unidos y Ecuador.

En cuanto al proceso, el derecho internacional indica bajo qué circunstancias los Pueblos Indígenas deben ser consultados o dar su consentimiento para un proyecto potencial, un tema tratado en los capítulos 5-7. En cuanto al fondo, el derecho internacional codifica ciertos derechos relacionados con los Pueblos Indígenas que todos los países deben respetar. Los acuerdos comerciales deben reconocer estos derechos, y también pueden consagrar protecciones adicionales para quienes pertenecen a las comunidades Indígenas, un tema que se trata en el capítulo 8. Este capítulo desarrolla los instrumentos legales internacionales que regulan tanto el proceso, como el contenido de las negociaciones comerciales internacionales que involucran a los Pueblos Indígenas.

³⁷ Véase S. James Anaya, *Indigenous Peoples' Participatory Rts. in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources*, 22 ARIZ. J. INTL. COMP. L. 7, 7 (2005).

Autodeterminación: Un derecho fundamental para las comunidades Indígenas

En un esfuerzo por empoderar a las comunidades Indígenas, brindarles vías para la participación política y perseguir el desarrollo económico, social y cultural en sus propios términos, existen varios instrumentos legales internacionales que han codificado los derechos de los Pueblos Indígenas.³⁷

El principio de autodeterminación ha jugado un papel clave en la organización política, la imagen cultural y las estrategias legales de los Pueblos Indígenas en las últimas décadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 expresa la importancia de la autodeterminación de todos los pueblos en el artículo 1.³⁸ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) de 1966, que detallan muchos de los derechos enumerados en la DUDH y son jurídicamente vinculantes, establecen que “todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación”, y “todos los pueblos tienen derecho a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”.³⁹

Expansión de los derechos de los Pueblos Indígenas

Tras un primer énfasis en la autodeterminación, los instrumentos legales más recientes han

³⁸ G.A. Res. 217 A(III) (10 de diciembre del 1948), *Decl. Univ. de Dererechos Humanos*. ONU. DOC. A/RES/217 A (III).

³⁹ Int'l Covenant on Econ., Soc. and Cultural Rts. (ICESCR), art. 12, 16 de diciembre del 1966, 993 U.N.T.S. 3; Int'l Covenant on Civ. and Polit. Rts. (ICCPR), 16 de diciembre del 1966, 999 U.N.T.S. 171.

adoptado una visión más amplia de los derechos Indígenas.

En 1989, la Organización Internacional del Trabajo creó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales (OIT 169).⁴⁰ La convención obtuvo 24 ratificaciones en todo el mundo, en su gran mayoría de países de América Latina.

Una versión actualizada de una convención de 1957, referente a los derechos de los Indígenas, la OIT 169 es vinculante hasta el día de hoy y ha ido proporcionando una orientación detallada sobre las obligaciones de los Estados de consultar con las comunidades Indígenas (ver Capítulo 5).

Las Naciones Unidas llegaron a un acuerdo en cuanto a una Declaración no vinculante sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) en 2007.⁴¹ La Organización de los Estados Americanos (OEA) promulgó su propio instrumento legal no vinculante, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2016.⁴² Estos instrumentos aportan un enfoque diferente para consultar con las comunidades Indígenas, inclusive más estricto que el estipulado por el OIT 169 (ver Capítulo 6).

Al interpretar los tratados económicos, los jueces internacionales deben adherirse a la Convención

de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).⁴³ La Convención de Viena establece que los países no pueden firmar acuerdos que contradigan un acuerdo previamente firmado por el mismo país.⁴⁴ Por ejemplo, Ecuador no podría suscribir un TLC que prohíba las consultas con las comunidades Indígenas sobre proyectos o legislación que afecte su bienestar, ya que dicho acuerdo violaría el Convenio 169 de la OIT. Además, un Estado puede suspender o dar por terminado un TLC que afecte a los Pueblos Indígenas, aplicando lo estipulado en el artículo 62 (2) de la CVDT, que se refiere a un cambio fundamental en las circunstancias, como el reconocimiento de los Pueblos Indígenas dentro de las fronteras estatales.⁴⁵

Derechos humanos en el Sistema Interamericano

Si un Estado o corporación incumple con sus obligaciones hacia los Pueblos Indígenas, amparadas bajo el derecho internacional, sus miembros pueden acudir al sistema interamericano para asistencia legal. Aunque esta no suele ser una solución eficaz para casos puntuales—dado el alto coste y la duración de los procesos legales—las decisiones tomadas por organismos internacionales de derechos humanos pueden obligar a un Estado a que mejore las

⁴⁰ Int'l Lab. Org. (OIT Convenio de derechos de Pueblos Indígenas y tribales., C169, 27 de junio de 1989, 1650 U.N.T.S. 383 (incorporados el 5 de septiembre del 1991) [posteriormente OIT 169]

⁴¹ G.A. Res. 61/295 (13 de septiembre del 2007), *Convenio de la ONU de derechos de Pueblos Indígenas*, ONU., DOC. A/RES/61/295.

⁴² Am. Conv. de Der. de Pueblos Indígenas, *supra* nota 17.

⁴³ Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, 23 de mayo del 1969, art. 31 (3) (c), 1155 U.N.T.S. 331.

⁴⁴ Véase Puig, *Int'l Indigenous Econ.L.*, *supra* nota 9

⁴⁵ Véase *Report Especial de 2016* de la ACNUR *supra* nota 5 (“To do so, they would need to show that: (a) such

recognition was not foreseen when the agreement was entered into; (b) the change radically transforms the extent of obligations still to be performed under the treaty, as could be the case given the requirement to obtain indigenous peoples' free, prior and informed consent to investment plans; and (c) the change is not the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty, a threshold that is not met by the recognition of indigenous peoples' rights within the host State.”)

condiciones para todos los miembros de las Comunidades Indígenas, excluyendo a los actores directamente involucrados. Además, las amenazas de la supervisión internacional y posibles daños hacia su reputación pueden proporcionar un incentivo para que los Estados respeten los derechos de los Indígenas a lo largo del proyecto.

