

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

**TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA: “ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA CONSULTA
PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO PREVIO INFORMADO COMO
MECANISMO EFECTIVO EN LA TOMA DE DECISIONES
AMBIENTALES”**

AUTOR: LUIS MANUEL STACEY C.

DIRECTOR: AB. FRANCISCO BUSTAMANTE ROMO LEROUX

QUITO-ECUADOR

2011

CERTIFICACIÓN

Yo, Luis Manuel Stacey C. portador de la cédula de ciudadanía No. 1709740599 egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la UIDE, declaro que soy el autor exclusivo de la presente investigación y que esta es original, autentica y personal mía. Todos los efectos académicos y legales que se desprenden de la presente investigación, serán de mi sola y exclusiva responsabilidad.

Firma del Autor

Fecha: 22 de julio de 2011

DEDICATORIA

A mi padre, el Dr. Carlos M. Stacey Ch, con profundo amor, respeto y admiración por su guía en la enseñanza del Derecho y de la vida, fuente de inspiración que llevaré imborrable por el resto de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos quienes han colaborado en esta tarea. Especialmente a mis padres y mi hermana por su incondicional cariño y apoyo, a mi director, el Ab. Francisco Bustamante Romo Leroux con su asesoría, dirección y paciencia, al Dr. Marcelo Mata Guerrero por su enseñanza y amistad, y a todos mis compañeros que han sido parte de la vida durante mi carrera universitaria.

SÍNTESIS

El Principal objetivo de este estudio es el análisis comparativo de la Consulta Previa y el Consentimiento Previo, Libre e Informado como mecanismo en el proceso de consulta y participación ambiental. En este tema, los puntos de vista entre la doctrina y la jurisprudencia han sido muy variados, diversos y opuestos. Entre las posiciones se encuentran aquellos que manifiestan que a través de la historia los pueblos indígenas han sido sujetos de discriminación y marginación en la toma de decisiones. Con la vigencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se ha reconocido los Derechos Colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas que garantizan los derechos de uso, goce, administración y conservación de los recursos naturales renovables y la consulta previa de los proyectos de exploración y explotación de los recursos no renovables por parte de las empresas privadas o el Estado que puedan generar afectaciones o impactos ambientales, y su participación como beneficiarios de dichos proyectos.

Por otro lado se encuentra la posición de que los pueblos y nacionalidades indígenas han aprovechado de la llamada consulta previa para manipular y cambiar el espíritu de las leyes que los garantizan como pueblos indígenas ancestrales, solicitando grandes indemnizaciones en contra a las empresas extractivas y el Estado, con la justificación de que dichos pueblos y nacionalidades están amparados y garantizados por dicha legislación nacional e internacional y especialmente por los tratados de Derecho Humanos, derechos inherentes del hombre. Esta posición plantea que así como los pueblos y nacionalidades indígenas que forman parte de un país están garantizados en dichos instrumentos internacionales de derechos humanos, también deben ofrecer el apoyo suficiente al Estado

y a las empresas privadas en la exploración y explotación de los recursos no renovables para el desarrollo económico, social y cultural de la nación.

Con estos antecedentes este trabajo de titulación está motivado en la búsqueda de un mecanismo de toma de decisiones que bien utilizado y planteado puede llegar a ser el puente que una y garantice el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, así como de las empresas privadas y el Estado. Los límites que tiene la consulta previa sobre los derechos de los pueblos indígenas y como resultado de la investigación y análisis, ofrecer un planteamiento claro de cómo se deben llevar las relaciones con las comunidades indígenas en la toma de decisiones ambientales.

Además este trabajo de investigación pretende destacar los beneficios de la aplicación de la consulta previa a través del consenso de las comunidades de manera veraz y efectiva y no como un mero formalismo jurídico en la toma de decisiones ambientales.

Por último, se destaca que el espíritu de este estudio es dar paso a una cultura de entendimiento entre los actores en la toma de decisiones en la llamada consulta previa de las comunidades indígenas del Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La inercia, inmovilidad mental y perturbaciones de una nación subdesarrollada, que condensa teorías económicas liberales y el fracaso de las hipótesis y teorías abstractas del socialismo radical que azotó al mundo durante décadas, son culpables de la descomposición social de la época. Se ha visto últimamente que un grupo de jóvenes, iniciaron la aventura de recopilar fugazmente, algunas nociones espectaculares de principios y sentimientos socialistas que ahora llaman el socialismo de siglo XXI, entre las que cuentan, la participación directa y personal de una colectividad, mediante la consulta y la legitimación de los poderes del Estado, en una restructuración ideológica, con un ideal social de desarrollo y progreso que, según ellos no es susceptible de distorsiones y especulación.

Este concepto de participación de las comunidades, ha creado procedimientos de movilidad administrativas y jurídicas, por un lado la llamada Consulta Previa en el Ecuador y por otro el Consentimiento Previo Libre e Informado en países del extranjero, para consagrar sus atributos de toma de decisiones, que persiguen el mismo fin, el bien común. En este trabajo se pretende la búsqueda de un mecanismo efectivo para la toma de decisiones ambientales, en el que, llegando a acuerdos entre los grupos de poder dominantes, se puedan establecer los métodos más adecuados con la realidad económica, social y cultural de nuestro país.

Existen varios temas, que se van a tratar en este estudio que serán, diversos y opuestos y en todos ellos, existe un denominador común llamado participación social. La participación social es la base de nuestro estudio, ya que conlleva la administración y la convivencia entre los llamadas grupos de poder dentro de una sociedad.

Desde la época de nuestros antepasados, las comunidades de muchos países que ya conocían este proceso llamado participación social, han sido los actores y protagonistas, ya sea directa o indirectamente a través de representantes elegidos por estos, como en el caso de las asambleas o en otros casos más occidentales, la elección directa del Presidente de una nación. En muchos de los procesos de participación, las comunidades han sido sujetos de marginación y discriminación, por la ausencia de un mecanismo jurídico, que enlace el pensamiento de las comunidades, en la toma de decisiones cuanto estas sean afectadas, y que al mismo tiempo, regule la explotación de los recursos no renovables y el correcto manejo de los recursos renovables.

En nuestro país la administración de los recursos no renovables, ha significado una lucha constante entre la población afectada, el Gobierno, y las empresas petroleras por ejemplo, en el afán de consensuar una estrategia racional, que sincronice la tecnología utilizada por las empresas para la producción con el respeto a las garantías constitucionales, de tal manera que, los considerandos de inclusión social, estén debidamente previstos en los programas y proyectos de explotación, así como la protección del medio ambiente en las zonas en las que habitan dichas colectividades que en muchos casos, requieren de una protección especial por parte del Estado y la garantía de una legislación Nacional o Internacional, que promueva el desarrollo de los pueblos dentro de estas áreas para su inclusión dentro de la sociedad.

Es por esta razón que en primer lugar se estudiará el tema de las áreas afectadas como punto de partida debido a los innumerables casos que han sido fuente de debate para la creación o reforma de una legislación de Participación Ambiental. De acuerdo a la doctrina “la mayoría de los territorios afectados, se encuentran bajo regímenes de propiedad

comunitaria, con linderos indeterminados, es decir, en su mayoría, por disposiciones legales generales, son de propiedad Estatal o corresponden a posesiones comunales cuyos miembros ejercen, comportamientos usos y costumbres tradicionales, dentro de aquellos espacios afectados, obligando a que los actores de esos mundos de existencia y vida natural, armonicen con sus intereses económicos y sociales, mediante regulaciones radicales para el uso y explotación de esos ambientes; fiscalizaciones e intervenciones de control forzosas de los Gobiernos y vigilancia particular de las comunidades y la población en general”¹. La armonía entre los indicados actores, para la explotación y control territorial y principalmente para la organización de la colectividad, dependerá de la claridad y limpieza de las alianzas estratégicas pactadas por la sociedad y los gobiernos, de tal manera, que los recursos naturales o ambientales, se respeten, mantengan o restablezcan intactos a su estado original.

En el transcurso de los años, la conservación y administración de los recursos naturales, ha dependido de diferentes factores como; las necesidades humanas, del desarrollo de las colectividades para la dotación de alimentos y espacios colonizables para la convivencia social urbana y rural. La sobreproducción de excedentes locales, de mercancías necesarias para la subsistencia de las personas, lanzadas por los medios de comunicación al mercado mundial, con propuestas ingeniosas; el avance vertiginoso de dichos medios de comunicación, radio, televisión, medios electrónicos, internet, teléfonos celulares etc., que redujeron las distancias y espacios territoriales, provocaron la globalización de los movimientos sociales, los valores culturales, científicos, la industria y el comercio

¹ GRAZIA BORRINI, SANDRA LOOR-VELA, THORA AMEND, CHRISTIANE MONSIEUR, ROSA CUPERTINO, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Manejo Participativo de Áreas Protegidas World Conservation Union, IUCN Social Policy Group, 1997, pg. 4

internacional, volvieron vulnerables y de constante atractivo, la explotación de los limitados sectores estratégicos de recursos naturales de uso sustentable, realidad que impone la integración jurídica de territorios y comunidades, para la racionalización con disposiciones claras y forzosas, que los protejan. Si hablamos de América Latina la premisa de la conservación de recursos es la integración efectiva de las poblaciones y comunidades mediante acuerdos bilaterales. Esta base de integración es uno de los aspectos más importantes para el mejoramiento de los medios de vida de las comunidades y poblaciones, que forman parte de los proyectos y programas en la actual explotación de recursos antes citados.

GRAZIA BORRINI², expresa que “La alianza entre los sujetos de participación, es la forma más viable, para llegar a una correcta administración de los recursos, la agencia responsable, debería empezar considerando cuales son los recursos que están disponibles para apoyar el proceso, explorar y establecer un régimen de manejo participativo que en muchos de los casos no es fácil ni barato”. Es decir que para ingresar a un proceso de participación los sujetos deben formar un acuerdo que establezca los parámetros económicos y sociales dentro del territorio que será consultado y su nivel de participación. También establece que en dicho proceso, el equipo debería incluir al personal a cargo de la planificación del manejo, los asuntos legales y la relación con la gente local, creando proyectos de conservación, para evitar la “desconfianza cultural” que muchas veces destruye la comunicación y las alianzas entre los sujetos de participación³.

² GRAZIA BORRINI, SANDRA LOOR-VELA, THORA AMEND, CHRISTIANE MONSIEUR, ROSA CUPERTINO, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Manejo participativo de Áreas Protegidas World Conservation Union, IUCN Social Policy Group, 1997, pg. 4

³ Ibídem, pg. 5

Según CARRILLO Y SILVIA CHARVET en su libro “The Nature Conservancy” “La participación de las comunidades en el manejo de las áreas protegidas será legítima, auténtica y válida, siempre y cuando implique el acceso mental de la comunidad, en la toma de decisiones, o lo que es lo mismo, si se logra una mejor redistribución o concertación entre todas las fuerzas o actores del poder”⁴. Es decir, que las comunidades y pueblos, deben ser considerados como parte de los proyectos de explotación, así como, de los programas de desarrollo social en los pueblos y comunidades más apartadas.

Debido a nuestra realidad política, económica, social y cultural, el marco jurídico que define el mecanismo de participación social, es desconocido, parcialmente conocido o ignorado por completo.

En el marco jurídico de nuestro estudio, nos preocuparemos de algunos Tratados y Convenios Internacionales, como el de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas; los convenios 107 y 169 de la OIT; hasta las nuevas innovaciones plasmadas en diferentes acuerdos internacionales en temas de participación ambiental, que a su vez han sido incorporadas también directamente, en la nueva Constitución Política Ecuatoriana, que estando incluidas entre las garantías constitucionales, no han merecido su preferencia y aplicación.

No se dejará de lado el objetivo principal en nuestro estudio, que es el de establecer el mecanismo más efectivo para una justa, ordenada y adecuada toma de decisiones ambientales, en base a nuevos preceptos constitucionales, ya que los pueblos y las comunidades, se han enfrentado cotidianamente a los intereses de los gobiernos de turno y las empresas de explotación, sin formular acuerdos o contratos, que concilien los costos,

⁴ CARRILLO Y SILVIA CHARVET, The Nature Conservancy, pg10.

políticos, sociales, ambientales y económicos de los proyectos y programas de la Nación, con los beneficios que se obtengan con la explotación negociada de los recursos naturales extraídos.

Dado el amplio marco jurídico en temas de participación ambiental, que incluirá, en nuestro caso, el estudio de los métodos y beneficios de estos procesos en la toma de decisiones ambientales, es indispensable analizar, si estos involucran la concertación de las fuerzas o poderes del Estado, o en otro caso de todos los ciudadanos integrantes de una comunidad, de nuestras legítimas instituciones públicas y privadas, que son los guardianes de nuestra riqueza y recurso naturales y los organismos de contacto internacional, para el mejor entendimiento y conciliación de los procesos de desarrollo ambiental.

En el primer y segundo capítulo, analizaremos el universo de normas nacionales e internacionales que abarca la participación social, así como, la naturaleza jurídica y social partiendo del origen y nacimiento de participación en la historia de los pueblos. Hablaremos también de los instrumentos llamados Hard Law y Soft Law, que forman parte de la legislación.

El tercer capítulo está destinado a establecer los niveles de participación social, y cuál es su importancia dentro de los mecanismos de participación ambiental. Estableceremos, los niveles opuestos de participación a nivel mundial, estableciendo los antecedentes históricos de Europa, Asia, hasta llegar a Latinoamérica y Ecuador, dejando claro el marco jurídico ambiental, para establecer el mecanismo óptimo en la toma de decisiones.

En el cuarto capítulo dedicaremos nuestro estudio a los procesos de toma de decisiones ambientales, empezando por la consulta previa y sus antecedentes a nivel mundial hasta

llegar a comprender su aplicabilidad en la realidad del Ecuador. Analizaremos a fondo la legislación que respalde a este proceso de toma de decisiones en el marco jurídico local y explicaremos el proceso que conlleva la consulta previa en el Ecuador.

En este mismo capítulo, también hablaremos sobre el Consentimiento Previo Informado, como el segundo mecanismo en la toma de decisiones ambientales, el cual se basa en la “libre determinación de los pueblos indígenas” proclamada en la Carta de las Naciones Unidas, de 1945 que estudiaremos más adelante. Es decir se demostrará la eficacia de este proceso mediante un análisis de todo el marco teórico internacional y nacional empezando por la Constitución ecuatoriana, hasta llegar al mismo proceso de Consentimiento Previo Informado, que ha sido puesto en práctica en muchos países de Latinoamérica y Europa.

El quinto capítulo estará ajustado al análisis a fondo de la jurisprudencia nacional e internacional, sobre el tema de participación social en la toma de decisiones ambientales. Durante los últimos años se ha optado por proyecciones directas, sin consulta previa ni posterior, fundados en las regulaciones particulares de la administración pública y los grupos de poder, como organismos locales de las provincias, a intereses generales de sus sector, sin referencia a la participación social directa o a un nivel de participación amplio, para que las comunidades, indígenas o no, en asuntos ambientales, sean tomadas en cuenta y consultadas. La promulgación de las leyes y reglamentos en todos los campos del derecho, en el siglo pasado y en el actual, provienen de los principios del liberalismo económico criollo, desde Eloy Alfaro; hasta el de un cristianismo superficial, dependiente de las conveniencias particulares de ciertos grupos de poder y de un socialismo de los denominados científicos, pendientes de las empresas para su aprovechamiento económico

personal; quienes procrearon un verdadero conjunto de normas, mal adaptadas para el desarrollo integral del país.

La Declaración de las Naciones Unidas, sobre la libre determinación de los pueblos, tema que profundizaremos más adelante, ha sido por mucho tiempo ignorada y menospreciada por las autoridades públicas y privadas, que ajenas y desconocedoras de esta práctica de participación, han sido los principales causantes del subdesarrollo de los pueblos y comunidades que, afectados por el mal manejo de los recursos han sido excluidos de la sociedad y destinados muchas veces a emigrar fuera de sus propios territorios.

Siguiendo con la participación ciudadana, se entiende que al ser ejercida con eficacia y para que los procedimientos participativos obtengan el beneficio buscado por la legislación constitucional y las aspiraciones de los pueblos que aun habitan primitivamente en las áreas afectadas que hemos hecho referencia, las autoridades públicas y privadas tienen que proceder sin miramientos ni dilaciones, ni cálculos electoreros, sin compromisos demagógicos e ideológicos y sin tregua, a la aplicación a nivel nacional, provincial y sectorial, de un programa de educación técnica y especializada de los mecanismos participativos, que prepare en el campo eminentemente científico para el desarrollo y garantía de los recursos genéticos, así como de todas las materias ambientales, legislativas y administrativas ausentes en la actualidad en las instituciones de educación en el Ecuador, a los jóvenes y adultos ecuatorianos en general, para que aseguren un futuro técnico y promisorio, capaz de destilar y transformar, los modernos conocimientos, para la construcción de los medios e instrumentos ambientales alternativos, para la iniciativa y riqueza colectiva. Es un país, que no crea nada nuevo, que no inventa formas, medios y herramientas, para producir su propios artículos de subsistencia y peor, aquellos que

protegen los recursos ambientales y faciliten las regulaciones administrativas y jurídicas, practicas y susceptibles de su aplicación en el campo, proveniente de la participación inteligente de la comunidad. Esta Participación Colectiva, la Consulta Previa y la Toma de Decisiones, solo será apropiada, útil, fuerte, cívica, leal y beneficiosa, cuando la mente pueda manejar por sí sola, sus propias manos y la evolución cotidiana del cuerpo social. En consecuencia, solo la educación permitirá el ascenso del hombre y la sociedad hacia la inclusión social y la erradicación de la pobreza, tal como, países como Finlandia, Singapur, India, Chile y hasta China han logrado y están por hacerlo, practicando el esfuerzo incontenible del estudio, el trabajo y la solidaridad, hecho conciencia colectiva.

Finalmente, en nuestro último capítulo daremos las respuestas a este difícil trabajo que representa la presente tesis, demostrando cuál de los dos procesos de participación en la toma de decisiones ambientales se adapta más a la realidad y al marco jurídico ambiental que hasta ahora ha sido excluyente y poco conocido por parte de los pueblos y las comunidades. Es así como empieza la presente investigación.

CAPÍTULO I

1. LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

El concepto de participación social se remonta a 1954, cuando Wright Mills conceptualizó a la participación como “un proceso permanente de formación de opiniones”⁵. El significado de la palabra desde el punto de vista gramatical, “viene del latín –participare–, cuyo significado comprende –tener parte– o –comunicar–, a su vez ambos significados

⁵ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, ABAY ANALISTAS ECONÓMICOS, La participación social de las personas mayores, pg. 18

comparten origen común con la palabra –communis–. En este sentido, participar tiene como raíz lo común, término análogo a comunidad, por lo que participar y comunidad se encuentran relacionados”⁶. La correlación que existe entre la participación y las comunidades es la que genera la solución a los problemas de interés común, en las que se hallan sumergidos grupos y organismos públicos o privados que mediante proyectos y programas se someten a procesos en la toma de decisiones.

Otros autores como “Mc Donald, en 1996, plantearon la definición de la participación desde tres dimensiones a tener en cuenta: desde el vecindario, desde la implicación en actividades organizadas o de asociaciones, y desde la amistad”⁷ Todas estas definiciones son muy acertadas, ya que la participación no solo debe ser analizada desde el plano formal, también debe formar parte de cada miembro de una comunidad en la toma de decisiones.

Como bien sabemos en la antigüedad la facultad de participación de los ciudadanos de una nación estaba limitada solo a la elección de sus gobernantes. Esta facultad ha ido cambiando y evolucionando con el pasar de los tiempos, hasta convertirse en el eje principal y su principio para la toma de decisiones. La Constitución del Ecuador en el 2008 desde su promulgación, ha sido la consecuencia de una evolución jurídica y política para institucionalizar un mecanismo de participación directa entre los ciudadanos de un Estado y para ello se han creado políticas de participación, en la que los ciudadanos sean los actores principales en esta democracia participativa. La democracia participativa es sin duda la exigencia del pueblo para que el poder sea ejercido por otros y otras, y que sean estos otros

⁶ VEGA JR., Niveles de Actividad y Participación Social, Revista Interuniversitaria de formación Profesional, España, 2002 No. 45.

⁷ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, La participación social de las personas mayores, pg. 19

y otras los que decidan sobre los asuntos públicos compartiendo el poder con el ejecutivo y las instituciones públicas legitimadas a través del pueblo⁸. Es así como el pueblo de manera participativa puede cuestionar el poder y su ejercicio, esta es la principal distinción de la democracia participativa en la que el representante ya no tiene la exclusividad del poder, esta recae sobre los representantes de los pueblos y las comunidades. “Otro de los objetivos, hoy centrales de la democracia participativa, es el que hace referencia a los espacios de su emergencia y consolidación. Cuando un conjunto de ciudadanos y ciudadanas deciden que ellos y ellas quieren decidir, ¿dónde ejercen su poder? ¿En el seno de las Instituciones representativas? ¿En espacios diferenciados pero formalmente coordinados, consensuados entre Instituciones y procesos ciudadanos?”⁹ Es así como nace la democracia Participativa a través de la mediación institucional como una forma de llegar a las decisiones de las comunidades. Debido a que estos derechos participativos estaban limitados a ciertos sujetos, el reconocimiento de un pluralismo social y la inclusión social es uno de los nuevos cambios en la Constitución actual, este reconoce los privilegios de ciertos actores de la sociedad en la que se crea una política pluralista que garantiza de los derechos de la comunidades y la consulta a estos sujetos en temas ambientales¹⁰.

⁸ IGOR AHEDO GURRUTXAGA, PEDRO IBARRA GÜELL, Democracia Participativa y Desarrollo Humano, Librería-Editorial Dykinson, 2007, pg. 10.

⁹ *Ibíd.*, Pg. 11

¹⁰ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008;

Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

No. 15 Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

Artículo. 157.- Los consejos nacionales de igualdad se integrarán de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva. La estructura, funcionamiento y forma de integración de sus miembros se regulará de acuerdo con los principios de alterabilidad, participación democrática, inclusión y pluralismo.

CARLOS PACHÓN LUCAS¹¹ en su libro “Participación Ciudadana y Comunitaria” nos dice, “Las comunidades indígenas son protegidas constitucionalmente, en sus tradiciones, sus formas de organización social y en lo que queda de sus dominios territoriales ancestrales”. Es decir que la legislación internacional así como la nacional, reconoce, garantiza y considera a esta norma suprema como la “caja de herramientas para actuar en medio de la diversidad de factores propios de la dinámica social contemporánea”¹², es por esta razón que para su aplicabilidad este instrumento no solo debe ser conocido sino también comprendido y estudiado por la sociedad.

En esta misma caja de herramientas se encuentran los derechos y las obligaciones de los ciudadanos ante la sociedad y el Estado, esta distribución social es como una moneda de dos caras menciona CARLOS PACHÓN, y se divide en tres preceptos fundamentales de participación que explicaremos de mejor manera. En primer lugar está el deber de participar, definido como “una conducta o precepto moral establecido para todas para todas las personas o para las que se hallen en determinada situación acogido por una norma del derecho positivo”¹³, esto quiere decir que el deber se acoge principalmente a los valores como la dignidad humana, la solidaridad y la función social de una propiedad.

En segundo lugar está la obligación de los ciudadanos, es aquí donde el precepto se vuelve reciproco, se crea un vinculo jurídico entre dos o más partes para poder exigir el cumplimiento de una norma.

En tercer lugar están las prohibiciones que pueden denominarse como excepciones al cumplimiento de un derecho, o una inhabilidad para participar en determinado acto o

¹¹ CARLOS PACHÓN LUCAS, Participación Ciudadana y Comunitaria”, Santa Fe de Bogotá, pg. 22.

¹² Ibidem, pg. 24

¹³ Ibidem, pg. 64

contrato. En la mayoría de los casos estos deberes, obligaciones y responsabilidades corresponden al Estado, pero en otros especialmente los deberes participativos corresponden a los actores de una sociedad. Un ejemplo de los deberes más importantes, son los deberes de la convivencia, estos son los que mantienen las reglas de comportamiento aplicadas en la libertad, la participación, y el libre acceso a la información. En el Ecuador la aplicación de una democracia que vaya más allá de los preceptos antes mencionados ha sido una obra pedagógica titánica, debido a que nunca ha existido una cultura de participación. Es por esta razón que se realizará un análisis entre la democracia representativa y la participativa.

1.1 NACIMIENTO Y ORIGEN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

Cuando se refiere a desarrollo local, debemos tomar en cuenta que la única forma de desarrollo, es el impulso de la llamada participación social. El desarrollo económico o social de una población, no se produce por una “mano invisible” como nos explica Graciela Tonon¹⁴, tampoco es el resultado de técnicas económicas fabricadas en un laboratorio, que combinando los insumos exactos den el resultado requerido. Por el contrario la consecuencia, de varios factores entre ellos la desigualdad social y la pobreza de las diferentes organizaciones humanas, las que dan como resultado el atraso y el aislamiento de estos grupos sociales. En este estudio, se pretende la búsqueda de un consenso, entre las comunidades y el Estado, para que a partir de un enfoque multidisciplinario de las normas de derecho internacional, se logre materializar el desarrollo económico y social, a partir de la toma de decisiones ambientales.

¹⁴ GRACIELA TONON, Comunidad, Participación, y Socialización Política, Buenos Aires, pg. 16

Como se mencionó anteriormente, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, son una base fundamental en el origen y nacimiento de la participación social. Los procesos que hasta ahora existen para la toma de decisiones ambientales, están establecidas en los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Este mismo ha sido hasta ahora un tema, esquivo dentro del análisis jurídico, dadas las múltiples posiciones respecto a su viabilidad y aplicación, como método en la toma de decisiones ambientales. Con la vigencia de estos instrumentos de Derechos Humanos, se ha reconocido los derechos de administración, uso y goce de los recursos naturales a los pueblos y comunidades, que además de haber sido excluidos en la antigüedad, han sido sujetos de poco nivel de participación, en virtud de las condiciones sociales y económicas en las que viven algunos de estos pueblos.

En algunos países de Latinoamérica, los movimientos indígenas así como los pueblos y comunidades han sido actores de gran influencia en la participación social y han luchado por su reconocimiento como diversidad cultural dentro de la legislación internacional. Partiendo de este precepto la diversidad cultural está directamente ligada a la participación social, ya que hoy en día “la mayoría de Estados son culturalmente diversos, más de 184 Estados del mundo contienen más de 600 lenguas vivas así como 5000 grupos étnicos”¹⁵ y esta diversidad cultural en cada uno de los pueblos es lo que les permite establecer el ámbito de aplicación dentro de los mecanismo de participación que analizaremos más adelante. En otras palabras la relación que existe entre diversidad cultural y participación es tangible el momento en el que se establece a qué grupo cultural específicamente debe ser

¹⁵ TAMAR SHUALI TRACHTENBERG, Educación Diversidad Cultural y Participación, Universidad Católica de Valencia, disponible en: http://ucv.es/academia.edu/TAMARSHUALI/Papers/300637/_Educacion_diversidad_cultural_y_participacio_Una_aproximacion_desde_la_filosofia_de_John_Dewey_pg.2

aplicado la consulta o el consentimiento, muchos de los Instrumento Internacionales especifican el ámbito de aplicación a los grupos indígenas, afroamericanos o a ciertas minorías que forman parte de la diversidad cultural.