En el hemisferio occidental, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (Declaración de Bogotá) proporciona una base normativa para los derechos humanos en el hemisferio, cumpliendo con un rol similar al de la DUDH. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) instauró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien la Comisión puede investigar denuncias de abusos a los derechos humanos y emitir recomendaciones para cualquier país del hemisferio, la Corte puede emitir fallos vinculantes para los países que han firmado el Pacto de San José.

Como signatario de la Declaración de Bogotá, pero no del Pacto de San José, los Estados Unidos no están dentro de la jurisdicción de la Corte Interamericana.⁴⁶ Por lo tanto, las personas pueden demandar a los Estados Unidos solo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que emite fallos no vinculantes.

⁴⁶ Véase *Decl. Am. de los derechos y deberes del hombre* Res. XXX, Final Act of the Ninth Int'l Conf. of Am. States (Pan Am. Union), Bogotá, Colombia, 2 de mayo del 1948, art. 1, OAS/Ser.L/V/I.4 Rev. 9; Org. of Am. States, Am. Conv. on Hum. Rts., 22 de noviembre del 1969, art. 4, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

⁴⁷ Véase, e.g., *Tagaeri and Taromenane Indigenous Peoples (in Voluntary Isolation) v. Rep. of Ecuador*, Submission, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 12,979 (30 de septiembre del 2020); *Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat Association (Our Land) vs. Argentina*, Merits,

A diferencia de los Estados Unidos, el Ecuador ha ratificado ambos instrumentos. Es por esta razón que si el Ecuador no cumple con un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el caso podría elevarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y resultar en una decisión vinculante.

Los derechos territoriales y culturales de los Pueblos Indígenas deben encontrarse en el centro de futuras negociaciones

Las comunidades Indígenas han defendido reiteradamente sus derechos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose en el Pacto de San José, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales y leyes nacionales.⁴⁷

Proceso y contenido reevaluado

Las primeras leyes de derechos humanos enfatizaban en la autodeterminación, proporcionando a los Pueblos Indígenas una base legal para futuros instrumentos internacionales. Estos instrumentos informan el proceso de negociaciones comerciales: en qué ocasiones los negociadores deben consultar a los grupos Indígenas y bajo qué circunstancias deben dar su consentimiento. También informan en cuanto al contenido de las negociaciones: qué derechos tienen los Pueblos Indígenas y qué

Reparations, and Costs, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 12,094 (6 de febrero del 2020); *Saramaka People v. Suriname*, Interpretation of the Judgement on Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 12,338, (ser. C) No. 185, ¶ 134 (12 de agosto del 2008); *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. the Republic of Nicaragua*, Submission, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 11,577 (4 de junio del 1998).

obligaciones les deben el Estado o las empresas. Si un Estado no cumple con sus obligaciones legales internacionales, los Pueblos Indígenas pueden recurrir a los recursos legales a través del Sistema Interamericano.

El siguiente capítulo explicará el papel de los Pueblos Indígenas en el procedimiento de consulta y el consentimiento, haciendo énfasis en el papel del derecho internacional en el proceso de negociaciones comerciales. El Capítulo 8 se enfocará en la esencia de las negociaciones comerciales, identificando los tipos de derechos y excepciones que los acuerdos comerciales recientes han otorgado a los Pueblos Indígenas.

5. CONSULTA VS CONSENTIMIENTO: LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y SU INTERÉS EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES

Así como el derecho internacional en general ha evolucionado para reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas, también lo ha hecho el derecho comercial específicamente. En el pasado, aun cuando los Pueblos Indígenas participaban en el comercio y se veían afectados por los acuerdos comerciales, a menudo eran excluidos de las negociaciones comerciales.

Desde que Ecuador y Estados Unidos intentaron por última vez forjar un TLC durante el gobierno de Alfredo Palacio (2005-2007), el derecho comercial ha evolucionado para brindar oportunidades para que las comunidades Indígenas se involucren directamente en las negociaciones comerciales. Algunos acuerdos internacionales, constituciones y fallos judiciales requieren la consulta con los Pueblos Indígenas al considerar un acuerdo comercial o de inversión que los impacte. Otros fallos legales requieren de su consentimiento, un obstáculo más alto que la consulta, ya que exige la aprobación de los Pueblos Indígenas, no solo sus aportes.

Participación dentro y fuera de las instituciones

Los Pueblos Indígenas pueden expresar sus intereses participando en instituciones o haciendo política fuera de las instituciones. El involucramiento de Pachakutik en la política electoral (ver Capítulo 3) es un ejemplo de lo

anterior, mientras que las movilizaciones políticas de la CONAIE, especialmente su rechazo a postularse para un cargo antes de 1996 es un ejemplo de este último. Las políticas de la CONAIE, en gran parte fuera de las instituciones, fueron una fuerza importante que atentó contra los esfuerzos pasados para negociar un acuerdo comercial

Si los Pueblos Indígenas sienten que su participación en las instituciones es inadecuada y se ignoran sus aportes, es más probable que recurran a movilizaciones masivas y bloqueos de calles.

La consulta y el consentimiento ofrecen a los Pueblos Indígenas la oportunidad de participar en las instituciones. Si se les impide participar, o si los Pueblos Indígenas consideran que su participación es inadecuada y se ignoran sus aportes, es más probable que recurran a movilizaciones masivas y bloqueos de calles. Estas acciones a menudo conducen a una “relación de confrontación y poca confianza” entre el Estado y los Pueblos Indígenas, según el Tribunal Waitangi de Nueva Zelanda.⁴⁸ Los resultados políticos de las movilizaciones a menudo no son intencionales, los gobiernos sufren en su capacidad para negociar cualquier tratado o legislación y las comunidades Indígenas no pueden aportar a las reformas sin representación institucional.⁴⁹

La participación Indígena a través de instituciones es más predecible que la alternativa. La pregunta principal para las partes interesadas es qué nivel de participación es necesario durante las

⁴⁸ Véase WAITANGI TRIBUNAL, WAITANGI TRIBUNAL REPORT ON THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP (PRE-PUBLICATION VERSION) 56 (2016),

https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/WT/wt_DO_C_104833137/Report%20on%20the%20TPPA%20W.pdf

⁴⁹ Véase 2016 UNHRC Special Rapporteur Report, *supra* nota 5.

negociaciones comerciales: ¿consulta o consentimiento?

Consulta: Las obligaciones del Ecuador bajo la OIT 169

El único instrumento internacional jurídicamente vinculante que garantiza la consulta de los Pueblos Indígenas en las decisiones que afectan su bienestar es el Convenio 169 de la OIT.

Desde que Ecuador ratificó la OIT 169 en 1998, el Estado debe consultar con los Pueblos Indígenas antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar a sus comunidades.⁵⁰ Según el artículo 7 (1), "[I] los Pueblos Indígenas participarán en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que les afecten directamente".⁵¹

En consecuencia, si los funcionarios ecuatorianos no permiten que las comunidades Indígenas participen en las negociaciones direccionadas a un posible TLC, esta decisión podría interpretarse como una violación del Convenio 169 de la OIT.⁵² Aún así, el Convenio 169 de la OIT es algo ambiguo con respecto a las circunstancias en las que la consulta y la participación son obligatorias, y si esta disposición también otorga a las comunidades Indígenas poder de veto sobre las dimensiones relevantes de las negociaciones de libre comercio.

Interpretando estas disposiciones del Convenio 169 de la OIT, la Comisión de Expertos en

Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) explica que hay dos cuestiones centrales:

- (i) Asegurar que las consultas apropiadas se llevan a cabo antes de la adopción de todas las medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los Pueblos Indígenas y tribales directamente; y
- (ii) que inclusive las disposiciones de la legislación que requieren consulta previa como parte del proceso de determinar si las concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales sea n otorgadas.⁵³

El CEACR elaboró la distinción entre consulta y consentimiento en el contexto del Convenio 169 de la OIT, determinando que en la mayoría de los casos, las consultas "no implican un derecho de veto, ni su resultado es necesariamente el logro de un acuerdo o consentimiento".⁵⁴ La única excepción surge en los casos de reubicación: el artículo 16 de la OIT 169 establece que las comunidades Indígenas deben dar su consentimiento libre e informado cuando se les presente un acuerdo para reubicarse en un nuevo territorio.⁵⁵

⁵⁰ Véase OIT 169, *supra* nota 40 en art. 7, 15 y 19.

⁵¹ *Id.* en art. 7.

⁵² Véase Prieto-Ríos & Rivas-Ramírez, *supra* nota 8; véase también ILO 169, *supra* nota 40 en art. 7; *Decl. de la ONU sobre derechos de las comunidades Indígenas*, *supra* nota 41.

⁵³ Comm. de expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones, Observación General, Comunidades Indígenas y Tribales, Int'l Lab. Conf., CEACR-2010-O-S20-GEN (2009).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Sebastiaan Rombouts, *The Evolution of Indigenous Peoples' Consultation Rts. under the OIT and ONU*

Si bien las obligaciones de Ecuador en virtud del Convenio 169 de la OIT no alcanzan el nivel de consentimiento, el gobierno aún debe garantizar que las consultas se basen en un acceso oportuno y completo a la información.

Consentimiento: Un estándar más alto para la participación de las comunidades Indígenas en los acuerdos de comercio

Aunque el Convenio 169 de la OIT requiere la consulta en las decisiones que afectan a los Pueblos Indígenas, no implica el requisito de obtener el consentimiento, a diferencia de otros instrumentos internacionales. Como explica a detalle el siguiente capítulo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (DNUDPI) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la obligación de los Estados de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas cuando se trate de un proyecto que los afecte.

Sin importar el nivel de participación Indígena que requiera un país, la consulta y el consentimiento exigen más que una garantía sobre el papel. La falta de experiencia, la falta de congruencia de la información y la falta de recursos pueden impedir que los Pueblos Indígenas persigan sus intereses en las negociaciones comerciales. Una vez que se

implementa un acuerdo comercial, el acceso deficiente a las redes comerciales puede impedir que los Pueblos Indígenas se beneficien plenamente de la integración económica. Además, si los abusos ocurren una vez que se firma un acuerdo comercial, el Estado debe proporcionar un remedio legal.⁵⁶ En caso contrario, los Pueblos Indígenas deben tener acceso a los tribunales internacionales de derechos humanos para visibilizar sus reclamos.⁵⁷

Implementación en Colombia

Ecuador podría seguir el ejemplo del país vecino, Colombia con respecto a los derechos Indígenas. Colombia ratificó el Convenio 169 en 1991, y la Corte Constitucional de Colombia ha incorporado un requisito de la “consulta apropiada.”

En la sentencia SU-039/97 de 1997, un caso destacado en la región en relación con la consulta con los Pueblos Indígenas, la Corte Constitucional señaló que el gobierno debe equilibrar su interés en el uso sostenible de los recursos naturales con los derechos de las comunidades Indígenas que viven en el áreas explotadas para conservar su identidad cultural, étnica, económica y social.⁵⁸ En consecuencia, el tribunal expresó la necesidad de crear mecanismos de participación de las comunidades en las decisiones que les afecten. La consulta debe tener como objetivo

Regimes: A Comp. Assessment of Participation, Consultation, and Consent Norms Incorporated in OIT Conv. No. 169 and the ONU. Decl. on the Rts. of Indigenous Peoples and Their Application by the Inter-Am. Ct. of Hum. Rts. in the Saramaka and Sarayaku Judgments, 53 STANFORD J. OF INTL. L. 169 (2017).

⁵⁶ Véase generalmente, 2013 ACNUR Special Rapporteur Report, *supra* nota 10.