Siguiendo con el origen de la participación social, en el Ecuador, existe una problemática que afecta a la mayoría de pueblos y comunidades, en la administración de los recursos naturales; la pobreza y la diversidad étnica que mencionamos anteriormente. “La pobreza ha sido medida a través del índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), considerándose pobres, a aquellas personas y hogares que tienen insuficiencias en materia de vivienda y servicios básicos”¹⁶. Según este concepto, las comunidades algunas veces han tomado a los programas de participación como una fuente de abuso contra el Estado y las empresas privadas como se puede ver claramente hoy en día en algunos territorios del oriente ecuatoriano donde las comunidades afectadas por la explotación petrolera, trafican tierras con el fin de recibir indemnizaciones por parte del Estado, tergiversando el espíritu de las normas internacionales de derechos humanos, que si bien garantizan a estos grupos, en la práctica solo han ido llenando sus necesidades básicas insatisfechas y como consecuencia, han ocasionado el fracaso de los procesos de participación ambiental. La pobreza no solo puede ser interpretada como carencia física de servicios básicos, la pobreza intelectual o educativa es otro de los retos que tiene la participación dentro del proceso, esta diversidad cultural debe ser educada para ser capaz de de integrar los valores democráticos de la sociedad con el reconocimiento y respeto de las culturas minoritarias¹⁷. En otras

¹⁶ CAROLINA BORDA NIÑO, “Participación y Pobreza de las comunidades Indígenas de Colombia”, 2006, pg.72.

¹⁷ TAMAR SHUALI TRACHTENBERG, Educación Diversidad Cultural y Participación, Universidad Católica de Valencia, disponible en: http://ucv.es.academia.edu/TAMARSHUALI/Papers/300637/_Educacion_diversidad_cultural_y_participacio_ Una_aproximacion_desde_la_filosofia_de_John_Dewey_ pg. 3

palabras uno de los más importantes retos de los mecanismos de participación es la adaptación a esa realidad social que busca educar dentro de una diversidad de culturas complejas y diversas.

1.2 INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL

Cuando se inicia un proceso de toma de decisiones, los instrumentos de participación son la base fundamental en la que estos procesos se apoyan. Sean llamados pactos, convenios, tratados o convenciones, todos ellos actúan para regular las buenas prácticas participativas.

Dentro de este capítulo analizaremos los diferentes instrumentos vinculantes y no vinculantes, así como los instrumentos nacionales, y su repercusión dentro de las practicas Estales y la vigencia de estos instrumentos, así como el papel que cumple la comunidad para conocer y comprender estos instrumentos.

1.3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y REPRESENTATIVA

En los últimos años se ha visto que la administración de los recursos ha sido un mandato conferido por las mismas comunidades, entonces ¿porqué estas mismas comunidades no pueden participar activamente dentro de los planes y proyectos? Es claro que este derecho conferido debe ser realizado dentro de un ambiente positivamente sano que sea considerado dentro de los Principios Universales de Derechos Humanos, así como dentro de los mecanismos de participación, para que la administración de los recursos se realice de forma responsable. Para esto las comunidades deben prepararse para la correcta administración de los recursos, sean dentro de proyectos ambientales o de los planes sociales de desarrollo

social. Solo la educación y el desarrollo económico y social dentro de una política Estatal de participación, pueden brindar a las comunidades una real dimensión de este derecho conferido a ellas, ya que no es un tema meramente económico, sino que trasciende al plano socio cultural así como al desarrollo sustentable de los recursos naturales.

La Democracia Participativa implica la organización técnica y social de la comunidad, para que se produzcan las decisiones mediante la contribución técnica, jurídica y de otros medios del conocimiento, de los individuos que participan dentro de la sociedad, de tal manera que puedan asociarse o unirse, sin distorsiones ni superficialidad, con las organizaciones civiles, corporativas o entidades que sustentan principios democráticos de participación y organización.

Es así como la democracia participativa se entiende como la “actividad individual o colectiva de la población dirigida a expresar y defender sus intereses, tomar parte en la administración de los asuntos comunes y en los centros de poder público tanto en la toma de decisiones como en el control de la acción gubernamental.”¹⁸. En el Ecuador siempre se ha llevado a la participación por un camino de dominación política de la sociedad llamada democracia representativa. Esta democracia representativa ha sido el eslabón que muchas veces ha impedido la aplicación de una democracia más activamente participativa ya que sus representantes son grupos de poder político que buscan el interés propio y no el de la sociedad en general.

Para poder aplicar una democracia participativa existen varios aspectos metodológicos que se deben analizar. Entre ellos tenemos la información, la motivación, el compromiso, la

¹⁸ CARLOS PACHÓN LUCAS, *Participación Ciudadana y Comunitaria*, Santa Fe de Bogotá, pg. 77

organización y la acción¹⁹. Estas cinco fases deben ser aplicadas conjuntamente dentro de los mecanismos de participación para la obtención de resultados eficaces en la toma de decisiones ambientales.

La información es la primera fase de la democracia participativa, en la que los actores deben tener pleno conocimiento de las opciones, las formas de participación, y los procedimientos de los proyectos y programas en la toma de decisiones, es aquí donde se hace referencia al Libre Acceso a la Información como derecho fundamental de todas las personas dentro de cualquier tipo de participación. El Instrumento por el cual se da a conocer a la comunidad sobre los proyectos y programas que pueden causar impactos ambientales y se proyecta en esta primera fase informativa toma el nombre de Estudio de Impacto Ambiental, este instrumento es esencial en el proceso de los mecanismos de participación, es el estudio científico y técnico que identifica, predice y evalúa los posibles impactos ambientales sobre el medio ambiente, el entorno físico, y los pueblos asentados en los territorios afectados.²⁰ Este estudio debe contener además de la evaluación técnica, la forma en la que será desarrollado el proyecto así como los Planes de Manejo Ambiental que deberán ser ejecutados para reducir los daños ambientales y humanos que puedan surgir en el transcurso del proyecto de explotación de recursos. Es decir el Estudio de Impacto Ambiental es un complejo análisis de todos los factores que permiten comparar la situación previa y posterior a la ejecución de un proyecto, y como va repercutir en el entorno humano así como su impacto positivo y negativo dentro de las colectividades.

¹⁹ CARLOS PACHÓN LUCAS, Participación Ciudadana y Comunitaria”, Santa Fe de Bogotá, pg. 78

²⁰ Pérez, H. 1997. El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en México. Evaluaciones del Impacto Ambiental en América Latina y El Caribe. Primera Edición Naciones Unidas. Santiago de Chile. pg. 45

La segunda fase es la motivación, la sociedad debe ser no solo informada sino motivada en los planes y proyectos de intervención especialmente en las necesidades de la sociedad y como estos proyectos trascienden en la vida y la convivencia comunitaria. Esta motivación se expresa a través de la Educación Ambiental, este es el medio principal por el cual se puede lograr una madurez suficiente de las comunidades para que estas se involucren en este proceso de participación ambiental.²¹ Pero no solo debe existir una motivación cuando se produzca un impacto ambiental, se debe programar y prever una conciencia de educación ambiental básica para incentivar a la sociedad a la participación en los proyectos ambientales.

El compromiso se entiende como el consentimiento mismo de la sociedad para la protección de los intereses comunes y la garantía de sus derechos constitucionales, dejando a un lado la tradicional democracia representativa para que sus representantes actúen frente a la sociedad como intermediarios en la toma de decisiones.

La organización, ya que sin una sociedad organizada no se puede aplicar una democracia participativa, la aplicación de los derechos colectivos como en la intervención de las organizaciones civiles, asociaciones, o entidades que llevan principios democráticos de participación y organización.

Finalmente la acción, que debe ser incluida como principio ideológico de la carta magna en la prospección de proyectos de participación para canalizar los intereses del bien común.

²¹ NURIA GAYÁN MARGELÍ, Jefa de Servicio de Residuos Industriales. Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, Convenio de Aarhus, El acceso a la información ambiental. La participación pública en materia de medio ambiente, pg. 11.

Todos estos factores son parte del proceso para llegar a una democracia participativa pero antes de entrar al nacimiento de la participación se debe definir el concepto jurídico. Esta actividad participativa es definida por ADOLFO CAHIÁN²², como “el medio canalizador de inquietudes propuestas de la comunidad en los temas que afecta la vida social de las comunidades” Lo que el autor intenta enunciar es que con esta llamada participación se procura la intervención de la comunidad en la cosa pública, es decir que esta acción posibilita la comunicación que es fundamental entre el Estado y los pueblos. Esta participación de los pueblos y las comunidades es un derecho y una obligación que deben ser llevados a cabo de acuerdo a las normas nacionales e internacionales para llevar a cabo un proceso de participación precautelando las garantías constitucionales de las comunidades.

Se define a la participación como un conjunto de procedimientos, es decir, que no se trata de actos aislados, sino de propuestas constructivas que benefician el bien común de la comunidad y el Estado. La participación, no es solo considerada como un mero acto de la población provocada por la necesidad, es un acto que debe tener repercusiones positivas dentro de un ordenamiento regulado. Igualmente este proceso debe contener formalidades para evitar las explosiones imprevistas de la población dentro de las cuestiones que interesen al bien común. Es decir se ha definido a la participación como un medio para llegar al bien común de la población que revestida de facultades participativas crea en los ciudadanos la noción y una conciencia para hacerse escuchar, oír y emitir una opinión. Cuando este acto de opinión se vuelve formal dentro de un proceso de participación se logran los resultados requeridos para la toma de decisiones ambientales.

²² ADOLFO CAHIÁN, Acción de la Sociedad Civil, La Participación Ciudadana, Pg. 133.

Por otro lado, la participación ambiental tiene un solo sentido, “ejercer el derecho fundamental de la democracia, la posibilidad de expresar libremente ideas, inquietudes, críticas, como también la formulación de iniciativas, proyección de necesidades sociales, carencias, aspiraciones, problemáticas de la sociedad, y las aspiraciones a un mejor nivel cultural, económico, salud, medio ambiente, educación, seguridad y otros vitales aspectos comunitarios”²³. En este sentido la participación llega a constituir no solo un derecho de las comunidades, es un deber que deben cumplir todos los actores dentro de esta democracia participativa, para que, al existir un proyecto de consulta o participación, no solo sean partícipes, sino ejecutores y beneficiarios de estos programas, ya que solo de esta manera se puede aportar al desarrollo de una comunidad de manera positiva como en el caso de la democracia representativa en la el gobernante es el actor legítimo, elegido por el pueblo para tomar las decisiones, pero así mismo tiene la obligación de consultar e informar sus decisiones a la colectividad para buscar un consenso.

El Estado debe procurar legitimar sus decisiones en el pueblo, para que de esta manera las comunidades y la población sean partícipes de los asuntos que afectan la forma de vida de toda la comunidad. De la misma forma este proceso participativo permite que la comunidad vigile la transparencia de los procesos de consulta.

Otro tema de vital importancia para el estudio y origen de la participación social es la aplicación de una propuesta normativa que plasme dentro del ordenamiento jurídico un mecanismo administrativo o legislativo lo suficientemente eficaz y aplicable para los procesos de participación y consulta, que se lleven a cabo en las comunidades donde la participación ha sido poco aplicada o inexistente. Los organismos no gubernamentales

²³ ADOLFO CAHIÁN, Acción de la Sociedad Civil, La Participación Ciudadana, Pg. 134

como las ONG's juegan un papel muy importante en el proceso de toma de decisiones, esto se debe a que estos organismos teóricamente viabilizan y resguardan el interés público, pero en realidad muchas veces presentan impedimentos dentro de los procesos de consulta y consentimiento de la voluntad democrática de los pueblos.

1.4 LA PARTICIPACIÓN DE PUEBLOS Y COMUNIDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL, UN PRIMER ACERCAMIENTO

Uno de los objetivos fundamentales de este estudio es el análisis de las distintas normas internacionales aplicadas en la toma de decisiones ambientales, que no son algo nuevo dentro de las llamadas comunidades o poblaciones, según FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA²⁴, la llamada participación social ha sido una constante lucha de las comunidades en los foros y cortes Constitucionales, nacionales e internacionales produciendo muchos documentos y jurisprudencia, relacionada con la llamada participación y su importancia dentro de las comunidades para la resolución de casos ambientales.

Desde la década de los 80s “la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como todas las oficinas que están vinculadas con esta, como la Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que desde ahora la llamaremos “UNESCO”; la Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación “FAO”, la Organización Mundial de la Salud “OMS” y la ratificación de la Organización Internacional del Trabajo, “OIT” han sido algunos de los precursores de los instrumentos

²⁴ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 33

internacionales, más importantes en la temática sobre la defensa de las comunidades y las minorías, como medios de inclusión social y participación”²⁵

Así mismo al abarcar este proceso de toma de decisiones dentro de las normas Internacionales vamos a delimitarla en los temas ambientales, que más han perjudicado a las comunidades dentro del campo de la Consulta Previa por ejemplo, siempre enmarcándose en proyectos económicos ambientales y el entorno jurídico administrativo y legislativo, que es de nuestro interés.

En este sentido este estudio partirá en primer lugar desde los convenios internacionales más importantes como los de la “OIT”, hasta llegar a la legislación nacional, las comunidades y pueblos del Ecuador; cuáles son sus avances y sus demandas dentro de la inclusión social.

Antes de ingresar al análisis de las distintas Normas Internacionales que son de nuestro interés, se debe establecer las definiciones de algunos de los términos usados dentro de estas mencionadas normas. Como lo define A. Bronstein²⁶, “el termino poblaciones posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas, pues expresa la idea de un conglomerado de personas, que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo, con respecto a una sociedad dominante. En contraste, el termino pueblo, tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales.” Estas poblaciones que se encuentran dentro de un Estado, así como, las comunidades son los principales

²⁵ Ídem, pg. 34

²⁶ A. BRONSTEIN, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Seminario internacional sobre la administración de justicia y pueblos indígenas, San José, 1999, p14.

actores dentro de los procesos de participación y de consulta, los cuales gozan de todos los derechos especiales estipulados en el marco teórico de las normas de derecho internacional.

La comunidad está claramente determinada por los límites geográficos y es así, como el hacer comunitario es definido como, “el desarrollo de las actividades concretas, fundamentalmente el de infraestructura ya que se considera que el cambio de la calidad del espacio es un índice para mejorar la calidad de vida”²⁷. Es así, como Graciela Tonon²⁸, en su libro “Comunidad, Participación y Socialización Política”, define a la comunidad como un “pueblo o un barrio en las que los sujetos de participación compartían un territorio, una historia en común, sus costumbres, una cultura, valores y creencias”. El origen de la participación social, se basa en un concepto que fue evolucionando, cuando en el Medioevo se empezó a asociar a los sujetos de participación, como “Communitas”²⁹ con el sentido de pertenencia y así fue como empezó adquirir la noción de territorio determinado, posteriormente las llamadas “Comunas” como lo define Esposito³⁰ en 1999, empezaron a formarse como un conglomerado urbano o rural, que ya tenía instituciones políticas y jurídicas para iniciar procesos de participación social.

FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA define a las comunidades como “pobladores autóctonos de aquellos territorios ocupados en su época, por una potencia o metrópoli, ya sea a través de la conquista o de otras formas de dominación; y que luego de su respectiva independencia, sus descendientes conservan las costumbres, tradiciones y formas de vida de sus remotos antepasados”³¹ Esta definición muy acertada, nos brinda una clara idea de

²⁷ GRACIELA TONON, Comunidad, Participación, y Socialización Política, Buenos Aires, pg. 14

²⁸ Ibidem., pg. 15

²⁹ ESPOSITO, 1999, PG. 40.

³⁰ Ibidem.

³¹ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 33.

cómo se forman las comunidades. La incesante búsqueda de nuevas vías de comercio y comunicación, entre los territorios, causó que los territorios al expandirse, se aventuren en nuevos dominios que nunca habían sido explorados y que se encontraban dentro de pueblos y comunidades autóctonas de la zona, que posteriormente produjeron el mestizaje, que en muchos casos fue la causa de la desaparición de su patrimonio cultural, político y religioso.

Esta unión de culturas no fue completa y debido a esto aun existen núcleos humanos, que aun conservan su patrimonio y cultura ancestral, es a estos grupos donde se dirigirá este estudio, en la búsqueda de una inclusión dentro de la sociedad, sin la pérdida de su identidad y garantizando sus derechos, para que estos también aporten un desarrollo socio económico al país.

En los años ochenta, los sujetos de participación eran definidos como “agentes informados de cambio”, definidos como colectividades cuyo nivel de participación ha alcanzado niveles óptimos de participación y se han llegado a las metas establecidas en los procesos de consulta o consentimiento, siendo estos los portadores de las necesidades reales de los pueblos y las comunidades en temas ambientales³². Este concepto tenía por objeto que la toma de decisiones, sean realizadas únicamente por expertos, mientras que los miembros de las comunidades, sólo eran llamados a opinar y actuar durante la etapa de la ejecución en los proyectos y programas ambientales. En el presente año, esta definición de comunidad ha sido modificada a tal punto en el que, cuando hablamos de comunidad como sujeto de participación, debemos partir del concepto de comprensión. ARENDT en el 2005³³, nos dice que “la comprensión es un proceso complicado que nunca produce resultados inequívocos y

³² Roberto Diego, "Participatory Strategies, Facilitators and Community Development in México", The Journal of Agricultural Education and extension, vol. 10, No. 3, 2004, págs. 111-120.

³³ Hannah ARENDT, Ensayos de comprensión 1930-1954, Caparrós editores, 2005.

que vuelve siempre sobre los juicios y prejuicios que han precedido a la investigación científica; es distinta de la información y del conocimiento científico, siendo una actividad cambiante y sin fin, por lo cual los sujetos de participación, aceptan la realidad y se reconcilian con ella para el bien común” Esto quiere decir que conocer no es lo mismo que comprender; las comunidades, así como, todos los sujetos de participación deben no sólo conocer los instrumentos internacionales, sino comprender los alcances y efectos jurídicos de dichos instrumentos para aplicarlos correctamente. En el Ecuador, la realidad de dicho concepto es diferente, las normas de derecho internacional son escasamente conocidas y peor aun comprendidas, por los pueblos y las comunidades, haciendo que dichos sujetos, busquen satisfacer sus necesidades insatisfechas y no aporten un beneficio para el bien común, el desarrollo no solo de dicha comunidad sino del Estado.

1.4.1 INSTRUMENTOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

Con el motivo de analizar las implicaciones que tienen los diferentes instrumentos internacionales dentro de la toma de decisiones ambientales, se deben clasificar en vinculantes o Hard Law y no vinculantes o Soft Law. Estas dos categorías se diferencian principalmente por su nivel de obligatoriedad, precisión y delegación dentro del ordenamiento jurídico Internacional, más su ratificación tipificación en legislación nacional, es una de las características principales para considerar a un instrumento como vinculante o no vinculante. Sin embargo los efectos jurídicos que puedan ocasionar frente a los Instrumentos Internacionales pueden dar una perspectiva más clara de las razones por las que se considera a una norma como Hard law o Soft law. Una de las principales respuestas a la vinculación de dichos instrumentos proviene desde conveniencias políticas hasta la búsqueda una mejor solución a un determinado conflicto. Los derechos sociales,

económicos y culturales otorgados por los diferentes convenios y tratados internacionales dependen de su vinculación para poder ser aplicados dentro de un proceso de toma de decisiones, estos derechos son considerados como vinculantes. Los proyectos y programas así como las recomendaciones y las declaraciones no conllevan una obligación legal, estas meras declaraciones llevan una obligación moral y pueden en muchos casos ser las directrices para la formación de un instrumento vinculante.

1.4.1.1 INSTRUMENTOS HARD LAW

Como lo explica Boyle A. E. ³⁴“En primer lugar, el Soft Law es no vinculante, es decir, el autor utiliza el término “not binding” para explicar la no vinculación de los instrumentos a los que se les llama Soft Law”, en segundo lugar, dice que “el Soft Law consiste en normas generales o principios, pero no en reglas” a diferencia del Hard Law que si es vinculante y forma parte de los Tratados Internacionales. Por último dice que el Soft Law “es la ley que no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias” esto quiere decir que el término Soft Law, puede ser equiparado con el Hard Law, el cual siempre es vinculante en situaciones en las que determinado estado amenaza contra los derechos humanos, este es el caso de la Carta de las Naciones Unidas que a pesar de no ser vinculante se vuelve vinculante en ciertos casos en la solución de conflictos bélicos entre dos Estados.

De lo anterior se desprende que para el autor, el Soft Law, se puede comparar con las reglas, que envuelven razonablemente obligaciones específicas, que son en este sentido de Hard Law, y las normas o principios, que son más abiertas o generales en su contenido y significado, pudiendo verse como más suaves –Soft Law-. Todas estas definiciones son

³⁴ Boyle A. E. “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, I.C.L.Q. Octubre, 1999 págs. 901-913.

muy acertadas que parten de un debate entre autores sobre la inclusión del Soft Law como una fuente del derecho internacional, al argumentar que los acuerdos de este tipo, constituyen herramientas para el desarrollo futuro del Hard Law mediante la llamada “opinio juris”. Este elemento subjetivo de la norma consuetudinaria establece que no toda práctica que reúne las características principales de la costumbre constituye una norma consuetudinaria, para esto es necesario que el sujeto de derecho internacional, en este caso el Estado haya adoptado una determinada práctica internacional que posteriormente mediante un proceso de ratificación o inclusión dentro de la legislación nacional llegue a ser vinculante.³⁵ Es así como el “opinio Juris” puede ser entendido como aquel componente de los instrumentos internacionales que expresa la convicción de un Estado para que sea constituida como una norma vinculante que genere obligaciones y le faculte al ejercicio de un derecho. La misma globalización de una norma internacional ha tomado parte en el opinio juris, ya que mientras mayor número de Estados concedan la práctica de dicha norma, esta se relaciona directamente con la rapidez de su establecimiento, su ratificación y su tipificación dentro del marco jurídico nacional.

1.4.1.2 INSTRUMENTOS SOFT LAW

Entre los instrumentos más utilizados dentro de los procesos de toma de decisiones, se encuentran los llamados “Soft Law”³⁶ o derecho Suave como llaman otros autores, estas

³⁵ FERNANDO ENRIQUE TOLEDO TAPIA, La Opinio Juris como Elemento Psicológico de la Costumbre, Revista Chilena de Derecho, pg. 1

³⁶ PRINCIPALES INSTRUMENTOS “SOFT LAW” en temas de Participación:

Declaración Universal de Derechos Humanos (aunque puede ser considerada vinculante en algunos países) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Declaración y Programa de Acción de Viena. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Protocolo para

leyes se caracterizan principalmente por no ser vinculantes dentro de la normativa internacional, no son de cumplimiento obligatorio lo que genera las directrices en la formación de muchos instrumentos que posteriormente se convertirían en vinculantes o de cumplimiento obligatorio. Aunque estos instrumentos no sean considerados jurídicamente obligatorios, los países suscritos a estos, expresan su compromiso moral de cumplimiento, la legalidad de dichos instrumentos cae bajo la teoría de HENKIN, 2007, en la que expresa: “casi todas las naciones deben observar, casi la totalidad de sus obligaciones, todo el tiempo”; es decir, no es necesario que exista una obligación jurídica por parte de un Estado para generar el cumplimiento de una norma “Soft Law”.

El Soft Law o derecho suave nace principalmente en la lucha de los movimientos sociales, de allí nacen los tratados de derechos humanos que en un principio, fueron expresiones de una población que deseaba acabar con la tortura y la exclusión social, proteger el derecho a la vida, etc.³⁷. Las ONG's fueron unas de las organizaciones que más impulsaron estas campañas de obligación moral, bilateral entre los Estados y en el derecho internacional³⁸, aun se debate la importancia de estos Soft Law como fuentes del Derecho Universal. Autores como OLIVIA BALL y PAUL GREARY³⁹ expresan, que “dentro del Derecho Internacional, los instrumentos no vinculantes toman forma en los llamados “Pactos”, “Convenciones” y “Protocolos” como por ejemplo, el PROTOCOLO DE KYOTO⁴⁰ que es por sí solo considerado como Hard Law ya que produce efectos jurídicos para los Estados,

modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

³⁷ KENNETH W. ABBOTT AND DUNCAN SNIDAL, *Hard and soft law in international governance*, pg. 424.

³⁸ *Ibíd.*, pg. 426

³⁹ OLIVIA BALL, PAUL GREARY, *Los Derechos Humanos*, pg. 108.

⁴⁰ Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), suscrita en 1992 dentro de lo que se conoció como la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro.

independientemente a su ratificación interna, y en otros casos son legalmente vinculantes para estos países, con la ratificación de cada uno de ellos, incluso después de un cambio de Gobierno”. Es decir que los países que forman parte de estas declaraciones aun cuando legalmente no son vinculantes, tienen una obligación moral de conocerla y procurar cumplirla.

Las Declaraciones o Recomendaciones son otra forma de Soft Law, las mismas que han sido muy eficaces en muchos países, inspirando prácticas y políticas de participación basados en las declaraciones de Derechos Humanos Universales y que con su ratificación se han ido formando parte del Marco jurídico Internacional de Cada Estado. En este sentido se entiende que el derecho consuetudinario también cumple un papel muy importante en la creación del Soft Law, debido a la necesidad de que los tribunales y los expertos los califiquen y los eleven a la categoría de Ley después de un proceso de tipificación. Nuestro Código Civil, en el Artículo 2 establece que *“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella”* Esto quiere decir, que los hechos, usos y comportamiento humanos, que han sido transmitidos durante generaciones, pueden constituirse como fuente del Derecho si han sido recopilados dentro del marco jurídico de la legislación de un Estado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴¹, es una de las normas de derecho consuetudinario más importante, como ejemplo de instrumento no vinculante en algunos países, declarada en 1948, su trascendencia y aplicación ha llegado a casi todos los Estados.

⁴¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

El cumplimiento de las normas de Soft Law no se aplica de la misma forma que en el Derecho Nacional, no se detiene, se juzga y se sanciona. En casos de fuerza militar por ejemplo, la Comunidad Internacional debe convencer, presionar y cuestionar la moral del Estado que incumple la norma, para así hacer que cumplan sus compromisos, ratificados o no. Es por esta razón que muchos autores como OLIVIA BALL⁴², consideran que “la aplicación de las leyes Soft Law, igual que legislar no puede separarse de la política debido a sus implicaciones sociales y culturales”

Figura 1.-

LOS DERECHOS HUMANOS

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «Estado de las ratificaciones de los principales tratados internacionales de derechos humanos», www.ohchr.org/jpanish.

Siete tratados clave de derechos humanos		
Año de adopción	Título completo	Nº de países obligados por el tratado*
1966	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	153
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	156
1966	Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	170
1979	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	182
1984	Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	141
1989	Convención sobre los Derechos del Niño	192
1990	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares	34
* a 10 de abril de 2006		

⁴² OLIVIA BALL, PAUL GREARY, Los Derechos Humanos, pg. 109

Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresó en uno de las convenciones “Los Derechos Humanos están inscritos en los corazones de las personas, ya existían mucho antes de que los legisladores redactaran su primera proclama”⁴³ En conclusión el tema del derecho suave o Soft Law es debatible, ya que su creación, eficacia y aplicación, depende de la política de los Estados. En la Figura 1 se muestra un cuadro de los pactos más importantes que nacieron del Soft Law y cuantos Estados se han ratificado, considerando a estos pactos como Hard Law o derecho duro dentro su normativa.