⁵⁷ Véase generalmente, Daniel M. Brinks, *Access to What? Legal Agency and Access to Justice for Indigenous Peoples*

in Latin Am., 55 J. DEV. STUD. 348-365 (2019), Véase Consejo de Der. Hum, Report especial sobre los derechos de las comunidades Indígenas, ONU DOC A/HRC/42/37 (2019).

⁵⁸ Véase Christian Curtis, *Notes on the Implementation by Latin Am. Cts. of the ILO Conv. 169 on Indigenous Peoples*, 6 INT'L J. ON HUM. RTS. 53 (2009); Colombia, Const. Ct., 13 de agosto del 2002, No. SU-039/97: Derechos Fundamentales de la Comunidad Indígena.

unificar la información intercambiada entre el Estado y las comunidades Indígenas, proporcionando a estas últimas un conocimiento pleno del proyecto y su posible impacto, así como sus ventajas y desventajas.

En 2006, la Corte Constitucional de Colombia amplió esta doctrina al declarar inconstitucional una ley por consulta inadecuada con las comunidades Indígenas y afrocolombianas.⁵⁹ La Corte Constitucional reforzó el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional en Colombia. Este reconocimiento implicó el “deber de generar un proceso de consulta para las comunidades Indígenas y afrocolombianas”.⁶⁰

El reconocimiento por parte de la Corte Constitucional de Colombia de la consulta como un requisito y su énfasis en la participación temprana, la toma de decisiones informada y la necesidad de equilibrar el interés del Estado en el desarrollo sostenible con los derechos de los Pueblos Indígenas influyó en la decisión posterior de muchos países de adoptar medidas libres, previas y consentimiento informado como estándar para la participación Indígena.

⁵⁹ Véase Courtis, *supra* nota 58; Colombia, Const. Ct. 23 de enero del 2008, No. C-030/08: Convenio 169 de la Org. Internacional del Trabajo (OIT).

⁶⁰ Courtis, *supra* nota 58.

6. CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO (CLPI)

Los instrumentos legales internacionales reconocen progresivamente la obligación de los Estados de obtener el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los Pueblos Indígenas en asuntos que impactarán significativamente su bienestar. Esta tendencia se basa en la opinión de que la consulta no es suficiente, particularmente cuando la información y los recursos asimétricos pueden afectar las negociaciones comerciales en detrimento de los intereses de los Pueblos Indígenas.⁶¹

La pregunta principal para las partes interesadas es qué nivel de participación es necesario durante las negociaciones comerciales: ¿consulta o consentimiento?

CLPI en derecho internacional

Las Naciones Unidas lideraron la tendencia hacia la aprobación del CLPI en 2007, aprobando la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI).⁶² Además de reconocer la identidad única de las comunidades Indígenas, la DNUDPI declaró que “los Estados consultarán y cooperarán de buena fe con los Pueblos Indígenas interesados a través de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar e

implementar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos”.⁶³

La Organización de los Estados Americanos (OEA) se sumó a la tendencia a favor del CLPI en 2016, aprobando la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁶⁴ La declaración de la OEA dispuso que los Estados, con la participación plena y efectiva de los Pueblos Indígenas, deben adoptar medidas para asegurar que los acuerdos y regímenes nacionales e internacionales otorguen el reconocimiento y la protección adecuada al patrimonio cultural de los Pueblos Indígenas y a la propiedad intelectual asociada con este. La declaración establece que las consultas deben tener como objetivo obtener el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas.

Elementos del CLPI

Cada uno de los elementos del consentimiento libre, previo e informado es significativo. El consentimiento es libre cuando los Pueblos Indígenas no son presionados ni intimidados. El consentimiento es previo cuando las comunidades tienen tiempo suficiente para evaluar un proyecto y comprender sus implicaciones antes de otorgar su aprobación. Y el consentimiento es informado cuando todas las partes interesadas tienen acceso a detalles claros sobre un proyecto en el idioma local, incluyendo sus posibles impactos, tanto positivos como negativos.⁶⁵ El elemento final del CLPI, el consentimiento, es el más controvertido entre las partes interesadas.

⁶¹ SEBASTIAAN ROMBOUITS, HAVING A SAY: INDIGENOUS PEOPLES, INT’L LAW AND FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT 164-166 (2014), citando NEIL MANSON & ONORA O’NEILL, RETHINKING INFORMED CONSENT IN BIOETHICS (2007).

⁶² O.N.U. Alimentos y Agricultura, Consentimiento libre, previo e informado— AN INDIGENOUS PEOPLES’ RT. AND A

GOOD PRACTICE FOR LOCAL COMMUNITIES (2016) [posteriormente FAO Report on FPIC]; G.A. Res. 61/295 (13 de septiembre del 2007).

⁶³ *Decl. de la ONU sobre derechos de las comunidades Indígenas, supra* nota 41 en art. 19.

⁶⁴ *Am. Decl. de la ONU sobre derechos de las comunidades Indígenas, supra* nota 17.

⁶⁵ *FAO Report on FPIC, supra* nota 63 en 15-16.

Consentimiento y poder de veto

Las instituciones internacionales, los juristas y los líderes de las comunidades Indígenas generalmente están de acuerdo en que el consentimiento presenta más dificultades que la consulta. Sin embargo, difieren en cuanto a qué tan altos son los estándares de los requisitos de CLPI de la DNUDPI.

En el extremo inferior del espectro, el Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha aclarado que “la declaración no dice que las personas Indígenas tienen derecho de ocultar su consentimiento. Dice que los Estados consultarán a los Pueblos Indígenas con el objetivo de recibir su consentimiento”.⁶⁶ De acuerdo con esta perspectiva, DNUDPI puede ser más exigente que los requisitos previos para consultar con las comunidades Indígenas, pero sólo porque espera que los negociadores aspiren de manera activa a obtener su consentimiento.