1.4.1.3 ORIGEN Y APLICACIÓN DENTRO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Los pueblos y comunidades, se encuentran amparados y garantizados principalmente por la Carta de las Naciones Unidas, proclamada en el año de 1945, en la que declara: “La Libre Determinación de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, como principio fundamental que debe guiar a los Estados”⁴⁴. Este principio establece, que los pueblos y comunidades indígenas pueden disponer de sus riquezas y recursos naturales para fines propios, como un medio de subsistencia, así como de la participación en los proyectos de explotación en los recursos no renovables⁴⁵. Este concepto se entiende como el “uso diversificado de los

⁴³ OLIVIA BALL, PAUL GREASY, Los Derechos Humanos, pg. 110

⁴⁴ LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS, recogida en la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1966.

⁴⁵ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS EL 26 DE JUNIO DE 1945.-

Artículo 1 No. 2.- Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Artículo 55.- Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

ecosistemas” como expresa PABLO ALARCÓN⁴⁶, en el que da una clara imagen a las alternativas económicas de los pueblos y comunidades, brindando un equilibrio entre desarrollo sustentable y protección ambiental. Los gobiernos en muchos casos han subvalorado la riqueza de la naturaleza, dejando el desarrollo y la explotación sustentable de los recursos naturales, solo a los países desarrollados. Bajo este precepto los procesos de participación, como la Consulta Previa y el Consentimiento Previo Informado, son una fuente de desarrollo fundamental para los pueblos y las comunidades, en la formación de alianzas estratégicas, garantizando, la supervivencia étnica y cultural.

“El uso diversificado de los ecosistemas es una de las alternativas económicas que tienen las comunidades para subsistir mediante el uso sustentable de los recursos naturales, esto incluye la utilización de los bosques y selvas con fines alimenticios, medicinales y maderables; fabricación de herramientas, energía domestica, forraje, producción de fibras y un sinnúmero de usos, que son fundamentales para la subsistencia de los pueblos y las comunidades”.⁴⁷ Según esta inventiva que ha influido positivamente en las zonas de impacto ambiental, el uso diversificado es más grande que la propia producción de plantaciones y los proyectos de prospección de recursos, como consecuencia estos pueblos y comunidades deben ser garantizados en su subsistencia, por todos los Instrumentos Internacionales y la legislación nacional.

Continuando con el Origen de la Normativa, en el año de 1952, la Asamblea de las Naciones Unidas, reconoció el derecho de los pueblos indígenas, a la libre determinación o

b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

⁴⁶ PABLO ALARCÓN-CHAIRES, *Pueblos Indígenas y Pobreza*, 1999, pg 58.

⁴⁷ PABLO ALARCÓN-CHAIRES, *Pueblos Indígenas y Pobreza*, 1999, pg 59.

autodeterminación⁴⁸, como condición indispensable para el goce de los principios fundamentales de derechos humanos, que forman parte del régimen jurídico de la función pública internacional. En este instrumento se establece que “los pueblos y comunidades, tiene el derecho a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de igualdad”⁴⁹. Todos estos principios han sido causa de gran discusión entre los jurisconsultos como el Dr. Días Garaycoa de la ciudad de Guayaquil en la que hace un análisis sobre la aplicación de la Consulta Previa en el Ecuador⁵⁰. Gracias a estos análisis podemos establecer que por un lado hay juristas que expresan su apoyo al llamado Consentimiento Previo Informado que además de garantizar la supervivencia a los pueblos y comunidades, establece que si un proyecto de explotación se ejecuta, debe existir un consenso entre los actores, así como un nivel amplio de participación.

Por otro lado se encuentra la posición, de que los pueblos y nacionalidades, han aprovechado de la llamada consulta previa, para extorsionar, abusar y manipular a las empresas privadas y al Estado, con la justificación de que dichos pueblos y nacionalidades, están amparados y garantizados por los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en la toma de decisiones ambientales. Esta posición, plantea que los pueblos y nacionalidades indígenas, también deben ofrecer el apoyo suficiente al Estado y a las empresas privadas, en la exploración y explotación de los recursos no renovables para el desarrollo económico, social y cultural de la nación.

⁴⁸ CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS firmada el 26 de junio de 1945.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, *Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional*, pg. 36.

Otro de los instrumentos internacionales en temas de participación es la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS⁵¹ también llamado Pacto de San José, norma que genera efectos jurídicos que benefician y protejan los Derecho Humanos inherentes, especialmente en las colectividades de América. El Artículo 23⁵² de la Convención establece los derechos políticos de todas las personas para participar dentro de los asuntos públicos por medio de una democracia representativa así mismo de elegir a sus legítimos representantes y tener libre acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad que solo pueden ser reglamentadas en caso de encontrarse dentro de un proceso judicial.

Finalmente es importante destacar que la finalidad de cada instrumento internacional refleja el estado actual del funcionamiento de la sociedad internacional desde sus inicios en 1945 con la CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, en donde muestra las diferentes posibilidades entre los dos extremos de las normas vinculantes y no vinculantes, así como los efectos jurídicos dentro de los mecanismos en la toma de decisiones ambientales, se puede decir que estas normas son convenientes en el punto de vista internacional e indispensables en el punto de vista de la participación ambiental ya que permiten operatividad del derecho interno del Estado y el cumplimiento de los procesos participación.

⁵¹ PACTO DE SAN JOSÉ, SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁵² IDEM, Artículo 23. Derechos Políticos.- 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

CAPÍTULO II

2. LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1 NORMATIVA INTERNACIONAL EN TEMAS DE PARTICIPACIÓN

Los Estados son sujetos de Derecho Internacional, por lo que están sujetos a los respectivos tratados y convenios internacionales que hayan sido suscritos y posteriormente ratificados por el Estado, estas normas internacionales son la base jurídica clásica que faculta a los Estados de ciertos derechos y genera obligaciones para los mismos. De acuerdo con “Esta doctrina jurídica, el Derecho Internacional fue utilizado por muchos Estados como una protección legal ante naciones más poderosas, creando entre ellos una “protección de los derechos fundamentales”⁵³. En el Ecuador los deberes y derechos son sucesivos, por lo que generan sanciones jurídicas dentro de la comunidad internacional y cuando se habla de participación ambiental existen muchas normas internacionales que son la fuente jurídica para sancionar a los Estados que no cumplan con los procesos legislativos y administrativos en la toma de decisiones.

Como muestra de algunos instrumentos que estudiaremos más adelante y que forman parte del marco jurídico del Derecho Internacional en el Ecuador, se tomara como referencia las normas internacionales de la libre determinación de los pueblos indígenas que también fueron llamados Pactos de Nueva York o pactos Internacionales de Derechos Humanos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Estos pactos establecen una serie de normas y mecanismos internacionales de protección de

⁵³ MIGUEL A. VASCO V., Diccionario de derecho internacional, casa de la cultura Ecuatoriana, pg. 173

los derechos civiles y políticos, así como, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este mismo año se promulga otro instrumento internacional sobre la prohibición y eliminación de la discriminación racial que en muchos casos partió del llamado Soft Law, por las denuncias de las comunidades, que estaban siendo discriminadas y excluidas de los procesos de participación. Este instrumento establece, que “los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”⁵⁴ Todas las normas que estudiaremos a fondo en este capítulo son parte de un marco jurídico internacional destinado principalmente a la protección de los Derechos Humanos y junto a ellos a la libre determinación de los pueblos y comunidades, que por derecho deben ser consultadas o consentidas en cualquier acto legislativo o administrativo que genere un impacto ambiental y humano dentro de los territorios de dichas comunidades.

2.1.1 ANTECEDENTES A NIVEL MUNDIAL

Para abordar los antecedentes que forman parte fundamental del presente trabajo, se examinará la problemática de la inclusión social. Cuando las colonias Norteamericanas todavía no formaban parte de los Estados Unidos de Norteamérica, durante el período Ilustrativo, la exclusión social y la opresión de las comunidades eran parte de la vida en las colonias americanas.⁵⁵ La exclusión social como lo menciona el autor, no es más que la excepción de la colectividad dentro del conglomerado, la medida en la que una comunidad

⁵⁴ Artículo 5, Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

⁵⁵ LOUISE HUMPAGE, Pueblos Indígenas y Pobreza, pg. 182

forma parte de la sociedad, es la distancia entre los que participan activamente, los que se benefician de ella y los que son excluidos, apartados e ignorados. TANIA BURCHARDT, JULIÁN LE GRAND Y DAVID PIACHAUD⁵⁶, realizaron un estudio muy importante sobre la exclusión social en Gran Bretaña, en donde la definen como “la falta de participación en lo que pueden ser consideradas actividades “normales” en la sociedad estudiada”. Estos empíricos de la exclusión social establecen que la exclusión social no solo responde a una falta de ingresos económicos y necesidades básicas insatisfechas, sino a una manifestación de la mala práctica de participación y el irrespeto a los Derechos Humanos y Políticos. Entonces la exclusión social se entiende como la ruptura de los principales pilares de la cohesión social en la que los ciudadanos no tienen una verdadera utilidad social. La ignorancia de los gobernantes sumada a la abundancia de los recursos ocasionaron las mayores calamidades de la época. Dos poderes, la iglesia y la monarquía que fueron las principales instituciones que ocasionaron los cambios, cuyo principal objetivo era la abolición de esta exclusión social.⁵⁷ Esta exclusión que consistía en la eliminación de la sociedad en general de la vida política y religiosa fue reformada el 14 de octubre de 1774, después de haber vivido una década de abusos y exclusión en la que los representantes de las colonias norteamericanas, redactan la primera Declaración de Derechos Humanos⁵⁸ que garantiza la igualdad, la libertad y la soberanía de todos los pueblos americanos adheridos a este instrumento. Thomas Jefferson en 1776 “consolido el reconocimiento legal de los derechos del hombre, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad como aspiraciones básicas de las comunidades coloniales, que justificaron la presencia armada frente a todo poder que no garantice la igualdad y todos los derechos a la libre determinación de estos

⁵⁶ TANIA BURCKHARDT, JULIÁN LE GRAND, DAVID PIACHAUD, *Social Exclusion in Britain* 1991, 1995, pg. 227.

⁵⁷ *Ibidem.*, pg. 236

⁵⁸ DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE, Congreso General de Filadelfia, 4 de setiembre de 1774.

pueblos frente a una democracia participativa”.⁵⁹ Desde 1776 hasta 1789 se popularizó esta declaración hasta ser constituida por la Asamblea General Francesa y otras colonias de Norteamérica en 1789. Ulysses S. Grant. Presidente de los Estados Unidos, firma el acta de los derechos civiles en 1871, permitiendo que la población pueda demandar la violación de sus derechos ante tribunales federales, esta fue uno de los instrumentos más importantes que posteriormente fueron incluidos dentro de la Constitución Norteamericana.⁶⁰ Posteriormente se proclamaría la declaración de los Derecho Humanos de las Naciones Unidas en 1948, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos proclamada en 1981 por la Organización para Unidad Africana, basándose en la Carta de las Naciones Unidas, que añadía el derecho a la libre determinación de los pueblos para luego, el 6 de noviembre de 1993 firmar la Declaración de Túnez, así como la Declaración de Bangkok emitida por los países asiáticos en la misma fecha llevando la visión occidental-capitalista a los Derechos Humanos Universales.⁶¹

Alrededor de 1999 una coalición formada por un grupo de laboristas de Nueva Zelanda puso como objetivo principal sembrar la inclusión social de los Pueblos Indígenas Maoríes a través del desarrollo social que consiste en los planes y proyectos multidisciplinarios en la educación ambiental y la inclusión social. Esta forma de inclusión social es la denominada “Closing the Gaps”⁶² o Cerrando las brechas. Como explica Louise Humpage, esta propuesta se llevó a cabo a través de la autodeterminación de los pueblos de Nueva Zelanda

⁵⁹ MIRREILLE ROCCATTI, *Derechos Humanos*, México, 1998, pg. 11.

⁶⁰ JORGE IVÁN HÜBNER GALLO, *Los Derechos Humanos, Historia, Fundamento, Efectividad*, Editorial Jurídica de Chile, 1994, pg. 44-48

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² LOUISE HUMPAGE, *Pueblos Indígenas y Pobreza*, pg. 167

en el TRATADO DE WAITANGI⁶³, el mismo que pretendía que los indígenas Maoríes puedan decidir sus formas de vida y condiciones socioeconómicas.⁶⁴ Sin embargo la problemática surgió cuando el gobierno defendió la teoría de la disparidad socioeconómica definida como la teoría del crecimiento económico en una democracia representativa y desigualdad social, económica y política que vivían los MAORÍES con respecto a los demás grupos sociales. Es así como se creó un paradigma dentro de la aplicación de esta llamada “autodeterminación⁶⁵”, el estado comenzó a preocuparse más por las obligaciones de los MAORÍES en su calidad de ciudadanos, en lugar de interesarse por sus derechos como pueblos indígenas y socios en virtud de este tratado. Esta situación ha sido reflejada dentro de muchos grupos sociales en el mundo⁶⁶, a continuación se analizará más a fondo los conceptos básicos de la exclusión y la inclusión social, con el objeto de presentar un antecedente histórico los procesos que conlleva la alianza entre los sujetos de participación en temas ambientales.

Para LOUISE HUMPAGE⁶⁷, estos conceptos de inclusión y exclusión social son considerados manifestaciones de la globalización, nuevas formas de ver la política social tradicional; manifestada en que “estos conceptos pueden llegar a trascender estas inquietudes tradicionales de la política social e incluir cuestiones estructurales más amplias. Sin embargo, se argumenta que en el contexto de Nueva Zelanda ese potencial no se logró, ya que la exclusión social a menudo se relacionó con pobreza, desventaja socioeconómica y disparidad, la inclusión social con frecuencia guardaba correlación con el bienestar, la

⁶³ TRATADO DE WAITANGI, Firmado Por Representantes De La Corona Británica En Waitangi, en la Bahía de las Islas, Nueva Zelanda el 6 de febrero de 1840.

⁶⁴ LOUISE HUMPAGE, Pueblos Indígenas y Pobreza, pg. 168

⁶⁵ Ibidem., pg. 168

⁶⁶ Ibidem., pg. 169

⁶⁷ Ibidem, pg. 168.

participación y la cohesión social” está claro que la exclusión social es la peor política social de un Estado con los sujetos de participación, los Maoríes enfrentaron una problemática social en la que las diferencias culturales, el irrespeto a sus derechos, así como la cohesión social ocasionaron el deterioro de las capacidades participativas para fomentar la asociación entre los sujetos de participación que fue la base de los acuerdos británicos posteriores”.

Dentro de este período también existieron muchas políticas de gobierno que trataron de abolir la exclusión social, al intentar modernizar y civilizar a los indígenas de Nueva Zelanda con el objetivo de que ingresen a un mercado laboral y participen en la economía social y cultural que tanto los había apartado de la asimilación cultural. Esto no tiene nada de sorprendente ya que todos sabemos que el desarrollo de un pueblo o una comunidad se basa en el desarrollo académico principalmente con ideologías del liberalismo occidental que llaman progreso de los países desarrollados. Todos los conceptos que se han analizado hasta ahora nos dan una idea de que la inclusión social no es solo una mera distribución de recursos, sino la aplicación correcta de los instrumentos internacionales de derechos humanos así como los de la autodeterminación de los pueblos para el desarrollo de los grupos menos favorecidos y la sociedad en general.⁶⁸ Es así como el desarrollo de la inclusión social puede considerarse como algo constructivo para innovar políticas sociales de equidad, educación, salud y vivienda. Una de las estrategias que llevaron a la inclusión social es el desarrollo de las capacidades, este componente promovido por los pueblos

⁶⁸ Loomis, 2000a; 2000b, definición de “desarrollo de las capacidades”. La coalición en Nueva Zelanda elaboro iniciativas para el desarrollo de capacidades en todo Sector Gubernamental luego de las elecciones en 1999, se asignaron fondos a los MAORÍES. El desarrollo de las Capacidades es una respuesta al deseo de los MAORÍES de conseguir la autodeterminación y forjar una mejor relación con el Estado.

indígenas de Nueva Zelanda, llevó al fortalecimiento de su cultura, su economía y política social que fue el motor del desarrollo de las capacidades.

Existen otros países occidentales que sirven como antecedente para nuestro estudio sobre la participación social, países que han sufrido transformaciones y han llegado a un verdadero acuerdo social entre los pueblos, comunidades y Estado para el progreso de la sociedad, Australia, Canadá y EEUU están consideradas como algunas de las naciones más ricas del mundo y por este mismo hecho, muchos autores como LOUISE HUMPAGE⁶⁹ consideran que existe una ironía que avergüenza a estos países en el sentido que, dentro de sus fronteras albergan a los pueblos indígenas más pobres y excluidos de toda participación. Para STEPHEN CORNELL⁷⁰ “la autodeterminación de los pueblos indígenas y el autogobierno de los mismos son las bases esenciales para el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de dichas comunidades”.

En el caso de EEUU existen muchos conceptos para referirnos a los procesos comunitarios en donde las comunidades y los pueblos de este país entran en procesos de participación social ambiental. Dentro de estos procesos la interacción y la creación de alianzas estratégicas entre el Estado y las comunidades ha construido relaciones positivas. La comunicación utilizada como medio de participación es la llave de todo proceso participativo, la confianza y la credibilidad, estos son aspectos que Estados Unidos ha utilizado para confrontar los problemas sociales y ambientales con las comunidades y su participación dentro de cada conflicto. Las buenas relaciones comunitarias crean una atmosfera para discutir los temas más importantes cuando existen conflictos socio

⁶⁹ Vid. Nota 64.

⁷⁰ STEPHEN CORNELL, Pueblos Indígenas y pobreza, pg. 294

ambientales. En este sentido John Perrecone⁷¹, Coordinador de la Asociación Comunitaria en Estados Unidos dice, que “la credibilidad y la confianza son los componentes más importantes para los procesos participativos con las comunidades en temas ambientales”.

Finalmente, después de un arduo análisis de los factores que han influido en las relaciones sociales con el Estado, se puede concluir que la globalización ha ocasionado una mediatización de la economía. Las políticas demagógicas y las inmensas fuerzas productivas del mundo siempre han estado en la búsqueda incesante de nuevos territorios para la explotación de recursos naturales, ocasionando grandes impactos ambientales y humanos, excluyendo e irrespetando los Derechos Humanos Universales y la libre determinación de estos pueblos y comunidades nativos de estas zonas. MARIO BENEDETTI⁷² en uno de sus poemas dice: “Es cierto que esa globalización de nuestro pobre miserable globo tiende a globalizar el desaliento”, lo que este poeta trata de explicar es que la ideología neoliberal modernista tristemente se ha colapsado al comportamiento social, conllevando a la desigualdad y la exclusión social, al consumismo absurdo y a las nefastas consecuencias de la economía del mundo occidental.

La globalización también contiene aspectos positivos en la economía social, el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL⁷³ es uno de los organismos que más ha integrado a los países en las primeras etapas de inclusión social aprovechando las ventajas de la globalización y las políticas internacionales de desarrollo comunitario. En otras palabras el

⁷¹ CAROL J. FORREST, RENEE HIX MAYS, *The Practical guide to environmental Community Relations*, New York, 1997, pg. 4.

⁷² EDUARDO S. VILA MERINO, *Globalización, Educación Democrática Y Participación Comunitaria*, Universidad de Málaga, España, *Revista Iberoamericana de Educación* (ISSN: 1681-5653), pg.1

⁷³ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Planteado el 22 de julio de 1944 durante una convención de la Organización de las Naciones Unidas en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos; y su creación como tal fue en 1945.

FMI considera que, para mejorar las condiciones de vida de las comunidades, se debe procurar un crecimiento económico y la mejor forma de hacerlo es la globalización, la explotación controlada y sustentable de recursos con la inversión extranjera para la reducción del riesgo país generando la integración social de la economía Estatal y mundial.

A continuación se muestra un breve análisis de las organizaciones que son de trascendental importancia para nuestro estudio, la Organización Internacional del Trabajo así como la Organización de las Naciones Unidas, sus principales objetivos dentro de la participación ambiental y su relación con los países miembros para crear una perspectiva más clara de los antecedentes mundiales en la normativa internacional.

2.1.2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo es una de las instituciones que más ha aportado a la lucha de la integración de la sociedad y los conflictos socio culturales así como la inclusión social, la erradicación de todas las formas de racismo y la garantía de los Derechos Humanos y Laborales, en 1969 ganó el premio Nobel de la paz habiendo aportado al mundo más de 30 convenciones Internacionales laborales que han sido ratificadas y aplicadas por los países miembros. Durante los últimos años el Centro Internacional de Capacitación Técnica y Vocacional Avanzada ha sido uno de los centros que más ha aportado a los países en desarrollo, gerenciando los proyectos sociales y proporcionando un marco institucional para una democracia participativa con inclusión social, desarrollo y paz.

Esta Organización proviene de los países de Europa y América, fundada el 11 de abril de 1919, en el marco de las negociaciones del Tratado de Versalles y se complementa con la

Declaración de Filadelfia de 1944, es por esta razón que se considera su nacimiento como una consecuencia desde la Revolución Industrial, debido al auge económico que se generó en esta etapa de la historia. Como consecuencia de este desarrollo industrial, muchas poblaciones de Europa sufrieron innumerables actos en contra de los Derechos Humanos y Laborales⁷⁴, es así como Robert Owen y Daniel Legrand⁷⁵, se dedicaron a luchar y promover las leyes sociales, laborales y progresistas como inicio de una ley universal de protección de los Derechos Humanos Universales⁷⁶.

Considerada como uno de los pilares internacionales de Derechos Humanos así como en la lucha por los derechos laborales de los trabajadores, la Organización Internacional de Trabajo desde 1919, al final la Primera Guerra Mundial, se constituyó como una organización que busca la inclusión social, la justicia social, la seguridad y la dignidad humana⁷⁷. Al darse cuenta que para alcanzar estos objetivos era necesaria la participación social, iniciaron la política para promover y facilitar el diálogo social entre los miembros de la sociedad para alcanzar una democracia participativa.

La Organización Internacional del Trabajo ha sido considerada desde su creación un organismo especializado en las relaciones laborales. Se puede decir que la OIT fue constituida multilateralmente, es el instrumento que establece las obligaciones y facultades de los Estados, sujetos al Convenio 169 actualmente en vigencia. Según Héctor Gros⁷⁸ esta

⁷⁴ REVISTA DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Organización Internacional del Trabajo “lo que es y lo que hace”, pg. 3

⁷⁵ Robert Owen (1771-1853), Daniel Legrand (1783-1859), “La OIT, Una Apuesta Por La Justicia Social Para Una Globalización Equitativa”, revista 90 aniversario de la OIT, pg. 2.

⁷⁶ Ibídem., pg. 4

⁷⁷ REVISTA 90 ANIVERSARIO DE LA OIT, La OIT, Una Apuesta Por La Justicia Social Para Una Globalización Equitativa”, pg. 1

⁷⁸ HÉCTOR GROS ESPIELL, La Organización Internacional Del Trabajo Y Los Derechos Humanos En América Latina, 1986, pg. 43.

organización que comenzó con la promulgación de la “Declaración de Filadelfia”⁷⁹ reafirma los principios fundamentales de Derechos Humanos, pero también amplía su visión en un concepto más modernista y universal.

Entre los proyectos y programas que han sido propuestos dentro de la OIT, se observan algunos principios esenciales por los que esta organización ha luchado y promovido, como la autodeterminación de los pueblos indígenas que analizaremos más adelante. Otro de estos principios es “promover y materializar los principios y derechos fundamentales del trabajo”⁸⁰, este objetivo se refiere principalmente a las estrategias y políticas que cada uno de los Estados debe promover para aplicar las normas básicas que garanticen los derechos del trabajador. En segundo lugar, menciona el Director General de la OIT, JUAN SOMAVIA⁸¹, “es la promoción de oportunidades para que las mujeres y los hombres consigan un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y vida digna humana” Se cree que este objetivo tiene mucha relación con la base de la Participación Social, ya que los Estados que promueven estos principios fundamentales generalmente tienen mejores resultados en los programas de desarrollo así como los proyectos ambientales y por lo tanto se alcanzan mejores niveles de participación, siempre se debe procurar cumplir los principios de esta y otras organizaciones que promueven libertad, igualdad, seguridad, una vida digna, y el desarrollo económico y social del Estado.

⁷⁹ DECLARACIÓN DE FILADELFIA, promulgada en 1944, Organización Internacional del Trabajo (OIT). Tiene cuatro principios fundamentales: El trabajo no es mercancía. La libertad de expresión y de asociación es esencial. La pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad en todas partes. La guerra contra las carencias se debe desatar con vigor implacable. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Filadelfia.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ REVISTA DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Organización Internacional del Trabajo “lo que es y lo que hace”, pg. 12

La OIT trabaja constantemente en ampliar la cobertura del convenio, en relación a la eficacia de la protección social universal, así como el fortalecimiento del Sistema Tripartito y el diálogo social creando alianzas, esto quiere decir que esta organización está gobernada por representantes de los Estados miembros, los empleadores hasta los trabajadores mismos en la búsqueda de expandir el efecto jurídico que causan estos principios a los pueblos y comunidades. Otro aspecto importante de la OIT es su conformación. Esta organización está integrada por una Conferencia General que se reúne anualmente, en la que dos delegados del gobierno más 377 empleados de distintas especialidades formulan leyes sociales de carácter internacional para reformar los convenios de esta organización con el objeto de acoplarlas cada vez más a la realidad global y las necesidades de las comunidades en nuestro caso. Es así como PEDRO CAMARGO⁸² dice que “el Consejo de Administración, órgano ejecutivo integrado por 48 miembros y la Oficina Internacional del Trabajo, que recoge y distribuye información, prepara proyectos de ley a solicitud de los gobiernos, administra los programas de cooperación técnica y proporciona el mecanismo para ayudar a la aplicación eficaz de las convenciones”.

A continuación analizaremos los convenios más importantes de la OIT, su evolución y reformas en temas de participación ambiental así como la eficacia en temas de protección a las comunidades, sus políticas sociales y económicas que se deben llevar a cabo para lograr una inclusión social que mejore las condiciones de vida de estos pueblos.

⁸²⁸² PEDRO PABLO CAMARGO, Derecho Internacional, El Derecho de la Sociedad Internacional, Bogotá, pg. 225.

2.1.2.1 CONVENIO 107

La Organización Internacional del Trabajo, es una de las entidades internacionales que más ha aportado en temas de participación. La OIT, “crea un marco jurídico universal, en el cual se conciba al trabajo como un valor universal, en el cual el valor humano es protegido por mecanismos legales y reconocido como una aportación invalorable, para alcanzar el bienestar del hombre”⁸³

Dentro de este marco jurídico es donde enmarcamos al Convenio 107⁸⁴ de la OIT en el que las comunidades cuya situación social y económica, no es la misma que la población en general, sean las beneficiarias de las garantías que conceden estos derechos y oportunidades. Este Convenio tiene por objeto fundamental la “integración progresista”⁸⁵. Como lo explica DÍAZ GARAYCOA⁸⁶; es el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos y comunidades tribales y ancestrales dentro de un entorno social de participación.