Adicionalmente, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que la resolución CLPI DNUDPI incluye el “derecho a decir sí y no” a un proyecto o legislación propuesta.⁶⁷ Sin embargo, ninguna de

las principales instituciones internacionales que apoyan la aplicación del CLPI a los Pueblos Indígenas (por ejemplo, la Asamblea General de la ONU, el Secretario General de la ONU, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los órganos de tratados de la ONU y la Corte Americana de Derechos Humanos) clasifica al CLPI como un veto.⁶⁸ En cambio, estas instituciones consideran al consentimiento como un acto de equilibrio entre los derechos de los Pueblos Indígenas y “los principios de justicia, democracia, respeto por los derechos humanos, no discriminación, buen gobierno y buena fe”.⁶⁹

Finalmente, algunas de las partes interesadas consideran que el consentimiento es equivalente a un veto. En 2007, mientras Canadá consideraba la posibilidad de ratificar la DNUDPI, el gobierno del país manifestó la preocupación de que el CLPI pueda interpretarse como un derecho de veto.⁷⁰ Casi una década después, luego de que el país ratificara la declaración, la líder comunitaria de las Primeras Naciones Pam Palmater dijo a la radio CBC que el CLPI “está garantizado en la ley y de hecho es un veto”, lo que provocó un debate en el parlamento canadiense.⁷¹ Sin embargo, la opinión de

⁶⁶ *ONU Envoy Accused of “Publicity Stunt” Promises “Constructive” Advice for Harper Government on Aboriginal Issues*, NAT’L POST (25 de enero del 2015), <https://nationalpost.com/news/canada/un-envoy-accused-of-publicity-stunt-promises-constructive-advice-for-harper-government-on-aboriginal-issues>.

⁶⁷ Hum. Rts. Council, *Free, Prior and Informed Consent: A Hum. Rts.-Based Approach: Study of the Expert Mechanism on the Rts. of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/HRC/39/62 (10 de Agosto del 2018), para. 7; véase también, U.N. Gen. Assembly, *Hum. Rts. and Transnat’l Corp. and Other Bus. Enterprises: Note by the Sec’y-Gen, Report of the Working Group on the Issue of Hum. Rts. and Transnat’l Corp. and Other Bus. Enterprises*, UN Doc. A/71/291 (4 de Agosto del 2016), para. 71.

⁶⁸ PAUL JOFFE, “VETO” AND “CONSENT” – SIGNIFICANT DIFFERENCES 5 (30 de agosto del 2018), <https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2018/10/Veto-and-Consent-Significant-differences-Joffe.pdf>.

⁶⁹ PAUL JOFFE, “VETO” AND “CONSENT” – SIGNIFICANT DIFFERENCES 10 (30 de agosto del 2018), <https://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2018/10/Veto-and-Consent-Significant-differences-Joffe.pdf>; O’Neil 2013); *Decl. de la ONU sobre derechos de las comunidades Indígenas*, supra nota 41 en art. 46(3).

⁷⁰ Ken S. Coates & Blaine Favel, *Understanding FPIC 9* (MacDonald-Laurier Inst., Aboriginal Canada and the Natural Resource Econ. Series, abril del 2016).

⁷¹ Canada, Parliament, House of Commons Debates, 42nd Parl, 1st Sess, Vol 148, No 257 (5 de febrero del 2018) en 1105 (Hon M Strahl).

Palmater es respaldada por pocos académicos legales o fallos judiciales.⁷²

Consideraciones políticas de CLPI

La UNDRIP y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no son vinculantes, pero los gobiernos pueden tener razones morales o políticas para favorecer al CLPI sobre la consulta.⁷³ Primero, las dos declaraciones tienen una fuerza normativa significativa: 143 países han ratificado la UNDRIP y 23 países (de 35 en el hemisferio occidental) han ratificado la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷⁴ Ecuador ha ratificado ambos.

En segundo lugar, aunque el consentimiento es un obstáculo más difícil que la consulta, el apoyo explícito de las comunidades indígenas a un acuerdo comercial también puede dotarlo de legitimidad.

El apoyo de los Pueblos Indígenas será un factor importante a favor de un posible acuerdo comercial en Ecuador durante la etapa de ratificación dado el papel de Pachakutik, un partido liderado por indígenas, como el segundo bloque más grande dentro del cuerpo legislativo. (ver Capítulo 3).

El siguiente capítulo explica el papel del CLPI en la Constitución ecuatoriana.

⁷² Coates & Favel, *supra* nota 71 en 7-8, 20.

⁷³ Véase Goff, *supra* nota 24; véase también U.N. Econ. and Soc. Council, Perm. Forum on Indigenous Issues, Fourth Session, Report of the Int'l Workshop on Methodologies Regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples, 17 de febrero del 2005, O.N.U Doc. E/C.19/2005/3, en ¶¶ 46– (incorporando los “elementos de un entendimiento

común del consentimiento libre, previo e informado” y estableciendo que “la consulta y participación son componentes cruciales de un proceso para adquirir consentimiento”).

⁷⁴ *Decl. de la ONU sobre derechos de las comunidades indígenas*, *supra* nota 41; Am. Decl sobre derechos de las comunidades indígenas, *supra* nota 17.

7. EL CLPI EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

Ecuador ha incorporado gran parte de la jurisprudencia internacional en torno al CLPI en su legislación nacional, principalmente a través de reformas constitucionales en 1998 y 2008.

La Consulta: Reforma Constitucional de 1998

En 1998, el gobierno de Ecuador adoptó una nueva Constitución. Si bien las reformas no se relacionaron exclusivamente con las demandas de los Pueblos Indígenas, afectaron fundamentalmente el papel de los Pueblos Indígenas en la sociedad ecuatoriana. La Constitución de 1998 incorporó el Convenio 169 de la OIT a la ley ecuatoriana, y el artículo 84 requiere la consulta previa sobre los planes para prospectar y explotar recursos no renovables en tierras Indígenas.⁷⁵ El artículo también estipula que los Pueblos Indígenas recibirán una indemnización por los daños socioeconómicos que les hayan causado.⁷⁶

Ecuador ha incorporado gran parte de la jurisprudencia internacional en torno al consentimiento libre, previo e informado en su derecho interno.