Existe una amplia relación entre el Convenio 107 y la participación social, ya que a través de su normativa se plasma el espíritu de lucha de las comunidades y pueblos que exigen el respeto a su cultura, sus costumbres y su forma de vida, sin embargo existen otros intereses también importantes con relación a la participación como es la institucionalización de un mecanismo de participación lo suficientemente eficaz para aplicarlo en el manejo de los proyectos ambientales que afecten a las comunidades en las zonas de impacto ambiental.

⁸³ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 33.

⁸⁴ CONVENIO 107 DE LA OIT, Proclamado en 1957, Sobre poblaciones indígenas y Tribales.

⁸⁵ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 34

⁸⁶ *Ibíd.*, pg. 35

Se debe tener claro, que los objetivos entre los dos Instrumentos Internacionales 107 y 109 que analizaremos más adelante son muy diferentes. Mientras que el Convenio 107 fue una norma integracionista, el Convenio 109 se centró mucho más en el fortalecimiento de la identidad de la población y las comunidades dejando a un lado la homogenización de los pueblos, con la población en general. La identidad de estas colectividades, es definida como “la creatividad puesta por los conjuntos sociales, los conjuntos sociales que conforman ese conjunto mayor que se ha llamado pueblo, para identificar problemas, proponer soluciones, proponerse metas e incluso diseñar soluciones específicas para resolver esos problemas”⁸⁷. Con esta definición es claro que una de las ventajas de la identidad como pueblo, es la facilidad de formular y ejecutar procesos de desarrollo usando los instrumentos Internacionales. La mayor parte de problemas sociales deben ser resueltos por los mismos sujetos de participación con una adecuada asesoría por parte de las instituciones públicas y privadas.

La Organización Internacional de Trabajo, adopta en 1957 el Convenio 107, El ámbito de aplicación de este convenio, está claramente estipulado en su artículo 1⁸⁸ de la norma e incluye un término interesante, al hablar de las poblaciones semitribales, como a los “grupos y personas, que aunque próximos a perder sus características, aun no está

⁸⁷ RABEY, MARIO, Conocimiento popular y desarrollo. Medio Ambiente y Urbanización, 1990, pg. 31: 46-55.

⁸⁸ Artículo 1 del Convenio 107 -OIT 107.-

1.- “A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

2.- “A los miembros de las poblaciones de las poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que , cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a la que pertenecen”.

integrados totalmente a la colectividad nacional”⁸⁹ Esto implica que su aplicación estaba destinada a los miembros de las comunidades tribales y semitribales cuyas condiciones de vida sean menos avanzadas que la sociedad en general, también describe a las poblaciones descendientes de colectividades con una identidad cultural que viene desde la época de la conquista o la colonización.

El Convenio 107 fue ratificado por 27 miembros de la OIT y que en la actualidad consta de 180 miembros, entre los países que lo ratificaron esta Ecuador, el 3 de noviembre de 1969 derogado posteriormente en 1998, Brasil en 1965, Bolivia en 1965, Cuba en 1958, México en 1959 y Panamá en 1971, entre otros países de Latinoamérica⁹⁰. Este instrumento se refiere principalmente a las poblaciones indígenas, tribales y semitribales, que se encuentran en condiciones de “necesidades básicas insatisfechas” (NBI) o en extrema pobreza y que los Estados integren a dichos pueblos a la sociedad.

Otro de los aspectos del Convenio, es el ESPÍRITU DE INTEGRACIÓN de los pueblos y las comunidades tribales y semitribales. Es así como, en su artículo 2, se impulsa a los gobiernos al desarrollo de programas para la integración y participación de las comunidades en sus respectivos países. Posteriormente el literal c del inciso 2, ordena las medidas por las cuales los programas y proyectos, deben estar comprendidos dentro de una asimilación “real” y no “artificial”.⁹¹ Esto quiere decir que el Convenio pretende una integración

⁸⁹ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 35

⁹⁰ “Ratificaciones que ha recibido el Convenio 107” International Labour Organization, disponible en: (15 de febrero de 2005) <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C107> (15 de febrero de 2005) y “Ratificaciones que ha recibido el Convenio 169” International Labour Organization, disponible en: (15 de febrero de 2005) <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C169> (15 de febrero de 2005).

⁹¹ CONVENIO 107 DE LA OIT, Artículo 2.- 1.- “Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países”. 2.- literal c del párrafo 2.-...que creen

gradual, al referirse a una asimilación real. Ingresa el término “previo” de los mecanismos de participación en el cual las comunidades puedan informarse y pronunciarse en un tiempo real y oportuno con el objeto de analizar los aspectos positivos y negativos del proyecto, todo esto para mejorar las condiciones socio-económicas y culturales, mediante la garantía de los derechos como identidad cultural.

El artículo 5⁹² contiene otra de las garantías que forman parte fundamental del Convenio, que es la creación de alianzas entre el estado y los pueblos y comunidades, para procurar la protección e integración de las comunidades en los proyectos ambientales, con el objeto de eliminar la desconfianza cultural que hasta el día de hoy, es la mayor amenaza de los proyectos y programas, que el Estado emprende en temas de participación ambiental.

En esta norma, también se consagran los derechos y obligaciones de las comunidades, tomando en cuenta principalmente el derecho consuetudinario, es decir que procura el mantenimiento de las costumbres y tradiciones ancestrales propias de estos pueblos siempre y cuando estén en contra del ordenamiento jurídico de los planes y programas de integración que haya planteado el estado de dicho país.

Otro capítulo muy importante en este instrumento, es el de la tenencia de la tierra en el cual ya existe un claro reconocimiento de la propiedad colectiva e individual de las tierras, como

posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de estas poblaciones.

⁹²CONVENIO 107 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO,

Artículo 5.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la protección e integración de las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán: a) buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes; b) ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas; c) estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones.

lo estipula el Artículo 11⁹³ de la norma. Es decir en este punto, existe una prohibición expresa, en las que, las poblaciones o comunidades indígenas no pueden ser reubicadas sin su libre consentimiento, como sucede generalmente en los proyectos estatales de explotación ambiental. La única excepción prevista es la de una norma del marco jurídico nacional que exprese un motivo de seguridad nacional, desarrollo económico del país, o el peligro de una epidemia dentro de una de las comunidades. Es decir, en este instrumento ya se analiza la posibilidad de que las comunidades no sólo sean sujetos de garantías y derechos, sino de obligaciones y si hablamos del desarrollo económico, social y cultural del país frente a la globalización, la participación de las comunidades, forma parte esencial de este proceso de desarrollo. Se puede observar claramente, que el instrumento garantiza la transmisión de derechos de propiedad, el uso, administración y goce de los recursos naturales, pero siempre observando que dichos preceptos, no obstruyan el desarrollo económico y social del país, es decir el bien común de la nación.

La parte final del Convenio hace referencia a temas de salud y educación, pero algo que hace énfasis la norma, es que la integración cultural debe ser un proceso que no se puede dar en una sola generación, conservando el lenguaje materno y otras costumbres que eviten choques culturales⁹⁴.

Finalmente, el Convenio 107 de la “OIT” fue una de las normas más importantes dentro del marco jurídico de garantías, participación e inclusión social de los pueblos indígenas y tribales, dando un paso muy importante a los debates sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas, objetivos laborales y económicos para incrementar el nivel de vida de

⁹³ *Ibidem.*, Artículo 11.- Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

⁹⁴ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, *Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional*, pg. 34

las comunidades, pero siempre garantizando sus valores ancestrales y eliminando la discriminación entre las comunidades con menor desarrollo económico y social.

2.1.2.2 CONVENIO 169

El 7 junio de 1989 fue convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, luego de haber observado las normas internacionales enunciadas en el Convenio 107 y en la recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, consideraron que la norma debía evolucionar para contribuir con los pueblos indígenas y tribales en temas como la diversidad cultural, autodeterminación y ecológica de la humanidad así como la cooperación y comprensión de las organizaciones nacionales e internacionales. Así fue como el Convenio 107 fue rechazado por la Organización Internacional de Trabajo debido a que esta idea de integración iba en contra de la lucha por el reconocimiento de los pueblos indígenas, como libres para determinar sus formas de vida. Es así como, después de una revisión del mencionado texto, nace el CONVENIO 169⁹⁵ de la Organización Internacional de Trabajo en los países en donde fue ratificado.

En este instrumento que consta de 44 artículos que reconocen las aspiraciones de los pueblos para asumir su autodeterminación y formas de vida, su desarrollo económico para mantener su identidad cultural, su lenguaje y su religión, buscando siempre que estas comunidades puedan gozar de los derechos humanos de la misma manera que la sociedad en general. Es así que al analizar la Convención, encontramos algunos cambios interesantes como la intención clara de ampliar el ámbito de acción de la norma al modificar el término

⁹⁵ Organización Internacional de trabajo (OIT), Convenio No. 169 sobre los pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989.

“pueblos” por el de “poblaciones” que en todo caso hace referencia a la interpretación que pueda conferirse al término. Así mismo en su artículo 1, se hace especial énfasis en la identidad de las comunidades y de los pueblos indígenas, para evitar que el ámbito de aplicación de la norma, se extienda demasiado a los grupos de poder que solo las aplicarían para su propia conveniencia.⁹⁶

También se dispone en el convenio, la característica en la que habla principalmente sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es decir, Estados con una política democrática y participativa. Este instrumento internacional no establece específicamente la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas, sin embargo, determina las obligaciones y derechos de los pueblos y comunidades frente al Estado. En su artículo 7.1 se aprecia claramente los alcances de la libre determinación de los pueblos frente a su territorio y como estos pueden decidir libremente su desarrollo económico, social y cultural. El alcance jurídico de la libre determinación en el Convenio 169 se centra principalmente en la perspectiva pluricultural de los pueblos indígenas, tribales y semitribales, que a través de este precepto pudieran elegir su propio desarrollo económico y cultural sin la perspectiva de que la inclusión social implique mestizaje, como se confundió muchas veces en el Convenio 107 al hablar de integración como un pretexto de que las comunidades pierdan sus valores culturales.

Igualmente este artículo prioriza y reitera la necesidad de un proceso de participación viable para la toma de decisiones ambientales, con el papel protagónico de las comunidades, esto quiere decir que dichos pueblos sean analistas y beneficiarios de las decisiones ambientales.

⁹⁶ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, *Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional*, pg. 35

Uno de los aspectos más importantes de dicho Convenio es la incorporación de la palabra “territorios” en el artículo 13⁹⁷ que se refiere al espacio no solo físico, sino cultural en el cual los pueblos y nacionalidades pueden elegir su medio de subsistencia. Al analizar este convenio, hay una clara diferenciación entre la palabra tierra y territorio, refiriéndose a la tierra como “el espacio de propiedad que en el derecho civil llamamos derecho de propiedad a los límites territoriales que tenemos todos los ciudadanos dentro de un espacio, como dice Frédéric Murlon en el Tratado de Derecho Civil, en el que explica que la palabra bienes en el derecho real, está asociada a las cosas susceptibles de entrar en el patrimonio de una persona. Y al territorio refiriéndose al derecho a la libre determinación del espacio cultural que tiene los pueblos y nacionalidades”⁹⁸. Por lo que este derecho a la libre determinación del territorio estaría consagrado en dicho Convenio como parte del la libre determinación de los pueblos indígenas dentro del precepto de libertad e igualdad y principalmente el respeto a la propiedad como territorio inalienable de los pueblos indígenas.

Por otro lado FRANCISCO DÍAZ⁹⁹, en su análisis de las diferentes normas internacionales explica que, la diferencia que existe entre el Convenio 107 y el 169 estableciendo que en aquel Convenio existía un tipo de participación más limitado y esporádico que el del 169, que convierte a los pueblos y comunidades en partícipes principales en la aplicación de las

⁹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), CONVENIO No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 27 de junio de 1989.

Artículo 13 de la Organización Internacional del Trabajo OIT

1. Deberán respetar la importancia especial que las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

⁹⁸ FRÉDÉRIC MOURLON, A. ALESSANDRI, et al. Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1998, p. 13.

⁹⁹ FRANCISCO DÍAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, Convenio 169 OIT pg. 35.

normas de este instrumento. Así mismo expresa que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos y garantizar el respeto de su integridad ecológica” es decir, que los gobiernos tienen la obligación de integrar a dichos pueblos y comunidades, garantizando sus derechos amparados en las normas internacionales mediante proyectos de participación que proteja a estos pueblos ancestrales. En este sentido se habla de integridad como la manera de prever los impactos o afectaciones ambientales y humanas para minimizar efectos negativos de la explotación de recursos naturales, esto se puede lograr entendiendo las políticas de desarrollo sustentable. Este desarrollo tiene tres puntos de equilibrio la viabilidad económica de las comunidades, en el sentido en el que las comunidades necesitan de sus recursos para subsistir, la equidad y el bienestar social como el respeto a la normas internacionales de participación ambiental, así como el mejoramiento de las condiciones de vida de dichos pueblos y finalmente la integridad ecológica desde el punto de vista biológico y humano¹⁰⁰ con una conciencia de que ciertos ecosistemas son más sensibles y requieren de mucha más protección ambiental por parte de los organismos nacionales . Si todos estos puntos se logran se puede hablar de integridad ecológica de las comunidades.

Ahora bien en el artículo 6¹⁰¹ del Convenio 169 de la OIT encontramos las obligaciones que deben cumplir los gobiernos al aplicar dichas normas, al mencionar que el

¹⁰⁰ AXEL DOUROJEANNI, Procedimientos Para El Desarrollo Sustentable, 1997, pg. 12.- “El área de equilibrio del desarrollo sustentable depende esencialmente de los acuerdos entre actores y, por lo tanto, no se da en forma automática sino en base transacciones”.

¹⁰¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), CONVENIO No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 27 de junio de 1989.

Artículo. 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

procedimiento de la consulta debe hacerse mediante procedimientos adecuados para llegar al mayor nivel de participación a través de instituciones representativas siempre que estas decisiones contengan medidas legislativas o de orden administrativo que afecten sus condiciones de vida de manera económica o mediante impactos ambientales dentro de sus territorios. En su segundo párrafo también se establecen los métodos por los cuales los pueblos pueden participar libremente adoptando niveles de participación equitativos a otros sectores de la población. Esto quiere decir que las comunidades tienen la libertad no solo de informarse sino de presentar los debates correspondientes ante las organizaciones internacionales y nacionales para que se respeten sus condiciones de vida. De la misma manera estos pueblos tienen el derecho de exteriorizar iniciativas de desarrollo económico que se adapten a sus costumbres para que en todo sentido se procure un consentimiento por parte de estas dentro de los procesos ambientales de participación.

Otro de los artículos que resaltan los cambios con su anterior antecesor es el Artículo 7¹⁰² que al analizarlo a simple vista se destacan las prioridades que se otorgan a las decisiones

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;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

¹⁰² *Ibíd.*, CONVENIO No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 27 de junio de 1989.

Artículo 7.- 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la

que pueden tomar los pueblos y comunidades, refiriéndose a su desarrollo económico y cultural, sus vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual. También se incluye en el Convenio la posibilidad de crear alianzas y medidas de cooperación entre el Estado y los pueblos para que conjuntamente se realicen planes de manejo sustentable para la protección del medio ambiente que forma parte de su hábitat y su medio de subsistencia. El logro de estos planes de manejo sustentable “es el proceso continuo de incorporación de la dimensión ambiental en las decisiones que se lleva a cabo en todas las etapas de participación pero en especial a partir de la evaluación y diagnóstico del ámbito de los estudios de impacto ambiental”¹⁰³. En este sentido la incorporación de la dimensión ambiental introduce el factor tiempo en la adopción de decisiones para lograr mejores resultados y la realización adecuada de los componentes de participación dentro de la legislación Internacional y especialmente en el Convenio 169 de la OIT.

En todo esto se puede concluir que el Convenio 169 garantiza el reconocimiento de sus derechos a los pueblos y comunidades, en su condición de integrantes de los Estados y en consecuencia forman parte del ordenamiento jurídico general, ya que dicha convención es una herramienta útil que facilita, integra, garantiza y desarrolla a los pueblos indígenas como parte de un ecosistema frágil que protegen los organismos internacionales como la

formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

¹⁰³ AXEL DOUROJEANNI, Procedimientos Para El Desarrollo Sustentable, 1997, pg. 17

Organización Internacional del Trabajo y la Organización de las Naciones Unidas que analizaremos más adelante.

2.1.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de este Convenio es muy parecido al de su predecesor, el Convenio 107 sin embargo, la principal diferencia radica en la introducción del término pueblos en lugar de hablar de poblaciones, en todo caso este cambio demuestra el espíritu de ampliar los alcances del convenio. DÍAZ GARAYCOA¹⁰⁴ también explica que el convenio, “incluye la conciencia de su identidad indígena o tribal que deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del convenio, es decir los del Artículo 1.2¹⁰⁵” Esto quiere decir que no se pretende que la aplicación del Convenio se extienda demasiado a grupos como los campesinos, que pueden pretender acogerse al Convenio según su conveniencia, se pretende que el Estado reconozca la “existencia objetiva para determinar la condición de indígena”¹⁰⁶.

El Convenio 169, presenta un texto mucho más amplio que su antecesor, que incorpora derechos como la participación, educación, salud, derecho a la tierra, uso goce y libre disposición de los recursos naturales renovables dentro de su territorio siempre y cuando no impida el desarrollo de proyectos Estatales. En resumen este instrumento fue la consecuencia de la innegable lucha de los pueblos y comunidades para el reconocimiento de sus derechos en particular de los países con mayor número de población indígena,

¹⁰⁴ FRANCISCO DIAZ GARAYCOA, *Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional*, pg. 34.

¹⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), CONVENIO No. 169 SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 27 de junio de 1989.

1.2.- La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

¹⁰⁶ FRANCISCO DIAZ GARAYCOA, *Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional*, pg. 35.

creando organizaciones representantes como la Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador –CONAIE como uno de los movimientos políticos que más representa a los indígenas del Ecuador, aunque no incluye a todas las comunidades, lucha por el respeto de sus derechos de participación dentro de la legislación nacional e internacional.

2.1.3.1 PARTICIPACIÓN

Al analizar los principales instrumentos que forman parte de la base de los procesos de participación se presentan como fuente de estos, según su grado de obligatoriedad, empezando por los tratados de Derecho Duro o “Hard Law” como el Convenio 169 de la OIT, las de “Derecho Emergente” que se consideran cada vez más vinculantes pero no en el sentido estricto y las de Derecho Suave o “Soft Law” que están vinculados con la sociedad, que a pesar de no tener carácter obligatorio o vinculantes, constituyen una guía para el manejo y solución de conflictos en la toma de decisiones ambientales.

También encontramos otras fuentes que se consideran como Derecho Suave, entre los que se observan pronunciamientos que a pesar de no ser vinculantes son parte de las directrices en los procesos como la consulta previa, todas estas declaraciones influyen considerablemente en las decisiones que toman los Estados, y por ello se considera a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los proyectos de la Organización de Estados Americanos como la Declaración Americana de los pueblos Indígenas de esta Organización, que han contribuido con el Derecho emergente.¹⁰⁷

¹⁰⁷ CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, Y PAULA BURITICÁ, La consulta Previa a Pueblos Indígenas, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, pg. 16

2.1.4 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Esta organización en la teoría, es una de las pocas instituciones capaces de estar por encima de la política del poder, debido a sus valores internacionales de igualdad, libertad y principalmente la paz, siempre ha tratado de mantenerse al margen de los conflictos entre los Estados y las comunidades con el objeto de respetar los Derechos Humanos Universales.¹⁰⁸ La Asamblea General es el principal órgano de las Naciones Unidas y está compuesta por todos los Estado miembros, cada uno de los cuales tiene el derecho al voto en relación a conflictos de paz y seguridad. Sus integrantes son: Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Reino Unido todos estos son miembros permanentes del Consejo de Seguridad que tiene la facultad de vetar las resoluciones de la organización con el fin preservar la paz entre los Estados.¹⁰⁹ La ONU nace el 24 de octubre de 1945 en San Francisco con la participación de los representantes de 50 países los cuales debían redactar el principal instrumento de la ONU, La Carta de Las Naciones Unidas en donde estarían plasmados los principios fundamentales del respeto a los derechos humanos entre otros, su función principal es la unión de los Estados así como la promoción del progreso económico y la solución a los conflictos sociales como la libre determinación de los pueblos¹¹⁰.

¹⁰⁸ RICHARD SWIFT, Democracia Y Participación, 2004, pg. 98

¹⁰⁹ Ídem, Pg. 99

¹¹⁰ RESOLUCIÓN 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la DECLARACIÓN RELATIVA A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL REFERENTES A LAS RELACIONES DE AMISTAD Y A LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS DE CONFORMIDAD CON LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS: Preámbulo.-El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta. Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad soberana de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las

Este instrumento, considerado como el más importante, la Carta de las Naciones Unidas, es considerado como un tratado multilateral, ya que conlleva principios, propósitos, métodos, funciones y poderes. De acuerdo a su pretensión de ser obligatorio este tratado fue acogido por todos los Estados como base de muchos otros convenios multilaterales. Así mismo esta organización, ha logrado convertirse en la base de los principios universales de los Estados independientemente desde su sistema político, económico, social y cultural, incluso los países que fueron derrotados en la Segunda Guerra Mundial formaron parte de esta organización en la que se constituyó la Sociedad Internacional, promulgando los principios del Derecho Internacional Contemporáneo.¹¹¹

Los primeros artículos de esta declaración establecen que, aunque un Estado no sea miembro de la Naciones Unidas este deberá procurar guiarse por los principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacional.¹¹² También como una línea de defensa en la caso de que un Estado entre en una controversia, este será invitado a formar parte de las discusiones sin derecho a voto pero siempre procurando llegar a acuerdos que mantengan la calma para no llegar a conflictos ante el Consejo de Seguridad.¹¹³ Es por esta razón que la Organización de las Naciones Unidas no siempre

disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de:

- a) fomentar las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados; y
- b) poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos a la subyugación de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas.

¹¹¹ PEDRO PABLO CAMARGO, Derecho Internacional, El Derecho de las Sociedades Internacionales, Tomo II, pg. 115.

¹¹² CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, 26 de junio de 1945: Artículo 25.- Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta.

¹¹³ *Ibidem*, Artículo 24.- A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad

impone obligaciones a los Estados pero en la práctica del Derecho Internacional son la última línea de defensa ante un conflicto bélico entre dos Estados.

En temas de participación, la Organización de las Naciones Unidas proclamo la Declaración de los Pueblos Indígenas en 1997, la cual fue adoptada por 143 países a favor, 4 en contra incluyendo Australia , Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unido, así como 11 países que no se proclamaron incluyendo 34 Estados que no se presentaron. Esta declaración es considerada como el mayor aporte por parte de la Asamblea General de la Naciones Unidas para el mundo.¹¹⁴ Como habíamos mencionado, si bien la declaración no es vinculante y no genera obligación para los Estados, existen muchos Países entre estos Perú, que han adoptado la Consulta Previa como el mecanismo más efectivo en la toma de decisiones, siempre y cuando adhieran a sus procesos, el traslado de grupos indígenas de sus tierras así como medidas legislativas y administrativas que afecten a las comunidades y pueblos en su situación y desarrollo socio económico.

También es importante destacar la aplicación de medidas internacionales de protección y la reparación de todos los bienes de propiedad intelectual como su cultura, sus costumbres espirituales ancestrales que las comunidades hayan perdido sin su Consentimiento Previo Libre e informado.¹¹⁵

Otro de los departamentos que aporta constantemente en temas de participación es el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, su función principal es el monitoreo

internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actuó a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.

¹¹⁴ CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, Y PAULA BURITICÁ, La consulta Previa a Pueblos Indígenas, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, pg. 21

¹¹⁵ *Ibíd.*, pg. 22

del cumplimiento por parte de los Estados miembros en temas de violaciones a los derechos contenidos en la Carta de la Naciones Unidas. Sus observaciones son emitidas mediante pronunciamientos que revisa el comité y que posteriormente se analizan en informes periódicos que los Estados envían en caso de conflictos con las comunidades.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nació en 1966 en consecuencia de las luchas de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas en la que se negaba a las personas poder elegir su propia vida cultural, a tener su propia religión así como su idioma. Este pacto basa la protección de los derechos de las comunidades y sus pueblos ancestrales de acuerdo a su artículo 27¹¹⁶, en donde se establece que se debe aplicar la consulta previa como mecanismo primordial en el proceso y reconocimiento de los pueblos en el que su principal cambio se ve fundamentado el debate en el término “pueblos” en vez de poblaciones.¹¹⁷

Hoy en día todos los Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, envían un informe al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la que dicho comité toma medidas en los Estados que de alguna manera atenten contra las garantías internacionales y su libre determinación, así como de la consulta en algunos Estados en los que la practica permita consultar, informar, educar y participar con las comunidades en el desarrollo social y económico de los proyectos y programas así como el consentimiento en otros para cualquier proyecto que implique cambios en su vida, su cultura y su desarrollo socio económico en casos en que las afectaciones requieran de su

¹¹⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 16 de diciembre de 1966: Artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

¹¹⁷ CEDR, Observaciones Finales sobre Colombia, pg. 33

consentimiento expreso debido al traslado de sus territorios o al alto grado del impacto ambiental.

Otra de las maneras en la que la ONU está constantemente informada sobre los conflictos en la toma de decisiones, es la Relatoría Especial de la Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales de los Pueblos indígenas, JAMES ANAYA¹¹⁸, el actual relator de este programa es el encargado de investigar a través de los países miembros acerca de métodos y técnicas para enfrentar, superar los conflictos y las violaciones que se presentan contra el derecho de las comunidades. Igualmente da un seguimiento, envía recomendaciones a los Estados sobre los programas y proyectos de Consulta y toma de decisiones, verificando que se cumplan los derechos humanos y políticos. Todos estos informes no son vinculantes como se menciona anteriormente, pero son una guía para alentar a los Estados a realizar procedimientos correctos en la toma de decisiones ambientales.

Por último el Foro Permanente de las Naciones Unidas (ECONOSOC) así como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, son organismos encargados de analizar el desarrollo socio económico y cultural así como su medio ambiente, educación, salud y Derechos Humanos, pueden acudir a estos foros, las Organizaciones No Gubernamentales, Organizaciones de los Pueblos Indígenas entre otras, para presentar sus observaciones ante el pleno, que desde el 2002 la entidad ha sido encargada de realizar talleres, como el organizado en el 2005 en Nueva York para evaluar las políticas y prácticas del Consentimiento Precio Libre e Informado y como debe ser aplicado a las comunidades en

¹¹⁸ CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, Y PAULA BURITICÁ, La consulta Previa a Pueblos Indígenas, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes, pg. 27

la toma de decisiones, como se deben llevar los procesos de exploración y explotación de recursos naturales realizando estudios importantes sobre el impacto en estas poblaciones y como estos procesos también se desarrollan de una forma positiva.

2.1.4.1 LIBRE DETERMINACIÓN O AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua¹¹⁹, el termino autodeterminación significa la “Decisión de los pobladores de una unidad territorial acerca de su estatuto político”, definición que carece de precisión al hablar de pobladores sin referirse a qué grupo así como cual es la unidad territorial, esta ha sido la principal problemática de la libre determinación la cual, debería ser definida como el derecho de los pueblos y las comunidades a decidir sobre todos los valores que pudieran afectar su vida dentro de un territorio determinado.

Se cree erróneamente que la libre determinación de los pueblos tiene un alcance casi global y es ahí donde JOSÉ MARÍA RUIZ SÁNCHEZ¹²⁰ ponente del Instituto de Estudios de la Democracia de la Universidad San Pablo de España, parte del error antropológico en la afirmación de que el mundo está dividido en pueblos y naciones y estos no se pueden identificar y separar los unos de los otros, pero en realidad el alcance de este principio debe ser mucho más específico para que estas proposiciones se conduzcan de manera real en un sentido más histórico-cultural de las mismas, basado en el respeto de sus costumbres y el derecho consuetudinario.

¹¹⁹ Real Academia de la Lengua, Autodeterminación, pg. 554

¹²⁰ JOSÉ MARÍA RUIZ SÁNCHEZ, Instituto de Estudios de la Democracia de la Universidad San Pablo de España, pg. 5

El principio de autodeterminación nace de la Organización de la Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo como consecuencia de la lucha de los pueblos por conseguir su autonomía en la toma de decisiones que puedan afectar su entorno ambiental, económico, social y cultural. Los mecanismos de Participación que vamos a analizar más adelante son parte de este concepto, ya que su base fundamental es la autodeterminación de los pueblos, es decir es el reconocimiento nacional e internacional de sus derechos y garantías para ser consultados e informados. El conflicto fundamental de la autodeterminación es el alcance del principio de soberanía de los Estados para la utilización de sus recursos naturales, si estos son fundamentales para su desarrollo, hasta qué punto la autodeterminación de los pueblos es una garantía para la subsistencia de estos. Es por ello que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece los lineamientos para la aplicación de la consulta en el caso de comunidades afectadas por proyectos de prospección de recursos naturales.¹²¹

Durante la historia se ha podido observar que solo cinco o seis países del mundo que utilizan el Derecho Consuetudinario o Common Law son los que han reconocido plenamente el derecho sobre los recursos del suelo a las comunidades, los mismos que han perfeccionado la práctica de la inclusión social dentro de los proyectos de exploración y explotación, es por esta razón que reconocen y garantizan este derecho a las comunidades.¹²² En países como Perú o Ecuador en donde la base es el Derecho Romano, prima el principio de autodeterminación como la forma de interpretación de soberanía de

¹²¹ ALEJANDRA ALAYZA MONCLOA, No Pero Sí: Comunidades Y Minería Consulta Y Consentimiento Previo, Libre E Informado En El Perú, pg. 125.

¹²² *Ibíd.*, pg. 126

los Estados Naciones.¹²³ Esto implica, que son muy pocos los Estados que reconocen el derecho de los recursos naturales a los pueblos y comunidades a menos que hayan basado sus principios en el derecho consuetudinario y puedan basar sus procesos en el Consentimiento Previo Libre e Informado que de acuerdo con el Convenio 169 y en la práctica llega a ser de muy difícil aplicación en países como el Ecuador en donde las decisiones están basadas en el derecho soberano del Estado conjuntamente con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

Para concluir podemos señalar que el principio de la toma de decisiones ambientales nace del poder que le da el pueblo a sus representantes en el Estado, a través de sus delegados en un proceso de consulta o consentimiento que involucra el bien común de los pueblos y las comunidades, su derecho a la libre información, a su libre determinación, su inclusión social y su protección así como al desarrollo económico, social y cultural de los Estados-Naciones.

2.1.5 ANTECEDENTES EN LATINOAMÉRICA

ALEJANDRA ALAYZA MONCLOA en su libro, Comunidades y minería muestra antecedentes claros del origen de la participación en el Perú, estos iniciaron principalmente en proyectos de minería en la provincia de Piura que provocaron reacciones en las comunidades que estaban siendo afectadas, la desaprobación de los programas y proyectos Estatales, radicó en la carencia de acuerdos de participación bilaterales que permitan la libre información y la participación de la población dentro de estos proyectos extractivos. Durante años se han incorporado denuncias por parte de las comunidades en torno al

¹²³ Ibíd., pg. 36

desarrollo económico y los violentos enfrentamientos entre las poblaciones y el Estado que finalmente conducen a una legitimación de sus decisiones en un intento de acabar con el conflicto. La principal amenaza de estos proyectos era el impacto ambiental dentro de los pueblos y comunidades de las zonas que vieron un alto grado de afectación en la vida y salud de sus habitantes y que en contraste, el beneficio mínimo de estos era al desarrollo social y económico. Es por eso que, por ejemplo el Perú sufrió grandes enfrentamientos antes de lograr instaurar las garantías para los sujetos de participación debido al choque de dos modelos socio económicos de desarrollo rural en el que muchas comunidades sufrieron la exclusión y el atropello de sus derechos fundamentales.¹²⁴

En Colombia también se produjeron grandes cambios en el tema de participación ambiental, con la promulgación del Código de Minas en el 2001, establecieron la base del manejo de los recursos naturales frente a las comunidades y sus afectaciones, principalmente las comunidades indígenas y afroamericanas. El artículo 121 del Código especifica las zonas mineras en donde se asientan dichas comunidades y la obligación de garantizar la cultura, la salud y la subsistencia de estos pueblos indígenas mediante la utilización de políticas que minimicen al daño ambiental en estas áreas.¹²⁵ En los artículos consiguientes precisa que para la exploración y explotación de los recursos dentro de las

¹²⁴ ALEJANDRA ALAYZA MONCLOA, No Pero Sí: Comunidades Y Minería Consulta Y Consentimiento Previo, Libre E Informado En El Perú, 2007, pg. 9

¹²⁵ CÓDIGO DE MINAS, Registro Oficial 685 de Agosto del 2001, Colombia.

Artículo 121.- Integridad Cultural. Todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.

zonas indígenas se deberá realizar la consulta y la participación de las comunidades como un derecho fundamental de estas.¹²⁶

Finalmente el Artículo 129 establece la participación activa y económica de las comunidades indígenas dentro de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales como una fuente del desarrollo económico y social, se procura esta participación siempre y cuando estos ingresos sirvan para desarrollar planes obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades indígenas que habitan estas zonas afectadas.¹²⁷

Todos estos antecedentes en Latinoamérica muestran la lucha constante de estos pueblos indígenas por la inclusión social y la autodeterminación, la potestad de los pueblos para establecer áreas restringidas para la explotación de recursos que afectan no solo a las personas sino a los lugares muchas veces considerados patrimonio de estas comunidades, la posibilidad de desarrollarse mediante acuerdos bilaterales Estatales y principalmente garantizar la participación y la consulta de los planes de explotación de recursos naturales no renovables.

CAPÍTULO III

3. NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN EL ECUADOR

¹²⁶Ibíd., Artículo 122.- Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

¹²⁷Ibíd., Artículo 129.- Participación económica. Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de que trata el artículo 123, deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios.

3.1 INTRODUCCIÓN A LOS NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL

Partiendo de la definición en la que se aplican los niveles de participación social, y como una breve introducción al estudio de estos, algunos autores como ERNESTO VILLANUEVA¹²⁸ de la Organización Ciudadana en México, establecen la existencia de cinco niveles fundamentales de participación. Como bien se sabe el libre acceso a la información es el primer nivel de participación social, en el que las comunidades deben tener el derecho a estar libremente informados sobre todos los asuntos públicos que afecten a la sociedad. Así mismo este nivel puede ser usado como una herramienta para valorar la forma en la que el Estado aplica los procesos de toma de decisiones,¹²⁹ esto quiere decir que al informar a las comunidades sobre un proyecto de desarrollo o proyecto extractivo de sus recursos naturales, el Estado tiene la capacidad de crear un puente de comunicación entre ellos para iniciar el proceso de Consulta Previa u obtener su consentimiento. Esta participación como información, es la más básica entre los diferentes niveles y se aplica a aquella población que participa por tener el derecho de ser libremente informada, conocer y entender los asuntos de interés público ya que esta es fundamental para la toma de decisiones, es por eso que debe ser clara, oportuna y precisa.

La consulta, el segundo nivel de participación, está considerada como la forma de expresión de las comunidades, el Estado debe acoger estas opiniones pero no está obligado a acatarlas sin un proceso formal de participación. Este mecanismo se utiliza

¹²⁸ ERNESTO VILLANUEVA, "Derecho De Acceso A La Información Y Organización Ciudadana En México", pg. 3.

¹²⁹ JULIA DEL CARMEN CHÁVEZ, La Participación Social: Retos Y Perspectivas, pg. 72.

principalmente para la formación del Derecho Suave o “Soft Law”.¹³⁰ La población y las comunidades deben estar dentro de este proceso para hacer llegar al Estado las decisiones que se hayan tomado frente a un tema ambiental. Este nivel es el conocido como no vinculante, en este no existe una relación directa entre la comunidad y el Estado para la toma de decisiones ya que estas generalmente son tomadas por un representante debidamente legitimizado por la comunidad.

La participación en sí es el siguiente nivel, representada a través de la capacidad de decisión por parte de la población, la misma que debe estar basada en los mecanismo formales de toma de decisiones como el plebiscito y el referéndum, procesos en los cuales la sociedad es capaz de ser actores principales en las decisiones que mejoren su calidad de vida y procuren una democracia participativa y directa dentro de los asuntos públicos.¹³¹ En este caso las decisiones de las comunidades se vuelven vinculantes, los actores conocen y deciden sobre los temas de interés público.

El cuarto nivel de participación está considerado como el de fiscalización y control social. Este es el mecanismo de la población para verificar si las decisiones tomadas dentro de los procesos, se cumplen con transparencia y rectitud.

Finalmente esta el quinto nivel de participación en el que se procura la inclusión social de las comunidades dentro de los programas de participación, es aquí donde se da un alto nivel de coordinación entre el Estado y las comunidades para la formación de alianzas y como consecuencia, resultados positivos dentro de los procesos. Esta forma de participación es

¹³⁰ Ibídem., pg. 73

¹³¹ Ibídem.

una de las más avanzadas ya que en este caso la población actúa como auditor de las distintas etapas de un programa.

Este último nivel es el más avanzado, conjugando todos los objetivos fundamentales para llevar a cabo un correcto proceso de toma de decisiones ambientales, la inclusión social y la dirección son las principales características de este nivel.¹³² El Estado y las comunidades trabajan conjuntamente en la creación de un puente que genere el bien común para la población y el desarrollo social y cultural del Estado.

3.2 NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN COMPARADA

En la revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos publicada por R. Stavenhagen¹³³ se analiza la importancia de la libre determinación de los pueblos indígenas en la legislación Internacional, puntualizando que este principio tiene una perspectiva muy clara con la liberación de los pueblos a los regímenes extranjeros, en los que por muchos años estuvieron sometidos dichas comunidades. Cuando nacieron los instrumentos internacionales sobre la libre determinación, adoptada principalmente por Organización de la Naciones Unidas, se empieza a aplicar el derecho, para que todos los pueblos y nacionalidades especialmente los indígenas, puedan garantizarse y separarse de los conceptos económicos y sociales de la sociedad occidental. Esto llevó a los pueblos a una lucha por sus derechos, para determinar su condición social y política frente al Estado,

¹³² *Ibíd.*, pg. 74

¹³³ R. STAVENHAGEN, "los derechos indígenas: algunos Problemas conceptuales", en Revista Instituto Interamericano de Derecho Humanos, Vol. 15, enero – junio 1992, pg. 142.

dentro de los planes y proyectos de desarrollos económicos, sociales y culturales, permitiendo que estos sean parte de los programas de inclusión social y participación.

Por primera vez los pueblos y nacionalidades pudieron entrar en un proceso de participación, reconociendo sus derechos a la tierra y al territorio para satisfacer sus necesidades básicas y proclamar la igualdad social y cultural del ser humano. Como se ha dicho anteriormente estos instrumentos dan la facultad a estos territorios de modelar a su arbitrio la economía y su relación con los recursos naturales renovables y no renovables.

Existe una problemática, entre los conceptos occidentales de formas de vida, con relación al manejo de los recursos naturales y su participación en materia ambiental, que siempre ha ocasionado una pugna entre el mundo occidental y los pueblos que sobreviven de sus propios recursos y luchan por la igualdad mediante la libre determinación, ya que quieren lograr su propio desarrollo mediante el reconocimiento de estos derechos. El Estado en la mayoría de los casos ha pretendido la aplicación de planes y programas de inclusión en la participación social que benefician al desarrollo del bien común, no solo de los territorios que gozan de menos beneficios sino de toda la sociedad en general.

Como hemos visto a lo largo de este estudio el concepto de participación ha ido evolucionando a través de los años, hasta un concepto moderno que abarca los temas políticos, jurídicos, económicos, sociales y culturales y su problemática en la aplicación de los planes de participación social en temas ambientales. Por ello es que dentro de las normas internacionales, proponen a la libre determinación de los pueblos indígenas como una norma jerárquica, base de la existencia de los demás derechos reconocidos hoy en día dentro de nuestra propia legislación nacional. Estos derechos deben no solo ser conocidos

sino promovidos y deben estar dentro de los principios del derecho humano universal que conciben todos los pueblos de la tierra.

La sociedad y el medio ambiente llevan una estrecha relación, cualquier forma de desarrollo sea sustentable o no produce un efecto positivo o negativo dentro de los procesos de toma de decisiones ambientales, la constitución es el instrumento principal en el manejo de estos mencionados procesos.

3.2.1 COSTA RICA.-

En países como Costa Rica los niveles de participación ambiental han ido evolucionando para adaptarse a los cambios políticos y sociales de la historia. MARCO CHINCHILLA MONTES¹³⁴ en su estudio de la gestión ambiental en Costa Rica explica que, desde la década de los años 20 y 30 del siglo 20 ya se producían manifestaciones de participación social y ambiental que principalmente luchaban por ser tomados en cuenta desde la zona atlántica del país. Posteriormente en los años 40 se produjeron grandes cambios, en los que se enfrentaron el partido comunista y la iglesia católica que como consecuencia produjo el surgimiento de una nueva burguesía industrial y el establecimiento nuevas políticas económicas para el uso y aprovechamiento de los recursos. Fue hasta 1973 que se aprobó el Proyecto de Ley para la Concesión en la Explotación de Recursos Minerales como el aluminio en la zona sur del país, que ocasionó descontento entre las comunidades dentro de la idea anti imperialista en la que vivía Costa rica en la época, y que solo buscaba la menor afectación de la biodiversidad en los impactos ambientales. En el año 2000 fue cuando la situación política de Costa Rica pudo ser reconfigurada y por lo tanto los pueblos pudieron participar. No es que dentro de estos 30 años no existió participación, pero era sumamente

¹³⁴ MARCOS CHINCHILLA MONTES, La Discusión Ambiental en el Marco de los Derechos Humanos, pg. 10

limitada y sus niveles eran claramente bajos debido a la política del partido comunista de la época del siglo 20¹³⁵, pero en la actualidad este país lleva una consigna de inclusión social y participación ambiental en la que las comunidades deben no solo ser consultadas sino que deben dar su consentimiento expreso en los proyectos de explotación de recursos.

Costa Rica es un ejemplo del desarrollo y avances en temas de actividad judicial ambiental y procesos de participación. Ricardo Zeledón, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, citó que “hace algún tiempo era difícil conocer un asunto de esta naturaleza o jurisprudencia específica, hoy existen múltiples vías judiciales, el volumen crece en forma abundante, e incluso ya comienza a configurarse un verdadero derecho del ambiente jurisprudencial como consecuencia de los criterios reiterados de los tribunales ubicados en la cúspide del sistema judicial ambiental; esta jurisprudencia inclusive permitió justificar la existencia de un cierto derecho al ambiente como derecho fundamental y más adelante con sus reformas en los procesos de participación”¹³⁶. Costa Rica es un país en donde se puede encontrar abundante jurisprudencia sobre los derechos de participación y consulta, entre ellos se encuentran los fallos de la Primera Sala de Casación, así como de la Sala Constitucional. Algunos de los fallos más importantes en este tema se pueden mencionar:

La Sentencia No. 0144 del 09/01/96 de la Sala Constitucional donde se reconoce que la explotación agrícola o el aprovechamiento de los recursos forestales están sujetos al régimen de autorizaciones del Estado por razones de interés social o colectivo¹³⁷. Esto quiere decir que Costa Rica regula el uso y aprovechamiento de los recursos forestales y naturales en la medida en que sirvan para la subsistencia de los pueblos y comunidades

¹³⁵ Ibídem, pg. 11

¹³⁶ NARZUL ISLAM, ISABEL MARTÍNEZ, *Environmental Law in developing Countries*, IUNC, pg 63.

¹³⁷ Ibídem., pg. 64.

siempre que no se contrapongan al desarrollo Estatal, es decir que los proyectos económicos y agrícolas como este, deberán ser consultados en casos de desarrollo Estatal y en otros como por ejemplo el traslado de las comunidades de sus territorios por impactos ambientales ocasionados en los que deben ser consentidos expresamente por dichas colectividades basados en el artículo 32 numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas¹³⁸ sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Sentencia No. 1700 del 16/04/93 mediante la cual la Sala Constitucional aceptó la legitimación de cualquier persona para accionar la tutela de los recursos forestales en la instancia constitucional.¹³⁹ Este fallo es un logro significativo en el ámbito de la participación ambiental ya que permite que cualquier persona obtenga la tutela de los recursos forestales, es decir la búsqueda de soluciones a los conflictos ambientales por medio de la asignación individualizada de derechos y obligaciones ya que, para que exista justicia ambiental se requiere del interés jurídico ligado a la legitimación de las comunidades que por medio de estas y los mecanismo de participación se puede llegar a la justicia ambiental.

3.3 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

Latinoamérica ha sufrido cambios con respecto a su riqueza ecológica y su implicación con las comunidades dentro de los planes y proyectos económicos de inclusión social y

¹³⁸ DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Artículo 32 No. 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.

¹³⁹ NARZUL ISLAM ISABEL MARTÍNEZ, Environmental Law in developing Countries, IUNC, pg 64.

participación. Según el análisis realizado, Centroamérica es una de las regiones más pobres con respecto a su diversidad ecológica y riqueza biológica ya que existe más de 522.443 km² de masa forestal pero el 70% de la población vive en pobreza o en extrema pobreza de acuerdo a un estudio realizado por la “CEPAL”, 1997:342)¹⁴⁰.

En muchos países de Centroamérica y el Caribe, el derecho indígena de propiedad de la tierra ha cambiado con respecto a la participación social, la desigualdad social, por ejemplo en Guatemala como lo explica PABLO ALARCÓN¹⁴¹, “el 66% de la tierra estaba ocupada en 1989, por el 3% de las haciendas de producción nacional por parte de las comunidades, pero en la última década existe una clara tendencia a las importaciones”, demuestra un claro abandono de las actividades primarias de producción ecológica dentro de los proyectos de explotación forestal y agropecuaria.

Según revela ALARCÓN¹⁴², en México los porcentajes de necesidades básicas insatisfechas, la pobreza sumada a una tasa de analfabetismo que alcanza los diez puntos porcentuales, la carencia de servicios de salud de acceso a la desnutrición han ocasionado que las comunidades no se desarrollen económicamente ni socialmente en materia de participación ambiental.

El deterioro ambiental también ha jugado un papel importante en la carencia de participación social en Latinoamérica, desde 1995 Centroamérica contaba con el 18% de bosques primarios, indicando que más del 33% de dicho bosque está en peligro y el 15% en

¹⁴⁰ PABLO ALARCÓN-CHAIRES, *Pueblos Indígenas y Pobreza Riqueza Ecológica vs Pobreza Social*, pg. 43

¹⁴¹ *Ibíd.*, pg. 44.

¹⁴² *Ibíd.*

estado vulnerable y solo un 3% en estado intacto¹⁴³. Se puede ver claramente que una de las causas de la falta de desarrollo social en Centroamérica se debe a la disminución de la riqueza ecológica dentro de los proyectos estatales en donde participaban las comunidades. En Nicaragua por ejemplo el proceso de descolonización y el cambio de uso de los suelos se ha traducido en elevados costos ambientales que no han beneficiado a las comunidades, más de 100 mil a 150 mil hectáreas de bosque han sido deforestadas sin un proceso correcto de toma de decisiones en donde se incluya y se consulte a las comunidades si esto no afecta directa o indirectamente en dicho proyecto¹⁴⁴. Según este mismo autor, muchas entidades internacionales, investigadores así como académicos y doctrinarios consideran que los aliados naturales para la conservación y el buen manejo de los recursos renovables son los grupos indígenas. Esto está principalmente ligado a que los grupos de comunidades así como sus culturas ancestrales está basado en el manejo sustentable de los ecosistemas locales, ya que esto les ha permitido la existencia como grupos culturales ancestrales. Es por esta razón que REICHEL-DOLMATOFF¹⁴⁵, en 1976 sostuvo que los grupos indígenas poseen dos elementos básicos para el manejo sustentable de los recursos, su sistema social y reglas económicas que permiten el equilibrio entre el uso de los recursos renovables y las demandas sociales en la toma de decisiones ambientales.

Según BERKES¹⁴⁶ en 1993, se debe proteger a ciertas comunidades biológicas, hábitats y especies con la supervisión y consulta o consentimiento de las comunidades ancestrales dentro de dicho territorio, para entender más la relación íntima que existe entre las

¹⁴³ PABLO ALARCÓN-CHAIRES, *Pueblos Indígenas y Pobreza Riqueza Ecológica vs Pobreza Social Deterioro ambiental*, pg. 43.

¹⁴⁴ *Ibíd.* pg. 44.

¹⁴⁵ GERARDO REICHEL-DOLMATOFF, *The Sacred Mountain Of Colombia's Kogi Indians*, pg. 25

¹⁴⁶ FIKRET BERKES, *Sacred Ecology*, pg. 209.

comunidades y la naturaleza es necesario comprender su riqueza cultural, sus mitos y ritos que les permiten explicarse y relacionarse con el medio ambiente. En México el canto de un Shaman Huichol al venado, o la petición de lluvia del Chaa Chak por los Mayas son claros ejemplos de la interacción que tienen las comunidades especialmente los indígenas de Latinoamérica con la naturaleza y el medio ambiente que los rodea, es por esto que su implicación es fundamental el momento de la toma de decisiones ambientales ya que la madre naturaleza es parte de su alimentación, su ropa, vivienda y sustento económico. En este país más de mil comunidades rurales e indígenas buscan su inclusión social en el manejo sustentable de los bosques y selvas de la región así como la implementación y participación en programas de agricultura orgánica y el ecoturismo, así como la producción de artesanías que son parte de la protección y desarrollo social por medio de la participación comunitaria con el Estado.¹⁴⁷

De acuerdo al antropólogo MARTIN VON HILDEBRAND¹⁴⁸, los pueblos y comunidades consideran de mucha importancia el tema de la toma de decisiones ambientales ya que según su teoría ellos heredan estos recursos naturales y animales de generación en generación mientras que los pueblos occidentales heredan dinero y otros elementos de la llamada sociedad “civilizada” y “moderna” que solo considera los interés de los grupos de poder que se pierde en el consumo y no en la satisfacción de las necesidades más básicas de la sociedad.

En Latinoamérica existen muchos grupos de comunidades que luchan por una inclusión social y su participación en la toma de decisiones formando comités de vigilancia y

¹⁴⁷ PABLO ALARCÓN-CHAIRES, Pueblos Indígenas Y Pobreza Riqueza Ecológica Vs Pobreza Social Deterioro Ambiental, Pg. 49

¹⁴⁸ MARTIN VON HILDEBRAND, Lineamientos Generales De Educación Indígena, pg. 46

organizaciones como las ONG's que luchan por el manejo sustentable y la participación social en los proyectos estatales. En Honduras por ejemplo los indígenas han formado comités de vigilancia de tierras buscando la inclusión y protección en los proyectos de la reserva de la Biosfera del Rio Plátano y la participación en los programas de conservación de la tortuga marina. En otros países como Nicaragua ya existen muchas organizaciones de pueblos y comunidades que buscan el manejo sustentable y la participación en sus usos y costumbres que se encuentra en SUKAWALA (Sumu Kalppakni Wahaini Lani)¹⁴⁹ una Asociación para el desarrollo social de los pueblos Miskitus, así como otras organizaciones como la Asociación de Mujeres Costeñas (AMICA), la Organización de Mujeres Indígenas (IMNAT), y los movimientos indígenas Nicaragüenses que buscan el reconocimiento de sus derechos para administrar los recursos naturales o al menos ser consultados he informados como medida de participación e inclusión social.

En año 2000 Thompson¹⁵⁰, consideró que las alianzas entre las comunidades nativas de la zona de Segovia y Morocón deben desarrollar planes de manejo y participación social debido al fuerte deterioro ambiental y cultural. Otra región es la de Totonicapán en Guatemala, en donde las comunidades indígenas “Itzaes y Kekchis” empezaron una tarea conjunta para evitar la extracción petrolera en la zona dentro de la reserva de la Biosfera Maya denunciando que además del exterminio de los recursos, nunca habían sido consultados sobre los proyectos de explotación, ni incluidos en los planes de desarrollo social de la zona. Dentro de estas comunidades muy poco se conoce de la participación social en temas ambientales. Es así como se considera que los pueblos y las comunidades

¹⁴⁹ Ibídem.

¹⁵⁰ JOSÉ THOMPSON, Acceso A La Justicia Y Equidad: Estudio En Siete Países De América Latina, pg. 57

no solo deben ser incluidos en dichos planes y programas sino también informados sobre sus derechos y obligaciones.

Un claro ejemplo de cómo muchas comunidades y pueblos han sufrido grandes pérdidas debido a la falta de participación en la toma de decisiones son los indígenas “Cunapá” con asentamientos en el Rio Colorado, al norte de México, cerca de Baja California, que, “nunca fueron consultados ni informados en la construcción de represas que han retenido y desviado el flujo de agua del río y ocasionando problemas socio-ambientales a la zona”¹⁵¹. Este tipo de actividades llevó a la Unión Internacional de la Conservación de la Naturaleza a definir a estos sectores como “Áreas Naturales Protegidas” (ANP) que son áreas de mar o tierra especialmente dedicada a la protección y desarrollo sustentable de los recursos renovables en planes de ecosistemas sensibles por medio de la participación de las comunidades y el estado que administran dichos recursos mediante procedimientos legales de participación social y ambiental.

El Estado debe aprovechar el conocimiento de las comunidades ancestrales, para mejorar su calidad de vida como es el caso muy claro del Parque Nacional y Reserva Indígena de Talamanca en Costa Rica en donde se ha desarrollado un programa de manejo participativo basado en sistemas tradicionales y contribuyendo a la protección ambiental como lo explica (García- Segura, 1998.)¹⁵².