La Corte Constitucional de Ecuador reafirmó esta disposición en litigios posteriores. En el caso 2002 *Arcos v. Dirección Regional*

⁷⁵ Constitución de la República de Ecuador, 1998.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Véase Courtis, *supra* nota 58; Ecuador, Const. Ct. 13 de Agosto del 2002, No. 170-2002-RA: Claudio Arcos v. Mueckay Regional Bureau of Mines of Pichincha: Regional Director.

de Minería una, la Corte considera una demanda de amparo para la comunidad Chachi Indígena y la comunidad afrodescendiente de la provincia de Esmeraldas. El gobierno ecuatoriano otorgó una concesión a una empresa minera privada para prospectar, explorar, explotar y comercializar minerales en Esmeraldas. La Corte Constitucional determinó que el gobierno y la empresa minera habían violado los derechos colectivos de las comunidades negras e Indígenas al ignorar el requisito de consulta previa y al no realizar una evaluación de impacto ambiental.⁷⁷

En 2006, el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas concluyó que el gobierno ecuatoriano no había respetado muchos de los derechos consagrados en la constitución de 1998 en la legislación posterior.⁷⁸

El Consentimiento: Reforma Constitucional de 2008

Cuando el presidente Rafael Correa promulgó una nueva constitución en 2008, solo una década después de la última serie de reformas, se abordaron algunas de las preocupaciones de los Pueblos Indígenas. La Constitución de 2008, que sigue vigente hoy, incluye un capítulo sobre la “Derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades”.⁷⁹ El artículo 57 incluye el “derecho al consentimiento libre, previo e informado” y señala específicamente que “en caso de que s donde el consentimiento no se logra

⁷⁸ Véase Hum. Rts. Council, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Hum. Rts. and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Rodolfo Stavenhagen, Addendum: Mission to Ecuador, U.N. DOC A/HRC/4/32/Add.2 (2007).

⁷⁹ Constitución de la República de Ecuador, 2008, Ch. IV

de la comunidad que se consultó, entonces el proceso se ajuste a la Constitución y la ley”.⁸⁰

Las partes interesadas en Ecuador continúan emitiendo interpretaciones contrapuestas de las obligaciones constitucionales del Estado.

Los esfuerzos posteriores para incluir disposiciones sobre CLPI en las leyes de hidrocarburos y minería de Ecuador han encontrado resistencia por parte de la CONAIE.⁸¹ Del mismo modo que la definición del consentimiento libre, previo e informado se disputa a nivel internacional, los interesados en Ecuador continúan emitiendo competir interpretaciones de las obligaciones constitucionales del Estado y reflejan diferentes puntos de vista sobre la manera de incorporar dichas obligaciones de a ley.

CLPI en la práctica

En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló a favor del pueblo Sarayaku en *Sarayaku v. Ecuador*, encontrando que “las consultas deben realizarse de buena fe... *con el objetivo* de lograr un acuerdo o consentimiento”.⁸² El incumplimiento de este

estándar por parte del Estado antes de conceder el permiso de exploración y explotación a una petrolera Argentina equivalía a una violación del derecho de propiedad y la identidad cultural contra el pueblo Sarayaku en virtud del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸³ Por lo tanto, se requirió que el gobierno de Ecuador adoptara medidas legislativas para reconocer y proteger plenamente el derecho de los Pueblos Indígenas al CLPI. Aunque el gobierno adoptó algunas medidas, estas no cumplieron plenamente con los requisitos del dictamen internacional. Como resultado, en noviembre de 2019, representantes del pueblo Sarayaku interpusieron una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador.⁸⁴ El caso se encuentra pendiente a julio de 2021.

⁸⁰ “Consentimiento libre, previo e informado” Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 57.

⁸¹ Toa Maldonado Ruiz, CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO EN EL ECUADOR: APORTES AL MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 6-10, DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR (marzo del 2018); *ver también*, Flavia Milano & Andrea Sanhueza, PUBLIC CONSULTATIONS WITH CIVIL SOCIETY: GUIDELINES FOR PUBLIC AND PRIVATE EXECUTING AGENCIES 109-133, INTER-AM. DEV. BANK (2016), <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Public-Consultations-with-Civil-Society-Guidelines-for-Public-and-Private-Executing-Agencies.pdf>

⁸² Kichwa Indigenous People of Sarayaku and its Members v. Ecuador, Official Summary of the Merits and

Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 12,465 (ser. C) No. 245 (27 de junio del 2012), 6. Enfatizado agregado.

⁸³ Am. Conv. on Hum. Rts., *supra* nota 46.

⁸⁴ Véase Kichwa Indigenous People of Sarayaku and its Members v. Ecuador, Merits and Reparations, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R., Case No. 12,465 (ser. C) No. 245 (27 de junio del 2012); *véase también*, *El pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku regresa a la Corte Constitucional ecuatoriana para garantizar que se implemente el fallo de la Corte Interamericana*, CTR. FOR JUSTICE AND INT’L LAW, <https://cejil.org/en/pueblo-indigena-kichwa-sarayaku-regresa-corte-constitucional-ecuatoriana-garantizar-que-se>.

8. PROTECCIÓN A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LOS ACUERDOS COMERCIALES RECIENTES

La participación de los Pueblos Indígenas en los acuerdos comerciales va más allá de su consulta o consentimiento durante las negociaciones. Los intereses de los Pueblos Indígenas también están presentes en la materia de los acuerdos, especialmente cuando se trata de brindar protecciones explícitas a los derechos Indígenas. La historia del Acuerdo Transpacífico (TPP) y los acuerdos entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC) ofrecen un contexto para los tipos de disposiciones relacionadas con los derechos Indígenas que pueden incluir los acuerdos comerciales modernos.