Nicaragua es otro de los países con mayores reservas ecológicas de Latinoamérica, muchas de estas están administradas por los indígenas Miskitus que regulan el acceso a los recursos naturales mediante programas de participación ambiental para explorar alternativas

¹⁵¹ PABLO ALARCÓN, Pueblos Indígenas Y Pobreza Riqueza Ecológica Vs Pobreza Social Deterioro Ambiental, Pg. 50

¹⁵² GARCÍA SEGURA, 1998, págs. 228-236

económicas dentro de sus comunidades. “En Belice el instituto de Manejo Indígena del Parque Nacional Sarstoon-Temash, ha creado un sistema de comanejo comunal que permite la participación de los indígenas Kekchi en los programas de manejo de los recursos y su desarrollo.”¹⁵³

Un claro ejemplo de inclusión social en Latinoamérica es el caso de Guatemala de los indígenas Itzaes que se han organizado en cooperativas para lograr la participación en el 80% de su territorio, dentro de esta reserva se promueve la integración de estas comunidades en la conservación y participación de los recursos naturales de la zona.

Según MIGUEL ANGEL CANCINO¹⁵⁴ en su libro sobre la aplicación ambiental en la legislación Mexicana, se exponen tres elementos importantes para efectuar una correcta participación dentro de la gestión ambiental, en primer lugar el “acceso de las comunidades a la toma de decisiones”, en segundo lugar el “acceso libre a la información” y en tercer lugar la llamada “justicia ambiental”. Estos tres elementos fundamentales están establecidos dentro de la Carta Constitucional Mexicana, en su artículo 2 numeral 9¹⁵⁵ pero que olvida la fuente internacional sobre participación ambiental, es por esta razón que el 4 agosto de 2003 se aprueba la Ley de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas mexicanos, en donde se incorpora en el artículo 12, el reconocimiento y la aplicación de los proyectos de participación ambiental dentro de la poblaciones a través de procedimiento

¹⁵³ PABLO ALARCÓN, Pueblos Indígenas Y Pobreza Riqueza Ecológica Vs Pobreza Social Deterioro Ambiental, Pg. 53

¹⁵⁴ MIGUEL ANGEL CANCINO, “Participación Social en la Legislación Ambiental”, pg. 133

¹⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917: Artículo 2 No. 9.- IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

apropiados en donde se prevean medidas legislativas y administrativas¹⁵⁶. Como enuncia CANCINO¹⁵⁷, “el derecho de los grupos, organización y personas a participar en la toma de decisiones que puedan afectar el entorno en el que se desarrollan; el acceso a la información ambiental tanto en el caso de la información general sobre la situación de ciertos ecosistemas, recursos o actividades productivas, como en el derecho a conocer la información existente así como a proteger un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar.” En este párrafo se puede entender la vinculación que existe entre la correcta gestión ambiental siguiendo los procedimientos de participación en la legislación, a través de los mecanismos que forman parte del ordenamiento jurídico ambiental y que, como resultado generan formas de preservación de un ecosistema sustentable que no afecte la forma de vida de las comunidades dentro de un territorio determinado.

Dentro de este ordenamiento jurídico comparado en la legislación Mexicana, se encuentran algunos derechos que forman parte de las herramientas jurídicas para la aplicación de toma de decisiones ambientales que no solo protege y garantiza a las comunidades, sino que mejora la calidad de vida mediante los procesos veraces de consulta, generando demandas sociales como en el caso del acceso a la justicia como menciona CANCINO “ en el caso de los “derechos Individuales”, “colectivos”, “ Sociales” y “derechos difusos”. En la legislación ambiental mexicana se han dado varios cambios que responden a las demandas a cada unos de los derechos que se mencionaron, llevando una política ambiental con base

¹⁵⁶ LEY GENERAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, aprobada por el Congreso el 4 el marzo del 2011, México: ARTÍCULO 12.- Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a ser consultados mediante los procedimientos apropiados a través de sus autoridades tradicionales, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, así mismo, tienen derecho a participar en la elaboración del Plan Estatal de Desarrollo y en los Planes Municipales, y en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

¹⁵⁷ Ibídem., pg. 134

en la protección de los derechos humanos y los tratados internacionales, así mismo se crearon organismos administrativos que vigilen el cumplimiento de la aplicación de estos procesos de participación ambiental. Igualmente, en el campo de los llamados derechos difusos se han creado comisiones internacionales de derechos humanos encargados de investigar los hechos, actos u omisiones así como la protección del los recursos naturales que se puedan producir dentro de estos procesos de gestión ambiental y participación.

Finalmente, todo lo que se ha visto hasta ahora nos indica que los pueblos y las comunidades no pueden dejar de ser actores directos y responsables de administrar responsablemente la riqueza natural de la sociedad mundial siempre y cuando se creen planes y proyectos que nos solo benefician a los territorios indígenas sino al estado y la sociedad en general. En muchas partes del mundo la participación ya es una realidad teórica pero no practica en función de que la inexistencia de planes de desarrollo comunitario como educación y salud ocasionan el sub desarrollo de las regiones y la incorrecta administración de los recursos por parte de los grupos de poder dentro de las comunidades. Está demostrado que la libre información y la participación está ligada estrechamente para el correcto funcionamiento de los proyectos de participación comunitaria en un acto “socializado, sustentado en una democracia participativa, en donde los pueblos y las comunidades tiene un rol activo en la toma de decisiones así como en la conservación de la naturaleza”.¹⁵⁸ Esto quiere decir principalmente que para que las comunidades administren bien los recursos naturales, es obligación del Estado procurar el desarrollo socio económico y la libre información y participación dentro de los planes de manejo ambiental, solo así las asociaciones antes mencionadas pueden administrar correctamente los recursos naturales.

¹⁵⁸ PABLO ALARCÓN, Pueblos Indígenas Y Pobreza Riqueza Ecológica Vs Pobreza Social Deterioro Ambiental, Pg. 52.

3.4 NIVELES DE PARTICIPACIÓN EN EL ECUADOR Y SU APLICACIÓN EN TEMAS AMBIENTALES

Está establecido que la participación debe estar regulada por un ordenamiento jurídico amparado y ratificado por el Estado, con las formalidades de un organismo público como el MINISTERIO DE AMBIENTE (MAE) en el caso de decisiones ambientales, en tal caso que, para la obtención de una licencia de funcionamiento, es un requisito fundamental el realizar este proceso de participación mediante técnicas y estudios de impacto ambiental y comunitario, como lo establece el artículo 10 del REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL¹⁵⁹, en el que enuncia los criterios del momento de la participación social, que se debe realizar de forma obligatoria este estudio técnico, el que debería ayudar a informar y participar a las comunidades para llegar a un punto medio y procurar su consentimiento.

Estos procesos de participación no solo deben realizarse como medios de planificación en proyectos ambientales, se debe realizar un seguimiento de las ejecuciones y el control de los resultados que serán obtenidos dentro del proceso, ya que la comunidad está ejerciendo un derecho fundamental amparado en la Constitución, en sus artículos 275 y 276 numeral 3 el cual, contiene el principio denominado “sumak kawsay” que analizaremos más adelante, en el que constan los principios generales de desarrollo y control social¹⁶⁰, todo esto

¹⁵⁹ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, decreto 1040, 8 de mayo del 2008: Artículo. 10.- MOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL: La participación social se efectuará de manera obligatoria para la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental.

¹⁶⁰ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan

amparado por las leyes internacionales que facultan a los pueblos y comunidades a controlar y dar seguimiento los proyectos inclusive después de finalizado un programa, para asegurar su supervivencia, física, económica, social.

Es algo palpable que la participación como derecho de las comunidades no solo tiene una connotación económica y social sino que tiene implicaciones políticas en donde las formas para la toma de decisiones entran en una balanza de poderes en donde se debe encontrar un equilibrio justo entre el Estado y las comunidades.

Como consecuencia de los procesos de participación, se pueden observar varios efectos positivos dentro de la gestión ambiental, como la posibilidad de enfrentar los problemas sociales de las comunidades de una forma más efectiva, e igualmente, produciendo una desconcentración del poder del Estado, debido a la acción de los líderes comunitarios dentro del proceso. Un aspecto muy importante de la aplicación en gestión ambiental es la posibilidad de vigilar la transparencia de los programas y proyectos de prospección ambiental de los recursos creando una verdadera democracia participativa¹⁶¹

Existen algunas diferencias entre los mecanismos de participación ambiental en donde se evidencia la importancia de su aplicación dentro de cada una de las fases del proceso que estudiaremos más adelante, en la primera fase, el nivel de participación es amplio pero no obligatorio y en el caso de no obtener el consentimiento de la comunidad consultada, el estado será la última instancia sobre la ejecución de dicho proyecto o programa de explotación, a diferencia del Consentimiento Previo Informado, en el que para la ejecución

la realización del buen vivir, del sumak kawsay. Artículo. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.

¹⁶¹ ADOLFO CAHIÁN, Acción de la Sociedad Civil, La Participación Ciudadana, Pg. 136.

de un proyecto, se busca el nivel máximo de participación social mediante acuerdos sociales, es decir se busca el consentimiento de todos y cada uno de los miembros de una comunidad, que muchas veces está representada por el jefe de cada nacionalidad indígena, facultada por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos así como, la constitución y la leyes, para expresar su conformidad o informidad con los proyectos ambientales. En nuestro País los niveles de participación social están establecidos en la Constitución Política que en su Artículo 398¹⁶² en el que establece que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá ser consultada a la comunidad a la cual se informara amplia y oportunamente; es aquí justamente donde podemos observar el derecho al libre acceso a la información como uno de los niveles de participación social establecido en su Artículo 16 numeral 1¹⁶³.

De lo expuesto anteriormente, se puede identificar que en el ecuador, el proceso que contiene todos los niveles de participación en temas ambientales es la Consulta Previa establecida en la Constitución y las leyes, así como en el REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL que estudiaremos a fondo en el capítulo siguiente. En conclusión se puede decir que los niveles de participación social

¹⁶² CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 1998:

Artículo. 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. 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.

¹⁶³ *Ibíd.*, Artículo. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

dependen de las condiciones políticas, sociales y culturales, así como de los instrumentos hard law y soft law de cada País, estos establecen niveles de participación social democráticos justos que deben facultar a las comunidades a tener un libre acceso a la información en beneficio del desarrollo de planes y programas garantistas de los Derechos Humanos.

3.5 LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN TEMAS DE MEDIOAMBIENTE

La propuesta de una política de participación en el campo legislativo dio frutos en el 2009 con la promulgación de esta LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL¹⁶⁴, más aún en temas ambientales en donde anteriormente la Constitución y los Instrumentos Internacionales fueron la base para la aplicación de medidas legislativas y administrativas en los conflictos medio ambientales con las comunidades y los pueblos del Ecuador. Esta ley orgánica como muchas otras, fue creada para regular específicamente la participación y el control social en temas ambientales, su principal diferencia con las demás normas es la competencia que tienen frente a las leyes ordinarias en las que se requiere en algunos casos de la mayoría absoluta para su aprobación y promulgación.

Esta norma sin duda promete la aplicación de una “Democracia Participativa” que parte desde la ideología principal de la participación social hasta la proyección de los procesos de consulta manejados por el Estado. Como lo dice su artículo 1, tiene por objeto regular la organización, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Participación ciudadanía y

¹⁶⁴ LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL, aprobada por la Asamblea Nacional, en el registro Oficial No. SAN-09- 047, el 3 de septiembre del 2009.

Control social, entidad creada para promover los derechos de participación así como la designación de algunas autoridades¹⁶⁵. Sus principios generales y constitucionales están contenidos en el artículo 2, dentro de los cuales, entre los más importantes nombra el de igualdad, diversidad, interculturalidad, autonomía social, transparencia, etc. Todos principios validos para el desempeño del Consejo de participación¹⁶⁶.

El espíritu de la ley es garantizar el derecho de consulta y participación activa a los pueblos y comunidades que si bien están amparados en las Normas de Derecho Internacional, necesitan lineamientos legislativos nacionales de rendición de cuentas y un control social en temas ambientales.

El ámbito¹⁶⁷ personal de esta ley es aplicable a todos los pueblos y comunidades del Ecuador, no especifica solo a las minorías, en lugar de eso su ámbito es amplio y general a todos los habitantes ecuatorianos que residan dentro y fuera del País, buscando el mayor nivel de participación posible respetando la soberanía nacional y la paz social.

¹⁶⁵ LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Asamblea Nacional del Ecuador, 3 de septiembre del 2009: Artículo. 1.- Objeto y ámbito.- La presente Ley Orgánica tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de acuerdo con la Constitución de la República y la ley. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promueve e incentiva el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsa y establece los mecanismos de control social; y la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley.

¹⁶⁶ Ibídem, Artículo. 2.- De los Principios Generales.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los principios constitucionales se regirá por los siguientes: 1. Igualdad.- Se garantiza a las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, iguales derechos, condiciones y oportunidades para participar, incidir y decidir en la vida pública del Estado y la sociedad. 2. Ética Laica.- Se garantiza el accionar sustentado en la razón, libre de toda presión o influencia preconcebida y toda creencia confesional, por parte del Estado y sus funcionarios...

¹⁶⁷ Vid, nota 165.

En el Capítulo 2, Artículo 81¹⁶⁸ de esta Ley Orgánica, se establece a la Consulta Previa, Libre e Informada como mecanismo de participación social y toma de decisiones, garantizando este derecho a todas las comunidades y pueblos del Ecuador dentro de un plazo razonable. Tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT, este artículo expresa que, a través de sus autoridades legítimas participaran y recibirán los beneficios de los planes y proyectos de exploración y explotación de recursos dentro de sus territorios, al igual que la indemnizaciones pertinentes por las afectaciones ambientales y colectivas.

En contraste el Artículo 82 y 83¹⁶⁹ muestra la parte medular de la participación ambiental, se expresa que cualquier decisión ambiental que pueda afectar a los territorios de las comunidades o pueblos deberán ser informados y consultados de manera oportuna, así como deberá ser garantizado por las Normas de Derecho Internacional y la Constitución. De existir la oposición debidamente argumentada por parte de las comunidades, para iniciar un proyecto de prospección de recursos, la autoridad administrativa competente observará

¹⁶⁸ Ibídem, Artículo. 81.- Consulta previa libre e informada.- Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable. Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

¹⁶⁹ Ibídem, Artículo. 82.- Consulta ambiental a la comunidad.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, para lo cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes. Artículo. 83.- Valoración.- Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana.

dichos argumentos y tomara la decisión final de iniciar el proyecto. Es aquí donde se puede identificar que son dos procesos diferentes de participación entre el artículo 81 y 82 dentro de esta ley. Al iniciarse y ejecutarse el proyecto el Estado deberá minimizar el daño ambiental y colectivo a los pueblos así como proyectar plazas de trabajo para los integrantes de la comunidad, de manera que se estas comunidades se integren a la vida globalizada y desarrollen su economía, cultura y educación. Todos estos preceptos que se observan son un mecanismo de aplicación que no siempre es aceptado por los pueblos del Ecuador y es aquí donde surge el verdadero debate entre las comunidades, el Estado y las compañías extractoras de recursos, el cuestionamiento se precisa en preguntarse, si la Consulta Previa es el mecanismo más efectivo para la toma de decisiones ambientales, o es el Consentimiento Previo, Libre e informado aplicado por otros Estados, proceso que analizaremos más adelante, el más garantista de los derechos de estos pueblos ancestrales y más aun, cuál es su implicación con el desarrollo económico de un País.

De la misma forma se puede evidenciar que dentro de esta norma se establecen tres niveles de participación fundamentales para nuestro estudio, el libre acceso a la información estipulado en el artículo 96¹⁷⁰ así como la misma Consulta Previa como forma de participación ambiental y finalmente el control social por medio de veedurías ciudadanas y el derecho ciudadano a la rendición de cuentas en el que se regula el cumplimiento del proceso participativo. Este llamado control social adquiere su importancia ya que controla la gestión de ciertas autoridades o dignidades que fueron elegidas por la ciudadanía y que tiene la obligación de rendir cuentas sobre los procesos de participación ambiental dentro

¹⁷⁰ Ibídem, Artículo. 96.- Libre acceso a la información pública.- El Estado garantiza el derecho que tienen las ciudadanas y ciudadanos de acceso libremente a la información pública, de conformidad con la Constitución y la ley. Este derecho constituye un instrumento fundamental para ejercer la participación ciudadana, la rendición de cuentas y el control social.

del mecanismo como el de Consulta Previa. Este proceso de rendición de cuentas puede ser solicitado por los representantes de los pueblos o comunidades de forma individual o colectiva una vez al año dentro de las actividades de interés público y especialmente dentro de los mencionados procesos de toma de decisiones ambientales, todo esto se encuentra en el artículo 88 de este derecho.¹⁷¹

En definitiva, esta norma contiene muchos de los parámetros por los cuales se establecen los niveles de participación en temas ambientales, así como la creación de modalidades de control social y transparencia como son las veedurías, los consejos de participación y los consejos consultivos, pero carece de un elemento esencial inexistente, la Consulta Pre-legislativa. Un claro ejemplo es la aprobación del proyecto de la Ley de aguas que está siendo debatida actualmente por la Asamblea Legislativa en el que ya ha sido violado este derecho varias veces el momento de aprobar este tipo de proyectos de ley que afectan la integridad de las comunidades. Este derecho está plenamente incorporado en la Constitución del 2008, en su artículo 57 numeral 17¹⁷², en el que se determina que en virtud de proteger los derechos de los pueblos y las comunidades, estos deben ser consultados antes de adoptar cualquier medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos. De la misma manera el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 6, numeral 1, letra

¹⁷¹ *Ibidem*, Artículo. 88.- Derecho ciudadano a la rendición de cuentas.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o colectiva, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, y demás formas lícitas de organización, podrán solicitar una vez al año la rendición de cuentas a las instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público, así como a los medios de comunicación social, siempre que tal rendición de cuentas no esté contemplada mediante otro procedimiento en la Constitución y las leyes.

¹⁷² CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

b¹⁷³, que al aplicar las disposiciones del Convenio los pueblos podrán participar libremente y se procurará principalmente la consulta de las decisiones en políticas y programas que les conciernan. En consecuencia se debe incorporar dentro de esta norma este derecho de los pueblos indígenas ya que el Estado está obligado a respetarlo y cumplirlo según la Carta Constitucional así como los Instrumentos Internacionales.

3.6 LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL

Antes de proceder al análisis de la Ley de Gestión Ambiental, se debe realizar un breve resumen del nacimiento de la Gestión Ambiental en el Ecuador. La legislación ambiental nace en el Ecuador alrededor de 1960 con la idea de manejar más eficazmente la conservación de los recursos naturales renovables y no renovables, fue entonces que en el Ecuador se fue creando una conciencia conservacionista para implementar un orden de Gestión Ambiental Legislativa. No fue hasta mayo de 1976 que se promulgo la primera Ley De Prevención y Control De Contaminación Ambiental¹⁷⁴, que se refería principalmente al los recursos naturales del agua, la tierra y el aire, lamentablemente en la práctica esta ley, que debía ser atendida por los organismos correspondientes no tuvo la acogida necesaria, y sus reglamentos tuvieron que esperar más de 15 años para ser promulgados. Desde 1980 hasta 1999, fue donde la Gestión Ambiental alcanza su mayor importancia con la reforma de la Constitución en 1998, dentro de este período se producen grandes avances industriales en el Ecuador, inversiones del sector extranjero y un auge económico propiciado por la

¹⁷³ CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 1989: Artículo 6 No. 1.- 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;

¹⁷⁴ LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL, Decreto Supremo No. 374. RO/ 97 de 31 de Mayo de 1976.

exploración de recursos naturales no renovables y la falta de control de los recursos renovables como el agua. Esta industria que avanza sin un control apropiado ni una gestión de recursos sustentable produjo grandes afectaciones ambientales y las zonas en donde habitaban pueblos y comunidades, así mismo, la implementación de la Reforma Agraria debido al impulso de la colonización del Estado, agravó la situación de los problemas sociales, económicos y ambientales de la población. Fue entonces, que se genera la legislación para el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales como el agua en donde se regula su uso. (Ley de Aguas).¹⁷⁵ Finalmente se puede observar un avance significativo en la conciencia legislativa ambiental desde sus inicios en los años 70, hasta hoy en día en donde la Gestión Ambiental abarca los temas como la contaminación, el manejo de los recursos, la protección de la biodiversidad y la participación ambiental para el desarrollo sustentable de la economía Estatal.

Ahora bien, la ley de Gestión Ambiental fue promulgada en el Registro Oficial No. 245 del 30 de junio de 1999, sustentada en la Constitución de 1998, es una de las leyes más importantes para el manejo y la gestión de las políticas ambientales y el desarrollo sustentable de los recursos naturales para el beneficio de las comunidades y la población. Esta norma se basa principalmente en los principios constitucionales de la solidaridad ciudadana, corresponsabilidad de los daños ambientales, cooperación con las comunidades en los programas y proyectos ambientales, coordinación de las políticas estatales, reciclaje y reutilización de recursos. La ley de Gestión Ambiental, se compone de un Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental, sometido a la Autoridad Ambiental, es decir el Ministerio de Ambiente. Algunos estudios de Impacto ambiental en donde las comunidades

¹⁷⁵ IVÁN NARVÁEZ Q, Derecho Ambiental y temas de Sociología Ambiental, pg. 365-367

pueden ser afectadas por la prospección de recursos naturales deben ser sometidos y calificados ante el Ministerio antes mencionado así como la autoridad competente.¹⁷⁶ Así mismo esta legislación refleja varios niveles de participación como el libre acceso a la información del artículo 29 o la misma participación y planificación en la gestión ambiental del artículo 28 que analizaremos más adelante.

Así como esta ley dicta las directrices para el manejo sustentable de los recursos naturales, también establece los mecanismos de participación social, como le expresa el Artículo 28 de esta ley al garantizar a las personas naturales o jurídicas a participar en la planificación de la Gestión Ambiental de los recursos naturales en su territorio de acuerdo al reglamento de Gestión Ambiental en donde se incluye a la Consulta como uno de los mecanismo de participación. Este artículo también brinda la facultad a las comunidades para denunciar cualquiera de las violaciones a la ley de Gestión Ambiental.¹⁷⁷

El Artículo 29 es otro de los puntos importantes entre los principios de participación de la Gestión Ambiental, este se basa en el principio de la libre información, también amparada por la Constitución, está considerada como la garantía que deben tener todas las comunidades para ser informadas de los proyectos y programas de planificación del Estado en un tiempo oportuno, todo esto para que en la práctica los actores de participación realicen peticiones de forma individual o colectiva reconocidos como personas jurídicas.¹⁷⁸

¹⁷⁶ IVÁN NARVÁEZ Q, Derecho Ambiental y temas de Sociología Ambiental, pg. 393

¹⁷⁷ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.

Artículo. 28.- 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.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, Artículo. 29.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de

En conclusión la Ley de Gestión Ambiental es considerada un pilar importante de la participación de las comunidades así como la planificación del Estado en el desarrollo sustentable de los recursos naturales. Esta ley promueve la utilización de tecnologías alternativas dentro de los proyectos de prospección de recursos para minimizar los daños ambientales así como la afectación de los pueblos, proyecta medidas de seguridad dentro de los planes de manejo, estrategias y políticas de democracia participativa que siempre deben ser analizados y aprobados por el Ministerio de Ambiente y a su vez por el Presidente de la República.

CAPÍTULO IV

4. PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES

4.1 LA CONSULTA PREVIA COMO PROCESO DE TOMA DE DECISIONES

Antes de definir a la Consulta Previa como uno de los mecanismos más usados por algunos Estados en la solución de decisiones ambientales que afectan a las comunidades, debemos establecer las razones por las que se puede llevar a cabo este proceso. La Consulta Previa está basada principalmente por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que se establecen las situaciones en las que las comunidades deben ser consultadas. Este instrumento en sus Arts. 6 y 7 establecen claramente la necesidad de consultar todas las medidas legislativas y administrativas en las decisiones que puedan afectar a los pueblos y comunidades¹⁷⁹. En segundo lugar deben se debe consultar en los

esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.

¹⁷⁹ CONVENIO 169, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 1989.

Artículo 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

proyectos y programas de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables, garantizando el uso de los recursos renovables a la subsistencia de dichas comunidades como lo establecen otros instrumentos internacionales basados en el principio de la Libre o Autodeterminación de los Pueblos Indígenas y Tribales. Así mismo en los artículos antes mencionados, se determina la formulación y aplicación de políticas conjuntamente con programas de desarrollo como uno de los procesos más importantes ya que beneficia a todos los actores de participación, insistiendo siempre en la protección de los derechos de los pueblos en situaciones de traslado de sus tierras ancestrales por motivos excepcionales y solo con su consentimiento¹⁸⁰. Existen otras muchas razones en las que los

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;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7.- 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

¹⁸⁰ CONVENIO 169, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 1989. Artículo. 6,7, 15, 16.

pueblos deben ser consultados como lo establecen las normas de Soft Law en la que a pesar de no ser vinculantes para los Estados, en muchos casos deben ser aplicados bajo la supervisión y asesoría de Organización de las Naciones Unidas y el Pacto de Derecho Civiles y Políticos en situaciones que afecten a dichas comunidades. Es decir que la Consulta Previa debe ser analizada desde muchos puntos de vista, sociales, políticos, económicos y culturales en los que las comunidades son los principales actores de este proceso.

Finalmente y para comenzar con un análisis a fondo de este mecanismo de toma de decisiones, fundamental para el mejoramiento y la vida de los pueblos y las comunidades, podemos concluir que los Estados deben aplicar políticas de Democracia Participativa en el que los pueblos no solo sean consultados, sino estén consientes del desarrollo y mejoramiento de sus vidas así como el aporte económico y cultural hacia el Estado.

4.1.1 ¿QUE ES LA CONSULTA PREVIA?

La Consulta Previa es un derecho fundamental que todos los Estados deben tener en cuenta el momento de aplicar políticas de participación o examinar conflictos medio ambientales que afecten a las comunidades en su vida y desarrollo¹⁸¹.

Este proceso es sin duda un derecho sustantivo de las comunidades, en la que se abre un período de consulta a los pueblos y sus representantes legítimos en el que se procura

Artículo 16.- 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

¹⁸¹ CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS Y PAULA BURITICÁ, La Consulta Previa a Pueblos Indígenas Los Estándares del Derecho Internacional, pg. 12.

alcanzar el nivel más alto posible de participación entre estos actores para que, en consecuencia las decisiones ambientales sean inherentes en la vida y desarrollo de estos pueblos. El principal objetivo de la Consulta Previa es establecer mecanismos de toma de decisiones ambientales, crear políticas de participación ambiental, formar a las comunidades mediante la información oportuna de los planes y programas ambientales, diseñar y planificar proyectos de desarrollo económico y construir un entorno en el mejoramiento de las condiciones de vida de estos pueblos dentro de un sistema de control del poder que se sitúa justamente en la población misma, por lo que el Estado debe buscar no únicamente la legitimación de las decisiones ambientales sino la inclusión de las comunidades dentro de los proyectos ambientales.