El Acuerdo Transpacífico (TPP)

En 2015, 12 países de América, Asia y Oceanía firmaron el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), un pacto comercial multilateral propuesto. De los países signatarios, 11 tienen poblaciones Indígenas importantes que han expresado su preocupación por la falta de protección legal y recursos judiciales.⁸⁵ Estas comunidades Indígenas también han criticado lo que consideran una consulta insuficiente durante el proceso de negociación.

El TPP perdió impulso cuando Estados Unidos se retiró de las negociaciones en 2017, pero varios firmantes reanudaron las conversaciones, con la

promesa de un acuerdo comercial que podría satisfacer sectores que se sentían excluidos de la primera serie de negociaciones. El resultante Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP), firmado en Santiago de Chile, en 2018, fue el primer acuerdo comercial regional en reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas en su preámbulo.⁸⁶ :

Las Partes de este Acuerdo “[...] reafirman la importancia de promover la responsabilidad social empresarial, la identidad y diversidad cultural, la protección y conservación del medio ambiente, la igualdad de género, los derechos de los Indígenas, los derechos laborales, el comercio inclusivo, el desarrollo sostenible y los conocimientos tradicionales, así como como la importancia de preservar su derecho a regular en el interés público”.⁸⁷

Los Estados parte del CPTPP incluyeron exclusiones y protecciones para sus comunidades Indígenas. Canadá, por ejemplo, ha liderado discusiones durante más de una década sobre exclusiones y excepciones para sus Pueblos Indígenas (las Primeras Naciones y los Métis en particular).⁸⁸ Nueva Zelanda defendió con éxito una cláusula de excepción del Tratado de Waitangi, que permite un trato preferencial para los Maoríes (los Pueblos Indígenas de Nueva Zelanda) y garantiza que los derechos sustantivos que los maoríes disfrutaban actualmente en virtud

⁸⁵ UNCTAD, EXPLORING NEW TRADE FRONTIERS: THE POLITICAL ECON. OF THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP, art. 29.6, UNCTAD/WEB/DITC/2016/3, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdite2016d3_en.pdf.

⁸⁶ Véase Schwartz & Whiteduck, *supra* nota 23.

⁸⁷ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Preamble.

⁸⁸ Véase Puig, *Int'l Indigenous Econ.L.*, *supra* nota 9.

del Tratado de Waitangi de 1840 estará protegido por el CPTPP.⁸⁹

El Tratado México-EE. UU.-Canadá

El T-MEC surgió luego de la presión de las partes interesadas estadounidenses, incluido el presidente Donald Trump, para renegociar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), originalmente firmado en 1992. La brecha de 26 años entre la ratificación del TLCAN y la ratificación del T-MEC proporcionó un tiempo esencial para el desarrollo del discurso y la política en torno a los derechos de los Pueblos Indígenas y, por lo tanto, permitió a los gobiernos determinar cómo las perspectivas Indígenas podrían encajar en las negociaciones comerciales con socios internacionales.

Perry Bellegarde, Jefe Nacional de la Asamblea de Primeras Naciones (Canadá), ha llamado al T-MEC “el acuerdo comercial internacional más inclusivo para los Pueblos Indígenas hasta la fecha”.⁹⁰ Por primera vez en un acuerdo comercial que involucra a los Estados Unidos, el preámbulo reconoció “la importancia de una mayor participación de los Pueblos Indígenas en el comercio y la inversión”.⁹¹ Además, el T-MEC es el primer acuerdo que incluye una Excepción General que protege los derechos de las

comunidades Indígenas en todos los países signatarios.⁹²

Perry Bellegarde, Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones (Canadá), ha calificado al T-MEC como “el acuerdo comercial internacional más inclusivo para los Pueblos Indígenas hasta la fecha.”

La Excepción General incluida en el Artículo 32.5 establece que los compromisos con las reglas comerciales no pueden sobreponerse o interferir con las obligaciones legales para con los Pueblos Indígenas. Esta excepción tiene como objetivo proteger los intereses de las comunidades Indígenas en los acuerdos comerciales internacionales proporcionando a los gobiernos un mecanismo para adoptar y mantener las medidas necesarias para proteger los derechos legales de los Pueblos Indígenas:⁹³

Siempre que dichas medidas no se utilicen como un medio de discriminación arbitraria o injustificada contra personas de las otras Partes o como una restricción encubierta al comercio de bienes, servicios e inversiones, nada en este Tratado impedirá que una Parte

⁸⁹ Kawharu, *supra* nota 8.

⁹⁰ Véase Jorge Barrera, *New trade agreement a 'step up' from NAFTA on Indigenous rights*, CBC (1 de octubre del 2018), <https://www.cbc.ca/news/indigenous/usmca-trade-deal-indigenous-rights-1.4846073>; véase también Schwarz & Whiteduck, *supra* nota 23; Schwarz, *supra* nota 13.

⁹¹ The United States-Mexico-Canada Agreement, U.S.-Mex.-Can., art. 20, 1 de octubre del 2018, [posteriormente USMCA]. Véase Avery Ruxer Franklin, *USMCA features new policies for the US*, RICE U., NEWS AND MEDIA RELATIONS, OFF. PUBLIC AFF. (22 de mayo del 2020),

<https://news.rice.edu/2020/05/22/usmca-features-new-policies-for-the-us-2/>; Véase también David A. Gantz, *The USMCA: Carryover Provisions from NAFTA*, BAKER INST. PUB. POLICY (18 de marzo del 2020), <https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/ae234e02/b-i-report-031820-mex-usmca-9.pdf>.

⁹² Schwarz, *supra* nota 13.

⁹³ Gov't of Canada, *Int'l Trade Agreements and Indigenous Peoples: The Canadian Approach* (17 de noviembre del 2020), https://www.international.gc.ca/trade-commerce/indigenous_peoples-peuples_autochtones/approach-approche.aspx?lang=eng [posteriormente The Canadian Approach].

adopte o mantenga una medida que considere necesaria para cumplir con sus obligaciones legales con los Pueblos Indígenas.

La cláusula “siempre que tales medidas no se utilicen como un medio de discriminación arbitraria o injustificada... o como una restricción encubierta al comercio” presenta un desafío a los negociadores. Por un lado, aquellos que buscan mantener los aranceles u otras restricciones para el beneficio económico podrían encubrir sus motivaciones en un deseo de proteger los derechos Indígenas. Por otro lado, las corporaciones que enfrentan la oposición honesta de las comunidades Indígenas pueden argumentar que los derechos Indígenas son simplemente un encubrimiento a la restricción comercial.⁹⁴ El T-MEC no ofrece respuestas fáciles sobre cómo adjudicar estos casos.

Además de insertar protecciones para los Pueblos Indígenas en el T-MEC, Canadá ha buscado maximizar el beneficio que los Pueblos Indígenas pueden recibir de la integración económica. El país ha sido pionero en mecanismos para conectar a los Pueblos Indígenas y las empresas con los mercados internacionales. El T-MEC también incluye disposiciones para los Estados Unidos, Canadá y México para cooperar a través de las fronteras para avanzar los intereses Indígenas relacionados con el comercio y promover las empresas pequeñas y medianas de propiedad Indígena.⁹⁵

Lecciones para las relaciones EE.UU.- Ecuador

El CPTPP y el T-MEC demuestran que los acuerdos comerciales pueden incluir disposiciones para proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, así como maximizar sus ganancias del comercio, siempre que exista una consulta adecuada con los representantes de las comunidades Indígenas.

Los negociadores de un acuerdo comercial entre Estados Unidos y Ecuador pueden considerar dedicar un capítulo específicamente a los derechos Indígenas, aumentar la productividad de las comunidades Indígenas para complementar la liberalización del comercio, e incorporar cuotas o disposiciones contractuales preferenciales para los beneficios Indígenas.

En el capítulo final, ofrecemos recomendaciones a los encargados de formular políticas basadas en nuestro análisis de la relación entre los Pueblos Indígenas y el comercio.

⁹⁴ Tina Ngata, *Lessons from Aotearoa: The indigenous “exception” clause in free trade agreements*, BILATERALS.ORG (20 de febrero del 2019), <https://www.bilaterals.org/?lessons-from-aotearoa-the&lang=es>

⁹⁵ The Canadian Approach, *supra* nota 94.

9. RECOMENDACIONES

El Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha manifestado que “es posible desarrollar un sistema de derecho internacional de inversiones que respete y considere los derechos de los Pueblos Indígenas, sirva para beneficiarlos a ellos y al Estado y, mismo tiempo, brinde una mayor seguridad de inversión a los inversionistas extranjeros”.⁹⁶ La actividad comercial puede ser compatible con los derechos de los Pueblos Indígenas, siempre y cuando las futuras negociaciones comerciales tengan en cuenta a las comunidades Indígenas tanto en el proceso de negociación como durante la ejecución del acuerdo.

De acuerdo con la investigación realizada para este trabajo, se pueden sugerir las siguientes recomendaciones:

1. Los gobiernos deben involucrar a las comunidades Indígenas locales desde el comienzo del desarrollo de un acuerdo comercial. Esto legitimará el acuerdo y generará adhesión por parte de las comunidades Indígenas involucradas.
2. Las negociaciones comerciales deben considerar los intereses territoriales y culturales Indígenas como un asunto primordial en las negociaciones comerciales. Los negociadores deben entender la percepción histórica de que los acuerdos comerciales han priorizado los derechos de inversionistas y corporaciones por encima de los derechos de las comunidades Indígenas.
3. Las comunidades Indígenas deben ser incluidas en las negociaciones a través de procesos de participación transparentes y confiables que aborden sus necesidades y aspiraciones. La participación Indígena en las negociaciones no solo evitará conflictos, sino que también fortalecerá las relaciones entre los representantes Indígenas y los representantes del sector empresarial, cimentando una base inclusiva que perdurará después de finalizadas las negociaciones comerciales.
4. Durante las primeras etapas de las negociaciones, las Partes deben determinar si el principal interés para Ecuador y Estados Unidos es el comercio o la inversión, o si ambos son igualmente importantes. Si el comercio es la prioridad, entonces los negociadores pueden considerar disociar el comercio de la inversión. Esta decisión permitiría a Ecuador y Estados Unidos avanzar primero en un acuerdo comercial independiente, evitando y postergando el tema de la inversión, la razón principal de oposición Indígena, para encuentros futuros.
5. La fuerte presencia política de Pachakutik en la Asamblea Nacional de Ecuador probablemente influya en el proceso de negociación y la esencia de un acuerdo

⁹⁶ Informe del Relator Especial de la CIDH del 2016, *supra* nota 5. En general, los avances recientes de los derechos Indígenas y el reconocimiento que los Estados ahora les otorgan han allanado el camino para una nueva era de acuerdos comerciales. Las comunidades Indígenas ahora pueden beneficiarse siendo parte interesada en los acuerdos comerciales, defendiendo sus intereses y al mismo tiempo asegurando los beneficios de participar en una vasta red comercial global libre de aranceles o barreras.

comercial. Por lo tanto, los negociadores deben considerar el papel de Pachakutik y otras organizaciones Indígenas como CONAIE.

6. Las partes deberían considerar, al momento de celebrar un acuerdo comercial, agregar un capítulo específico que aborde los derechos de los Pueblos Indígenas.
7. Las partes involucradas en las negociaciones de los acuerdos comerciales deben evaluar la integración de los productos Indígenas locales al comercio internacional mediante la asignación de una cuota predefinida para los productos Indígenas o la incorporación de cláusulas que ofrezcan contratos preferenciales a las empresas Indígenas.
8. Las partes deben implementar medidas de políticas públicas, prácticas y factibles. Dichas políticas deben desarrollar capacidades productivas para fortalecer la actividad económica en las comunidades Indígenas permitiendo que se conviertan en entidades productivas exportador.