En todo caso, la aplicación de este derecho de consulta garantiza la posibilidad de vincular a todos los actores de este proceso para intervenir de alguna forma en los diversos actos que puedan afectar al ambiente, los derechos de la naturaleza y principalmente a los miembros de estos pueblos y que, haciendo uso de sus facultades a través de los instrumentos internacionales puedan hacer uso de sus derecho de ser consultados y en muchas de la búsqueda del consentimiento pleno de sus decisiones ambientales.

En indudable que la Consulta Previa es un mecanismo para influir en el poder del Estado, muchas veces se confunde la legitimación de las decisiones con la democracia participativa. Son los países desarrollados los que muestran la verdadera aplicación de este proceso como un mecanismo de inclusión social, erradicación de la pobreza, implementación de la

educación, eliminación de todas las formas de racismo y principalmente el desarrollo económico, social y cultural de cada uno de los miembros que forman un país¹⁸².

Igualmente, la consulta previa en todo caso permite ordenar el proceso y la negociación en la toma de decisiones ambientales, puesto que la consulta permite la aplicación de medidas alternativas, incentivos para las comunidades y garantías internacionales y constitucionales que permiten a estos pueblos desarrollarse de manera racional sin perder su identidad, cultura, y creencias ancestrales. Estos incentivos antes mencionados, en la práctica han servido para que las empresas extractivas no realicen un proceso de consulta veraz y real con las comunidades, sino que en lugar de eso han tratado de llenar las necesidades insatisfechas sin llegar si quiera al construcción de servicios básicos en las comunidades en lugar de eso han construido y entregado, desde canchas de futbol o cualquier otra obra que no sea realmente beneficiosa para la vida de estos pueblos. Todo esto se vio reflejado en una nacionalidad “Waorani” de la provincia de Orellana, en la que una petrolera pretendió engañar a esta comunidad con una compensación de: tres quintales de arroz, tres quintales de azúcar, seis baldes de manteca, 3 fundas de sal, 2 balones de fútbol, un pito de árbitro y un cronómetro¹⁸³, a cambio de un acuerdo de consulta firmado por los representantes de estos pueblos.

En pocas palabras este mecanismo cumple con cinco principales objetivos, en primer lugar el informar a las comunidades las características de los proyectos y programas que se pueden realizar dentro de los territorios de estos pueblos, en segundo lugar enseñar,

¹⁸² MEGHAN MORRIS, CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, NATALIA ORDUZ SALINAS Y PAULA BURITICÁ, La Consulta Previa A Pueblos Indígenas: Los Estándares Del Derecho Internacional, pg. 42

¹⁸³ LUIS ÁNGEL SAAVEDRA, ¿Consulta o consentimiento previo?, disponible en: http://www.adital.com.br/site/noticia_imp.asp?lang=ES&img=N&cod=57504, (Consultado en junio del 2011)

concientizar e incluir a los pueblos y comunidades en todos los procesos de participación para el desarrollo económico y social, en tercer lugar, el diálogo y la negociación de los programas de exploración y explotación de recursos naturales que afecten la calidad de vida de los pueblos, en cuarto lugar, encontrar la verdadera fuente de participación de estos pueblos para que no sean solo los núcleos de poder como las asambleas o sus representantes los que expresen las preocupaciones de sus miembros sino ellos mismo la fuente de representación mediante el derecho a la libre información y expresión como método principal de consulta; y por último, el respeto y la garantía de todas las culturas dentro de estos territorios, así como el uso de los recursos naturales renovables para su subsistencia.¹⁸⁴

En resumen este mecanismo llamado Consulta Previa, libre e informada que se convierte en un derecho constitucional colectivo establecido en el artículo 57 numeral 7 así como en el artículo 398 en el que dice que el Estado está obligado a aplicar el derecho de la Consulta Previa en situaciones administrativas en planes y programas de exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables, y de la misma manera en medidas legislativas dentro de proyectos de ley que afecten el estilo de vida de las comunidades o el uso y aprovechamiento del medio ambiente, dentro de un diálogo intercultural en la decisiones de impacto ambiental dentro de sus territorios.¹⁸⁵ De allí la importancia, de los Convenios

¹⁸⁴ GEORGESCU-ROEGEN, K.W.KAPP, Economía Ecológica, El Instrumento de la Consulta Previa a Favor de ¿qué o quién?, Barcelona-España, pg. 120.

¹⁸⁵ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008, Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les

Internacionales sobre los derechos que tienen estas comunidades sobre la tierra, la propiedad, y la defensa y protección del medio ambiente como medio de supervivencia de estos pueblos que estudiaremos a fondo en este capítulo.

4.1.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

La delimitación de la Consulta Previa, hace referencia a los diferentes tipos de ámbitos en los que puede ser aplicada, es la que especifica cuando, donde, y a quienes se aplica este mecanismo de participación. El primer ámbito de aplicación es el espacial, el mismo se encuentra precisamente vinculado con el territorio donde están los pueblos y las comunidades. Su estrecha relación se debe a que, las comunidades llevan una relación cultural, económica y muchas veces espiritual con el medio ambiente y sus recursos naturales, por lo cual los proyectos y programas pueden afectar el ambiente de alguna manera así como su forma de vida y tradiciones dentro de su territorio.¹⁸⁶

De allí nace el concepto de territorio, tierras y recursos, establecidos en los instrumentos internacionales y principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual especifica la relación fundamental que tienen estas poblaciones, frente al reconocimiento del derecho de propiedad colectiva o individual sobre la tierras

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.

Artículo. 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. 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.

¹⁸⁶ CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, La consulta Previa a los Pueblos Indígenas, pg. 42

ancestrales¹⁸⁷. De la misma manera en el Artículo 13 y 14 expresa que estas poblaciones o comunidades no pueden ser sacadas de sus tierras sin su consentimiento o por las razones previstas en la ley como la seguridad nacional, el desarrollo económico del país, o la salud de estas poblaciones en casos de epidemia¹⁸⁸. Es decir que todos estos principios están basados en los derechos de propiedad y la costumbre dentro del marco jurídico nacional y siempre velando el desarrollo económico, social y cultural del país.

Cuando se refiere a tierras y territorio, podría parecer que el concepto se confunde, incluso parecería que se está refiriendo al territorio espacial en el que se asienta una comunidad o un pueblo. Sin embargo el concepto de territorio va mucho más allá del ámbito espacial, ya que este comprende una “delimitación física y jurídica de un espacio a través de una persona natural o jurídica”, mientras que el territorio, abarca una área difusa que se define por usos y ocupaciones realizada por una comunidad”¹⁸⁹ es claro que esto se refiere al espacio físico y jurídico del medio ambiente en el que los recursos naturales juegan el papel

¹⁸⁷ FRANCISCO DIAZ GARAYCOA, *Indígenas Convenciones Internacionales y Legislación Nacional*, Las Tierras, pg. 34.

¹⁸⁸ CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

Artículo 13.- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Artículo 14.- 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

¹⁸⁹ CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, *La consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, pg. 43.

más importante en la subsistencia de las comunidades así como del ecosistema que los rodea, esto es la flora y fauna.

De acuerdo al INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO HUMANOS, territorio es, “un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas, y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la sobrevivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados”¹⁹⁰. Es entonces de aquí que nace el término territorio como algo más allá del espacio físico refiriéndose a la de la supervivencia cultural, social y económica de los pueblos y comunidades dentro de los procesos de participación como el de la Consulta Previa en temas ambientales.

Todos estos términos han sido reconocidos por la mayoría de tratados de Derecho Internacional para ser aplicados frente a los proyectos y programas de exploración y explotación de recursos que produzcan impacto en los territorios de las comunidades. El patrimonio de estos pueblos es lo que los vincula a sus territorios, sus costumbres ancestrales, su cultura y sus creencias religiosas dentro de un entorno ambiental. En el 2005 mientras se resolvía el caso de la Comunidad MOIWANA vs SURINAM, se estableció la garantía de protección a las creencias religiosas que para estos pueblos constituía el mantenimiento de la paz y la salud de la colectividad.¹⁹¹ Todo esto resalta la importancia de los conceptos dentro de los cuales se aplican estos instrumentos Internacionales de Derecho Colectivo para las tierras y territorios en donde se asientan estos sujetos de participación.

¹⁹⁰ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto del 2003, Avances de la Legislación de Paraguay y Panamá sobre Tierra y Territorio de los Pueblos Indígenas, Documento preliminar, “Tierra y Territorialidad Indígena en el Paraguay”, Rodrigo Juan Villagra Carrón; “Tierra y Territorio Indígena en Panamá”, Héctor Huertas.

¹⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2005.

Otro de los ámbitos de aplicación es el de la validez personal aplicada a los procesos de toma de decisiones. Esta es una de las formas en las que los niveles de participación de las comunidades conjugan un papel importante dentro de los proyectos y programas para cumplir el fin propuesto de la consulta. Para que este proceso sea efectivo los miembros de las comunidades así como los representantes y sus organizaciones deben ser designados por ellos mismos a cabalidad como lo establece el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, señalando que se debe “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”¹⁹² Es claro que el espíritu de la norma es el de consultar a los sujetos de participación mediante instituciones representativas, todo esto con el objeto de que dichas instituciones logren mantener y controlar estos procesos en el futuro. En el 2001 el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México presentó un informe ante la Organización Internacional del Trabajo en el que se expresa claramente que los procesos de participación especialmente el de la Consulta Previa deben ser ejecutados por los propios sujetos, es decir que “sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos”. Este punto es de vital importancia para la inclusión social de los pueblos y comunidades que han sufrido el abandono y la exclusión, la consulta de estos pueblos en materia ambiental debe ser aplicada desde sus representantes hacia el Estado.¹⁹³

¹⁹² CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES,

Artículo 6. NO.1 Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: 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;

¹⁹³ CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, La consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Los estándares de Derecho Internacional pg. 69

Existen otras fuentes de Derecho Internacional como el Comité de Derechos Humanos, que afirma que la consulta debe ser generalizada a las “Comunidades” sin llevar el procedimiento tradicional de Consulta a través de sus instituciones como lo establece la Convención 169 de la OIT.

De esta forma, se puede observar que a pesar de que el Convenio establece un mecanismo tradicional para la Consulta Previa, todavía no logra establecer cuáles son los pueblos y las comunidades afectadas a las que deben ser aplicadas los procesos de esta consulta en los casos previstos en el Convenio 169 como por ejemplo en casos en los que la comunidad afectada esté fuera del territorio o área en el que se puede iniciar un proyecto de exploración o explotación de recursos pero dichos recursos se asientan en lugares de valor espiritual para estos pueblos. Finalmente se dice que es de fundamental importancia para este ámbito de validez personal tratar de alguna manera de alcanzar el mayor nivel de participación no solo de los territorios donde habitan las comunidades, sino las zonas que de alguna manera forman parte del patrimonio cultural de estos pueblos.

4.1.3 ¿CÓMO SE APLICA EN TEMAS AMBIENTALES?

Para iniciar el análisis de la aplicación de la Consulta Previa en temas ambientales debemos definir, ¿Qué se entiende por medio ambiente? y ¿Qué son temas ambientales dentro de la legislación?, para esto la Ley de Gestión ambiental precisa que el medio ambiente es 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”¹⁹⁴. Es decir que el medio ambiente lleva una estrecha relación con las comunidades en el uso y aprovechamiento de estos como parte de su forma de vida y creencias socioculturales. Así mismo define a los temas ambientales como los programas y proyectos extractivos así como la normativa ambiental que pueda afectar el entorno y violar los derechos ambientales colectivos, considerados como “aquellos compartidos por la comunidad para gozar de un medio ambiente sano y libre de contaminación”¹⁹⁵. Es decir, en este estudio se realizara un profundo análisis de la aplicación de este mecanismo que garantiza el derecho colectivo de las comunidades y del medio ambiente como parte del uso sustentable de los recursos en un ecosistema sano y viable para el desarrollo de los pueblos indígenas.

Si bien, muchos instrumentos de Derecho Internacional establecen los procesos para la Consulta Previa, muy pocos son los que precisan los procedimientos al aplicar la toma de decisiones ambientales. Por un lado, se establecen las situaciones administrativas o legislativas en las que las comunidades afectadas deben ser consultadas¹⁹⁶, pero existen muy pocos textos o tratados que hablan de la consulta de buena fe para lograr una consulta que solucione las afectaciones y desarrolle los puntos más sensibles en donde dichos pueblos puedan estar afectados.

Como se menciono anteriormente la Consulta Previa puede aplicarse dentro de medidas administrativas las cuales abarcan todo tipo de políticas públicas como los planes y

¹⁹⁴ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Codificación 2004-019, disponible en: http://ingedisoncamino.com/images/stories/pdf/legislacion_ambiental/lga_2004.pdf, pg. 13

¹⁹⁵ Ibídem, pg. 12

¹⁹⁶ Sentencia 001-10-SIN-CC, del 18 de marzo del 2010 en el que la CONAIE demando la inconstitucionalidad de la ley de minería en la que se debía realizar la Consulta Pre legislativa así como la Consulta Previa a los pueblos y comunidades indígenas, a pesar de esto la Corte Constitucional no declaro la ley como inconstitucional.

proyectos de explotación de recursos no renovables principalmente. Dichas medidas están establecidas en los artículos 7 y 15 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT que menciona como objetivo principal el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud y educación de las comunidades a través de dichos proyectos con la obligación de ser consultados así como de recibir las respectivas indemnización de ser el caso, por las afectaciones físicas y ambientales¹⁹⁷. De la misma manera el artículo 225 de la Constitución dispone que todos los niveles del sector público al tomar decisiones a través de medidas administrativas deben consultar a los pueblos y comunidades¹⁹⁸ ya que, la responsabilidad de realizar la consulta es del Estado como lo establece la misma Constitución y los Instrumentos Internacionales.

Igualmente, es obligatorio realizar el proceso de la Consulta cuando se han tomado medidas legislativas, esto es al aprobar proyectos de ley que de acuerdo al artículo 120 numeral 6 de la Constitución, da la potestad a la Asamblea Nacional, al poder ejecutivo en el artículo 134 numeral 2 y 137 numeral 3, a los gobiernos autónomos descentralizados y las juntas

¹⁹⁷ CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 1989: Artículo 7 No. 2.- El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. Artículo 15 No. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

¹⁹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR 2008: Artículo. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

parroquiales en el artículo 240¹⁹⁹, de expedir y debatir una norma para su aprobación, estas obligatoriamente deben ser realizada a través de una Consulta Pre-legislativa en proyectos de ley que afecten a dichas comunidades en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales que según JAMES ANAYA²⁰⁰, abogado y profesos de derechos humanos expresa que este tipo de Consulta debe hacerse en el ámbito nacional, municipal e internacional de manera que se aplique a todos los niveles de gobierno, así mismo el Consejo de Administración de la OIT, expreso que los reglamentos que puedan afectar a los derechos colectivos de los pueblos indígenas se constituyen como medida legislativa y por lo tanto deben ser Consultados según lo previsto en el Convenio 169 de la OIT.

Profundizando el análisis de la aplicación de la Consulta Previa en temas ambientales, en relación con lo anterior, las situaciones administrativas o legislativas contempladas en el Convenio 169 de la OIT deben ser consultadas obligatoriamente velando las garantías constitucionales e internacionales de los pueblos indígenas y tribales. Es por eso, que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), entre 1999 y el 2001 ha emitido observaciones y llamados de atención a países como Perú y Paraguay, por no consultar a las comunidades por ejemplo, en la aprobación de leyes que afectaban sus territorios como en el caso de la Ley de las Tierras de las

¹⁹⁹ Ibídem, Artículo. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Artículo. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: 2. A la Presidenta o Presidente de la República. Artículo. 137.- El proyecto de ley será sometido a dos debates: Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos. Artículo. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias. Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

²⁰⁰ JAMES ANAYA, La Norma De Consulta Previa Con Los Pueblos Indígenas, disponible en: <http://politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/757-anaya-consulta-cidh.html>, (consultado en junio del 2011)

Comunidades Campesinas de la Costa Peruana, causando la enajenación de sus tierras debido a los proyectos extractivos y faltando al derecho de propiedad que establece el Convenio 169 de la OIT. Según el CEACR, “el espíritu de consulta y participación constituye una piedra angular del Convenio 169 en la que fundan todas las disposiciones del mismo”²⁰¹, lo que quiere decir que el mencionado Convenio obliga a los Estados que lo ratificaron, a consultar dentro de determinadas situaciones en un tiempo oportuno para informar y realizar políticas de participación en la aplicación de dichas medidas. En el 2003, el CEACR llamó la atención al Estado paraguayo por poner en vigencia una ley que regulaba el funcionamiento de los organismos responsables de la política indigenista. Y que en consecuencia, derogaba los Estatutos de las Comunidades Indígenas así como la disolución del Instituto Paraguayo de Indígenas. La falta de un proceso de Consulta Previa en esta situación en particular ocasionó la afectación directa a los derechos humanos y territoriales de las comunidades.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es otra institución que promueve la aplicación de la Consulta Previa en casos legislativos, es decir en la aprobación de proyectos normativos. Este comité ha emitido varios pronunciamientos en los que llama la atención a los Estados que afecten la vida de las comunidades como en el 2000 en Nueva Zelanda, en donde se aprobó una ley pesquera con fines Estatales y que a pesar de haber realizado varias consultas, estos pueblos fueron afectados en la violación de sus territorios y su medio de subsistencia de recursos naturales. De esta forma queda evidenciado que todas estas medidas adoptadas por los Estados deben ser analizados muy cuidadosamente para

²⁰¹ CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Argentina, 2005.

minimizar el daño al medio ambiente y las afectaciones a dichos pueblos en donde sus derechos pueden ser vulnerados.²⁰²

En la práctica la aplicación de estos mecanismos de Consulta Previa han dejado vacíos que dependen de las características de cada comunidad o pueblo en donde se asientan, es decir la región geográfica así como el nivel educativo y cultural para ser más accesible a los procesos de consulta de las comunidades indígenas dentro de la toma de decisiones ambientales. El Convenio 169 establece que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto a la presente Convención deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”²⁰³. Esto quiere decir que deben existir criterios mínimos de cada Estado que deben aplicarse el momento de establecer si una comunidad está afectada, para adaptarse a los procesos de consulta de manera más real y veraz y no simplemente llenar el formalismo jurídico que las empresas extractivas realizan el momento de aplicar este mecanismo de toma de decisiones ambientales

Otro elemento esencial en la práctica, es la buena fe que debe primar en los acuerdos de consulta ambiental, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 6 de la OIT que claramente expresa que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de esta Convención deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁰⁴. Es así

²⁰² CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, La consulta Previa a los Pueblos Indígenas, Los estándares de Derecho Internacional pg. 60

²⁰³ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, Artículo 34.

²⁰⁴ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, Artículo 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

como la Declaración de los Pueblos Indígenas establece que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas” antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten”²⁰⁵ Todos estos preceptos persiguen un solo objetivo, un diálogo entre las comunidades y el Estado, una negociación de buena fe que en la práctica pueda llevar al desarrollo de los pueblos y la inclusión social, un acuerdo de confianza entre los pueblos que serán consultados para que este proceso de consulta en temas ambientales se realice de forma bilateral mediante acuerdos de participación, en un diálogo productivo que pueda crear un puente de comunicación entre los pueblos, las comunidades afectados y el Estado.

En este análisis de la aplicación de la Consulta Previa debemos plantear en este punto, el mecanismo de acción para este tipo de procesos, específicamente en el caso de pueblos o comunidades que pueden ser afectados y deben ser consultados. En primer lugar y como se sabe el Estado ecuatoriano tiene exclusivos derechos sobre el subsuelo como lo expresa el artículo 408 de la Constitución Política²⁰⁶, en el caso de proyectos de exploración y

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;

²⁰⁵ DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LAS NACIONES UNIDAS, 13 de septiembre del 2007: Arts. 19.- 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.

Artículo 32.- 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.

²⁰⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto

explotación de recursos no renovables como los minerales o el petróleo, es decir que si una empresa privada sea nacional o extranjera plantea al Estado un proyecto de extracción de recursos naturales, el Estado finalmente toma las decisiones y es responsable de hacer cumplir los preceptos de los Instrumentos Internacionales como el Convenio 169 de la OIT, así como los principios Constitucionales para garantizar los territorios que pueden ser afectados. Este mecanismo de acción por parte del Estado es el primer proceso de consulta que debe ser realizado antes de cualquier prospección o exploración de recursos ya que durante este período también se puede preparar el diálogo entre las comunidades y las empresas en la búsqueda de acuerdos validos que beneficien a las dos partes.

Así mismo, dentro de estos procesos de consulta los pueblos tienen la facultad de expresar sus objeciones a los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, tomando en cuenta la forma en la que dichas comunidades van a ser afectadas, por la afectación de los recursos renovables como el agua, si verán afectados en su salud, o perderían de alguna manera su medio de subsistencia. Para ello el Estado deberá proponer planes de desarrollo que incentiven a los pueblos y comunidades en su progreso cultural y económico, siempre que no sea a corto plazo ya que se debe procurar el bien común de las comunidades y el desarrollo socio económico del Estado.²⁰⁷

El punto más importante en la aplicación de la Consulta Previa en temas ambientales, es la inclusión a las comunidades para formar parte y ser beneficiarios de dichos proyectos de explotación de recursos naturales, así como a ser indemnizados, como lo establece el

que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

²⁰⁷ ALEJANDRA ALAYZA MONCLOA, No pero si, Comunidades y Minería, Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado en el Perú, 2007, pg.32.

Convenio 169 de la OIT²⁰⁸. Si bien en este proceso los pueblos afectados no pueden vetar las decisiones del Estado, dichas comunidades al ser parte de los proyectos pueden negociar los acuerdos de explotación para adaptarlos a las zonas más sensibles, manejarlos y restaurarlos de acuerdo a las políticas de ecosistemas sensibles que hoy en día son aplicados por muchas compañías públicas y privadas para minimizar el daño ambiental y las afectaciones sociales, culturales y económicas a las colectividades en las zonas de riesgo.

Finalmente el Convenio de Diversidad Biológica CDB, incorpora otro tipo de consulta a las comunidades, algo muy distinto a los que propone el Convenio 169 de la OIT, este incorpora en los Estados en los que se ha ratificado, la posibilidad de que los pueblos sean consultados en la aprobación de la utilización de conocimientos ancestrales y consecuentemente el desarrollo de recursos genéticos, es así como lo establece el Artículo 8 de este Convenio al expresar que “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan

²⁰⁸ CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, 1989: Artículo. 15 No. 2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

equitativamente..²⁰⁹ Lo que nos dice este artículo es claro, los conocimientos, usos y tradiciones de los pueblos ancestrales y su desarrollo deben ser respetados y garantizados por los Instrumentos Internacionales, cualquier uso de estos conocimientos debe ser consultado y aceptado por dichos pueblos, así como estos deben ser incluidos como beneficiarios en el desarrollo de recursos genéticos, será protegida su propiedad intelectual colectiva como es correspondiente a la protección de estos derechos.

4.1.4 TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA CONSULTA PREVIA EN LATINOAMÉRICA Y EN EL ECUADOR

En Latinoamérica se produjeron muchos cambios con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, promocionando que los distintos países como México, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala y Ecuador adoptaran a la Consulta Previa como el mecanismo más efectivo en la toma de decisiones ambientales, debido a la gran población indígena de estos países y el escaso desarrollo económico de los Estados de Latinoamérica. Por ejemplo se crearon varias organizaciones nacionales y regionales con el fin de proteger los derechos de las comunidades y prepararlas para una política de inclusión social en el desarrollo de los países. En este sentido, las organizaciones indígenas como la CONAIE en nuestro país, empezaron a estructurarse y a fortalecerse con la propuesta de legislaciones nacionales que apoyen al Convenio y los diferentes Instrumentos Internacionales. La inestabilidad política de los países en Latinoamérica y la carencia de seguridades jurídicas, provocó una lucha de las comunidades por hacer respetar sus derechos como pueblos ancestrales en donde, se logro la instauración de normas Constitucionales en Perú, Colombia, Venezuela y Ecuador

²⁰⁹ CONVENIO SOBRE LA BIODIVERSIDAD, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1992, Artículo. 8

con capítulos específicos sobre la protección de sus derecho y la aplicación de la Consulta Previa.²¹⁰

En el Ecuador el tema de la Consulta Previa ha ido evolucionando desde sus inicios en 1990 con el conocido “Levantamiento Indígena Nacional”, que inició una nueva lucha por los derechos de participación social en el que los pueblos y comunidades no solo fueron partícipes, sino actores políticos de los derechos colectivos amparados por los Instrumentos Internacionales y el marco jurídico nacional que en la práctica solo era conocida pero no aplicada para la época. La realidad del Ecuador en la Consulta Previa se presenta por medio de levantamientos indígenas que fueron dejando un precedente para el Estado, la manera y los mecanismos de participación que usaba el Estado en materia de participación eran ineficaces y casi desconocidos, así mismo, la carencia de una educación apropiada de las comunidades y la falta de servicios básicos ocasionaron estos levantamientos que más de una vez pedían al país un cambio radical en las políticas democráticas de participación y el mejoramiento de los planes de desarrollo comunal de los pueblos indígenas.

Para 1992, con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la región amazónica del Ecuador, comenzó a sentir la aplicación de sus derechos de participación mediante una Consulta Previa que garantizaba el derecho sobre sus territorios, de igual manera en 1996 finalmente se incorpora a la Constitución Política, la definición de estos pueblos como multiculturales y multiétnicos. Pero fue hasta 1998 con la aprobación de la Constitución Política mediante la Asamblea Nacional, en el que los pueblos y las comunidades presentaron un proyecto de Constitución que procuro una tendencia de “Estado plurinacional de Corte Federalista”, todo esto a favor de la garantía de los derechos de

²¹⁰ FRANCISCO DIAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 36

participación de los indígenas, pero el principal problema fundamental surgió al no tener suficiente fuerza en la asamblea la cual cambio el término nacionalidad por el de ciudadanía, ocasionando la desaparición de la identidad de las comunidades como nacionalidades ecuatorianas.²¹¹

En el texto publicado por la revista IURIS DICTO de la Universidad San Francisco de Quito, “La Consulta Como Un Derecho Político De Los Pueblos Indígenas” el Jurista NORMAN WRAY, realiza un acercamiento de la realidad que viven las comunidades indígenas frente a la práctica de la Consulta previa. El autor establece principalmente que el Ecuador no es una Nación-Estado, sino un Estado multinacional y multicultural en donde las comunidades y los pueblos forman parte de este conglomerado. De la misma manera DIEGO ITURRALDE, expresa que “los pueblos y las comunidades indígenas que han sido protagonistas a lo largo de estos cinco siglos, muestran incontables episodios de resistencia que indudablemente han cambiado, se han transformado, pero nunca han dejado de ser distintos y ahora ponen en evidencia este resultado histórico: una nación incompleta, por no decir inviable”²¹² Todos estos conceptos fortalecen una visión más clara de la realidad que vive el Ecuador en materia de Participación, en donde durante muchos años la Consulta Previa fue concebida como un imaginario colectivo de la ciudadanía, al pensar que los territorios petroleros habitados por las comunidades, eran zonas baldías, en donde unas pocas minorías se asentaban. Existen varias teorías que contrastan la idea de una Consulta Previa dentro de un Estado multinacional, unas excluyentes y otras con políticas de inclusión social en donde se evidencia la necesidad de un desarrollo no solo económico

²¹¹ FRANCISCO DIAZ GARAYCOA, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, pg. 38

²¹² DIEGO ITURRALDE, Usos de la ley y usos de la costumbre. La reivindicación del Derecho Indígena a la modernización. En vario autores, Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Ediciones Abya-Ayala Quito, 1993, pg.127.

sino cultural de estos pueblos para garantizar sus derechos, no solo como una minoría, sino como parte de un Estado-Nación en el que se basa el Convenio 169 de la OIT.²¹³ La idea principal de un mecanismo de participación como la Consulta Previa con la idea integracionista es la tendencia más acertada en los Estados desarrollados, mientras que en el Ecuador, en donde todavía existen diferencias culturales y políticas, se debe empezar por aplicar los derechos a la libertad, a la igualdad y a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos y las comunidades, con la meta principal de integrarlos en el desarrollo de sus propios territorios y del Estado, siendo ellos mismo los actores y partícipes de sus decisiones. También se debe llegar a la aplicación de una democracia participativa en donde la Consulta Previa no sea solo una obligación por parte del Estado, sino un mecanismo de toma de decisiones que ofrezca una vida digna a los pueblos y la evolución de un país desarrollado.

Finalmente, se puede concluir que la teoría y la práctica de la Consulta Previa debe estar ligado no solo a la obligación que conllevan los Convenios Internacionales con los países, sino que se deben definir políticas de desarrollo y consulta, en donde no solo se informe a los sujetos de participación, sino que estos sean parte de los programas Estatales, el tema de la Consulta seguirá en debate en el Ecuador, debido a su complejidad, pero al menos se debe garantizar la libre determinación, el espíritu democrático y la libertad, para que la sociedad sea partícipe de las decisiones y se pueda minimizar la afectación a los territorios en donde habitan estos pueblos ancestrales, pero en todo caso el principal objetivo de la práctica de la consulta es la supervivencia de estos pueblos en el tiempo, sea a través de sus

²¹³ REVISTA IURIS DICTO, UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, NORMAN WRAY, La Consulta como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas, pg. 42.

autodeterminación²¹⁴ excluyéndose a ser afectados, o su inclusión social dentro de este Estado-Nación que pueda mejorar las necesidades básicas en el desarrollo de una vida digna.

4.2 LA CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL ECUATORIANA

4.2.1 EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR (CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI)

Con la vigencia de la carta Constitucional en el 2008, las garantías de los derechos de consulta y participación a las comunidades han sido aun más específicas y vinculantes. En este sentido la Participación Ciudadana se convierte en el punto de partida de este análisis, ya que conlleva una relación directa con la Consulta Previa dentro de la Constitución en el sentido que cualquier ciudadano tiene la facultad para ejercer el derecho de participación y más aun en el respeto de los derecho ambientales donde existen procesos Estatales que afecten a la población, el Artículo 85 numeral 3 de la Constitución establece las garantías que el estado ofrece para una distribución igualitaria del presupuesto para obras y servicios públicos, así como la garantía de la participación de las personas, pueblos y nacionalidades²¹⁵. En este punto se observa el espíritu de la norma en garantizar, que todas las personas que forman parte del Estado reciban una repartición equitativa de los servicios

²¹⁴ *Ibíd*em, pg. 46.

²¹⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

básicos, paso fundamental para alcanzar la inclusión social y acabar con la lucha de clases así como, la posibilidad de que cualquier persona de manera natural o jurídica como pueblos y nacionalidades puedan expresar su criterio e incluyan sus propuestas en donde se realicen obras, planes y programas es la base para alcanzar el mecanismo efectivo en la toma de decisiones ambientales.

Esta norma rodea varios temas con relación a la Consulta Previa en temas ambientales, empezando por el reconocimiento y la ampliación de los derechos colectivos e individuales de las comunidades así como del nacimiento de los derechos de la naturaleza²¹⁶ como parte importante del texto Constitucional en el que también garantiza la protección del medio ambiente. Otro de los avances significativos es el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades a los indígenas, afroecuatorianos y montubios como gobiernos autónomos descentralizados²¹⁷, dentro de las medidas legislativas propuestas en los procesos de Consulta.

Los Instrumentos internacionales también forman parte esencial en la aplicación de la Consulta Previa, es por eso que el artículo 11 numeral 3 menciona, que las normas de derechos humanos principalmente, serán de inmediata aplicación por medios

²¹⁶ *Ibidem*, Artículo. 71.- 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 observarán 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.

²¹⁷ *Ibidem*, Artículo. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianos, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción.

administrativos o judiciales sin excusa ni desconocimiento que justifique su violación.²¹⁸

De la misma forma, el artículo 426 establece el inmediato cumplimiento de las normas internacionales siempre que sean más favorables a los principios establecidos en la Constitución, esto se tomara la garantía de los derechos de participación contenidos en la carta magna²¹⁹.

Algo que se debe destacar sobre la Constitución en temas de participación ambiental es la creación de los derechos del buen vivir, en el que se incorpora el principio del “SUMAK KAWSAY”²²⁰ que declara de interés público la preservación de un medio ambiente sano y la integridad del patrimonio genético del país que llevaría estrecha relación con el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas²²¹. Es claro darse cuenta que este principio, sería incongruente con la posibilidad de que una comunidad presente la

²¹⁸ Ibídem, Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

²¹⁹ Ibídem, Artículo. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

²²⁰ Ibídem, Artículo. 14.- 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.

²²¹ CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, Organización de las Naciones Unidas, 1992, Artículo 1.- Objetivos: Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

negativa en un proyecto ambiental en donde, constitucionalmente se garantiza la preservación de un medio ambiente sano entonces, según este principio no sería factible la aplicación de proyectos y programas de explotación de recursos que ocasionen daños ambientales dentro de los territorios en donde habitan dichas comunidades ya que estos tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado con el uso sostenible de recursos naturales y el derecho al buen vivir.

La Consulta Previa, Libre e informada está establecida en el artículo 57 numeral 7 como el mecanismo de toma de decisiones sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables es decir, sobre medidas administrativas propuestas por las empresas públicas o privadas así como por parte del Estado procurando obtener el consentimiento.²²² Así mismo en el numeral 17²²³ del mismo artículo reconoce la Consulta de las medidas legislativas antes de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas como parte del proceso pre-legislativo que debe llevarse a cabo de manera oportuna en proyectos de ley que los afecten como analizamos anteriormente.

Otro punto muy importante en el análisis de la Constitución de Montecristi es el mecanismo para alcanzar los mejores niveles de participación, como habíamos mencionado en capítulos anteriores, es fundamental el libre Acceso a la Información Pública, los ciudadanos, los pueblos y las comunidades tienen el derecho a ser informados de manera oportuna, como lo expresa el Artículo 91 que tiene por objeto garantizar el acceso a la

²²² *Ibíd*em, Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

²²³ *Ibíd*em, Artículo 57 No. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

información mediante una acción interpuesta ante la Corte Constitucional que proporcione información completa sobre proyectos de participación en el caso de nuestro estudio.²²⁴

Todos los principios de participación se encuentran estipulados en el Artículo 95 de la Carta Magna, este artículo no sólo se refiere a la libre información a los pueblos y comunidades, expresa que los ciudadanos sean actores y partícipes en la toma de decisiones, en el control popular de los proyectos Estatales, en la construcción del “Cuarto Poder”, también menciona a la igualdad, autonomía y deliberación como principios básicos y la erradicación de la lucha de clases y el respeto a la multiculturalidad de la Nación²²⁵. Finalmente establece que los mecanismos de participación se realizarán a través de la democracia representativa directa y comunitaria. El debate en este punto se produce, cuando la llamada democracia representativa no es más que la representación de los grupos de poder político y no la representación de la voluntad ciudadana o comunitaria, los representantes de los pueblos y las comunidades deben ser los legítimos dignatarios que cuiden los intereses del bien común, y para esto se debe alcanzar el mayor nivel de participación a través del libre acceso a la información.

²²⁴ Ibídem, Artículo. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

²²⁵ Ibídem, Artículo. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Finalmente el Artículo 97²²⁶ reconoce todas las formas de organizaciones sociales colectivas en las que mediante programas y proyectos de participación social, se puedan establecer mecanismos que puedan minimizar los daños ambientales, sociales y culturales de los pueblos y comunidades en el que la solidaridad y la acción social comunitaria sean los mecanismos de desarrollo económico y social de todos los ciudadanos. Por lo tanto el reconocimiento de la Consulta Previa, Libre e informada es un mecanismo de participación ambiental reconocido por la Constitución Política y los Instrumentos Internacionales en el que su eje fundamental es el ejercicio de los derechos colectivos contenidos en este.

4.2.2 REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL (Decreto No. 1040).

Este reglamento,²²⁷ ligado directamente con las leyes internacionales, nacionales y constitucionales, cumple su principal objetivo en el cumplimiento eficaz de todos los niveles de participación especialmente en situaciones que afectan a los pueblos indígenas por daños ambientales que establecida por la Ley de Gestión Ambiental es definida como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de la condiciones

²²⁶ Artículo. 97.-Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.

²²⁷ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1040, publicado en el Registro Oficial No. 332, el 8 de mayo del 2008.

preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la revocabilidad de sus recursos”²²⁸.

Cabe resaltar que el reglamento no especifica como sujetos de participación solo a los pueblos y comunidades indígenas, sino que garantiza la participación de todo habitante y principalmente a las comunidades dentro del área de influencia directa en cualquier proyecto que ocasione daños o impactos ambientales, esto influye indudablemente en los procesos de Consulta ya que al citar solo al área de influencia directa, se entiende como el territorio donde habitan estas comunidades indígenas, pero de acuerdo a un análisis realizado, se ha determinado que la mayoría de comunidades no solo dependen de los recursos de sus territorio, sino de muchas zonas en donde usan y aprovechan los recursos naturales según sus tradiciones ancestrales, es decir que algunos pueblos siguen siendo seminómadas²²⁹ y los procesos de consulta deberían realizarse a pesar de no estar en la misma área directa de influencia. En el mismo sentido el artículo 15²³⁰ incluye el término del área de influencia directa al establecer que la participación será principalmente dentro del área de la comunidad que fue afectada por las afectaciones que pueden causar un impacto ambiental, omitiendo la participación social de los pueblos fuera del área directamente afectada y en consecuencia vulnerando sus derechos colectivos.

²²⁸ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Codificación 2004-019, Glosario de definiciones, pg.

11.

²²⁹ Vid, nota 245.

²³⁰ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, 2008, Artículo. 15.- SUJETOS DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL: Sin perjuicio del derecho colectivo que garantiza a todo habitante la intervención en cualquier procedimiento de participación social, esta se dirigirá prioritariamente a la comunidad dentro del área de influencia directa donde se llevará a cabo la actividad o proyecto que cause impacto ambiental, la misma que será delimitada previamente por la autoridad competente.

El decreto, define los términos que darán forma a la toma de decisiones ambientales, así es como la autoridad competente se asegura de llevar a cabo un proceso de consulta de manera correcta, una de las definiciones más importantes del reglamento es la de “Estudio de Impacto Ambiental”, todas las entidades, públicas y privadas deben llevar a cabo un proceso en la exploración y explotación de recursos, para ellos se debe realizar los correspondientes estudios de impacto ambiental, para reconocer los daños e impactos que se pueden ocasionar al medio ambiente y a las comunidades. Este cuerpo legal es considerado como el último escalón en regular los temas de participación y consulta, ya que deroga a todos los demás reglamentos sectoriales de participación como lo establece la disposición final tercera del reglamento.²³¹ Este reglamento en sus considerandos establece que el artículo 28²³² de la Ley de Gestión Ambiental, garantiza a toda persona natural o jurídica el derecho a participar, a través de los cuales menciona a la consulta como uno de ellos sin embargo, uno de los puntos que resaltan en el análisis del reglamento antes mencionado es el artículo 8²³³, en el que no se mencionan como mecanismo de

²³¹Ibíd., Disposición final tercera en el que se derogan las siguientes normas: Decreto Ejecutivo 1897, publicado en el Registro Oficial 380 del 19 de octubre del 2006. Decreto Ejecutivo 3401, publicado en el Registro Oficial 728 del 19 de diciembre del 2002. Artículo 9 del Decreto Ejecutivo 1215, publicado en el Registro Oficial 265 del 13 de febrero del 2001, Artículo 21 del Decreto Ejecutivo No. 1761, publicado en el Registro Oficial 396 del 23 de agosto del 2001. Literal a) del artículo 20 del Libro VI De la Calidad Ambiental del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria expedido mediante Decreto Ejecutivo 3516, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 2 del 31 de marzo del 2003.

²³² LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de julio de 1999: Artículo. 28.- 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.

²³³ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Registro Oficial 332, 8 de mayo de 2008: Artículo. 8.- MECANISMOS: Sin perjuicio de otros mecanismos establecidos en la Constitución Política y en la ley, se reconocen como mecanismos de participación social en la gestión ambiental, los siguientes: a) Audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo; b) Talleres de información, capacitación y socialización ambiental; c) Campañas de difusión y sensibilización ambiental a través de los medios de comunicación; d) Comisiones ciudadanas asesoras y de veedurías de la gestión ambiental; e)

participación el de la consulta aunque hace la salvedad de que “Sin perjuicio de otros mecanismos establecidos en la Constitución Política y en la ley, se reconocen como mecanismos de participación social en la gestión ambiental”²³⁴, es decir que se aplicaría lo establecido en los artículos 57 y 58 de la Constitución²³⁵ refiriéndose al reconocimiento de las comunidades indígenas y afro ecuatorianas dentro de los derechos colectivos y las garantías constitucionales e internacionales²³⁶. De todo esto el reglamento de aplicación justifica la falta de una norma que establezca los lineamientos de estos derechos colectivos que menciona la constitución y los instrumentos internacionales, pero esto no es suficiente ya que es necesario de un cuerpo legal que establezca los procedimientos para el cumplimiento de los mecanismos de participación como la consulta y que al mismo tiempo garanticen la inclusión social de las comunidades dentro de los programas y proyectos ambientales.

En conclusión después de un análisis profundo de este reglamento, se considera que carece de la fuerza normativa en la aplicación de la consulta previa, ya que esta es fundamental en los procesos de participación y por lo tanto conlleva limitación en cuanto a su efectividad. Así mismo es necesario mencionar que de forma general pareciera que la norma solo trata

Participación a través de las entidades sociales y territoriales reconocidas por la Ley Especial de Descentralización y Participación Social, y en especial mediante los mecanismos previstos en la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales; f) Todos los medios que permitan el acceso de la comunidad a la información disponible sobre actividades, obras, proyectos que puedan afectar al ambiente; g) Mecanismos de información pública; h) Reparto de documentación informativa sobre el proyecto; i) Página web; j) Centro de información pública; y, k) Los demás mecanismos que se establezcan para el efecto.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ *Ibíd.*, Artículo. 58.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afro ecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

²³⁶ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social...

de cumplir un formalismo jurídico de informar más no, una verdadera intención de cumplir el espíritu por el cual este reglamento fue establecido, es así como lo menciona el artículo 9 del reglamento al decir que los alcances de “La participación social en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable”,²³⁷ es decir que la ejecución de un proyecto se llevara a cabo a pesar de las comunidades y los pueblos se hayan opuesto.

Los estudios de impacto ambiental son definidos de acuerdo al reglamento como estudios técnicos que proporcionan datos para “prevenir, control, mitigar y compensar los daños o impactos” ocasionados al medio ambiente, estos cumplen en teoría el objeto de informar a las comunidades sobre los proyectos y programas de prospección pero en la práctica, no contienen un verdadero estudio que ofrezca a las comunidades la información de los daños que serán ocasionados indirectamente a través de la flora y fauna como por ejemplo, la posibilidad de que un río sea contaminado o que los animales que las comunidades consumen a diario, sufran afectaciones debido a los niveles tóxicos de los hidrocarburos. Es

²³⁷ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Registro Oficial 332, 8 de mayo de 2008, Artículo. 9.- Alcance De La Participación Social: La participación social es un elemento transversal y trascendental de la gestión ambiental. En consecuencia, se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental. La participación social en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar la condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

por eso que se considera que los Estudios de Impacto Ambiental²³⁸ deben contener información útil para que las comunidades puedan decidir frente a tal o cual proyecto de prospección de recursos no renovables.

Otro elemento que se debe analizar es el proceso de la Evaluación de Impacto Ambiental²³⁹, este elemento, a diferencia del Estudio de Impacto Ambiental tiene por objeto analizar la viabilidad ambiental de un proyecto, obra u otra actividad pública o privada. El artículo 13 del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS)²⁴⁰ establece los objetivos principales de dicha evaluación en la cual se garantiza el acceso a la información ambiental relevante sobre los posibles impactos ambientales, esta es la principal diferencia entre los dos procesos, ya que el primero solo contiene información sobre las posibles afectaciones al medio ambiente²⁴¹.

A través del Texto Unificado de legislación Ambiental, se puede visualizar otros tipos de participación ambiental complementaria, estos procesos llamados “mecanismos para la información pública” pueden ser combinados conjuntamente con los procesos ordinarios de consulta y participación entre los cuales se pueden enunciar: LAS REUNIONES INFORMATIVAS que consisten principalmente informar sobre las medidas de mitigación

²³⁸ Ibídem, Artículo 1.- Definiciones: ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL: Son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas.

²³⁹ Ibídem, EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: Es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada.

²⁴⁰ TEXTO UNIFICADO DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECUNDARIO (TULAS), Decreto Nº 3.516, diciembre del 2002.

²⁴¹ TEXTO UNIFICADO DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECUNDARIO (TULAS), De La Calidad Ambiental, Libro VI, Artículo. 13.- Objetivo General de la evaluación de impactos ambientales. El objetivo general de la evaluación de impactos ambientales dentro del SUMA es garantizar el acceso de funcionarios públicos y la sociedad en general a la información ambiental relevante de una actividad o proyecto propuesto previo a la decisión sobre la implementación o ejecución de la actividad o proyecto.

con el fin de recibir observaciones y criterios de las comunidades, LOS TALLERES PARTICIPATIVOS, que identifican además de las medidas los planes de desarrollo propuesto para dichas colectividades, los CENTROS DE INFORMACIÓN PÚBLICA, que cumplen la función de poner a disposición de las comunidades, centros de fácil acceso con el fin de familiarizarse con el proyecto y crear vínculos de confianza entre los sujetos de participación, LA PRESENTACIÓN O AUDIENCIA PÚBLICA, en la que se muestra de manera didáctica y de fácil entendimiento el proyecto en sí, el Estudio de Impacto así como el Plan de Manejo Ambiental, recibiendo los criterios de la colectividad, LAS PAGINAS WEB, en donde se publica el Estudio de Impacto ambiental de manera que la población afectada pueda acceder a ella de manera segura y finalmente LOS FOROS, LOS CABILDOS AMPLIADOS así como LAS MESAS DE DIÁLOGOS con las comunidades.²⁴² Cada uno de estos mecanismos suplementarios debería ser aplicado dentro de los procesos de consulta de manera real y veraz como una fuente de libre acceso a la información, relacionado al mismo principio Constitucional.

²⁴² *Ibidem*, (TULAS) Artículo. 20.- Participación Ciudadana, Mecanismos De Participación.- b.1) Reuniones informativas (RI): En las RI, el promotor informará sobre las principales características del proyecto, sus impactos ambientales previsibles y las respectivas medidas de mitigación a fin de aclarar preguntas y dudas sobre el proyecto y recibir observaciones y criterios de la comunidad. b.2) Talleres participativos (TP): Además del carácter informativo de las RI, los TP deberán ser foros que permitan al promotor identificar las percepciones y planes de desarrollo local para insertar su propuesta de medidas mitigadoras y/o compensadoras de su Plan de Manejo Ambiental en la realidad institucional y de desarrollo del entorno de la actividad o el proyecto propuesto. b.3) Centros de Información Pública (CIP): El Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental, así como documentación didáctica y visualizada serán puestos a disposición del público en una localidad de fácil acceso, contando con personal familiarizado con el proyecto u obra a fin de poder dar las explicaciones del caso. b.4) Presentación o Audiencia Pública (PP): Durante la PP se presentará de manera didáctica el proyecto, el Estudio de Impacto y el Plan de Manejo Ambiental para luego receptor observaciones y criterios de la comunidad. b.5) Página web: El Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental podrán ser publicados también en una página web, siempre y cuando su ubicación (URL) sea difundida suficientemente para garantizar el acceso de la ciudadanía. b.6) Otros, tales como foros públicos, cabildo ampliado y mesas de diálogo, siempre y cuando su metodología y alcance estén claramente identificados y descritos en el Estudio de Impacto Ambiental.

Anteriormente se mencionó a los Planes de Manejo Ambiental como un proceso dentro de los mecanismos de participación ambiental, estos se realizan por ejemplo, luego de haber analizado y cuantificado los impactos ambientales derivados de la actividad hidrocarburífera el cual está establecido en el REGLAMENTO AMBIENTAL DE ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS, en su artículo 41 numeral 7²⁴³ que dispone un plan de prevención y mitigación en situaciones no deseadas que pueden producir un impacto ambiental, de la misma manera crear planes de capacitación, desechos, relaciones comunitarias, rehabilitación, abandono, y entrega del área previamente remediada. Todas estas aunque no son responsabilidades directas, según los principios de derecho ambiental permisible, es obligación de las empresas extractivas la remediación de los daños e impactos ambientales causados a los territorios habitados por pueblos ancestrales.

Finalmente, se considera que, si bien el reglamento de aplicación regula de forma general los mecanismos de participación sin mencionar a los de la Consulta Previa y el Consentimiento de los pueblos y comunidades, sus derechos de participación están garantizados en la constitución pero necesitan de un cuerpo legal que efectivice y guíe la aplicación de los mecanismos de participación de acuerdo a la realidad que viven estos pueblos indígenas ancestrales.

²⁴³ REGLAMENTO AMBIENTAL DE ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS, Decreto Ejecutivo 1215, Registro Oficial 265 de 13 de Febrero del 2001, Artículo 41 No. 7.- Plan de Manejo Ambiental Una vez que se han identificado, analizado y cuantificado los impactos ambientales derivados de las actividades hidrocarburíferas, para la preparación del Plan de Manejo Ambiental se deben considerar los siguientes aspectos: Analizar las acciones posibles de realizar para aquellas actividades que, según lo detectado en la valoración cualitativa de impactos, impliquen un impacto no deseado. Identificar responsabilidades institucionales para la atención de necesidades que no son de responsabilidad directa de la empresa y diseñar los mecanismos de coordinación. Describir los procesos, tecnologías, diseño y operación, y otros que se hayan considerado, para reducir los impactos ambientales negativos cuando corresponda.

4.3 EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

4.3.1 ¿QUÉ ES EL CONSENTIMIENTO PREVIO?

El Consentimiento Previo, Libre e Informado es otro de los mecanismos para la toma de decisiones ambientales, el mismo que se encuentra ligado principalmente según el Derecho Internacional a la libre determinación de los pueblos indígenas, es decir como su nombre lo dice, es el consentimiento de los pueblos y las comunidades en “situaciones o decisiones que afecten las tierras y los territorios indígenas, este derecho se ha convertido en una obligación para los Estados adheridos al Convenio de los pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo”²⁴⁴. El Consentimiento Previo, es entonces el acuerdo de las comunidades para la aprobación o la ejecución de programas de participación ambiental, este mecanismo, que busca la preparación de los pueblos en la comprensión de dichos proyectos para manifestar su acuerdo o aceptación. En este sentido la finalidad misma del proceso es el consentimiento, la búsqueda de un consenso colectivo.

LETICIA MERINO Y JIM ROBSON²⁴⁵ expresan que “las comunidades deben tener autoridad y capacidad para manejar sus recursos como decidan, en lugar de concederle a los gobiernos nacionales el poder para consentir y manejar el conocimiento tradicional en nombre de ellas”, de esta forma los autores exponen justamente el principio del consentimiento, el elemento esencial para que, los pueblos tengan la facultad de consentir el uso de sus conocimientos ancestrales dentro de dichos recursos ya que forman parte fundamental de su subsistencia. Para lograr el consentimiento de las comunidades se debe

²⁴⁴ ALEJANDRA ALAYZA MONCLOA, No pero Sí: Comunidades y Minería. Consulta y consentimiento previo, libre e informado en el Perú, pg.18

²⁴⁵ LETICIA MERINO Y JIM ROBSON, El manejo de los recursos de uso común: Derechos Indígenas, Desarrollo, un Modelo de Recursos Comunitarios, pg. 64.

superar varias dificultades, especialmente la identificación de los legítimos representantes a los que se les pedirá su conformidad. La aplicación de este principio no es precisamente limitar a las comunidades en el uso de los recursos naturales o la determinación de sus tradiciones ancestrales, por el contrario se pretende que el Estado proponga un modelo que incentive a los pueblos y obtener el consentimiento de los pueblos en la exploración y explotación de recursos beneficiando principalmente a dichas colectividades²⁴⁶. De esta manera si una comunidad no consiente el uso de los recursos naturales y por lo tanto es imposible comprobar el Consentimiento Previo, el Estado deberá demostrar que se realizaron todos los procesos razonables en dicho mecanismo de toma de decisiones, por lo que en el caso de ser acusados de daños ambientales a dicho pueblos deberán indemnizar y restaurar los recursos de manera adecuada.

Según el PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS Y CAPACITACIÓN DEL CONSEJO INTERNACIONAL DE TRATADOS INDIOS²⁴⁷, el Consentimiento Previo, libre e informado contiene varios significados. En primer lugar el consentimiento se entiende como el acuerdo entre las partes, en derecho podría decirse que se trata de un contrato entre el Estado y las comunidades en la búsqueda de un acuerdo en la toma de decisiones ambientales, en los que están plenamente involucrados los líderes legítimos, los representantes de las instituciones y los pueblos mismos para expresar su autodeterminación. En segundo lugar está la libertad, que es la ausencia de coacción frente a las presiones del Estado, sean de origen monetario, a menos que sea parte de los planes de

²⁴⁶ Ibídem.

²⁴⁷ ANDREA DEL CARMEN, Programa De Derechos Humanos Y Capacitación Del Consejo Internacional De Tratado De Indios, julio de 2008, disponible en: www.treatycouncil.org, o en www.lacocalocacompany.blogcindario.com/2008/08/02571-los-pueblos-indigenas-y-el-derecho-al-consentimiento-libre-previo-e-informado.html, pg. 1. (consultado en mayo del 2011)

desarrollo, hasta las amenazas políticas frente a una negativa por parte de las comunidades afectadas. El tercer elemento es la necesidad misma de que el proceso de este mecanismo debe ser previsto por el Estado y las autoridades, el carácter de “previo” como un período de tiempo adecuado para la recolección de información suficiente que haya sido debatida. Es aquí justamente, donde se produce el choque cultural y lingüístico en el que el Estado debe procurar la traducción lingüística de todos los programas y proyectos en los que las comunidades sean afectadas de alguna manera para crear un ambiente de confianza cultural. Este carácter de “previo” tiene semejanza con el mecanismo de consulta previa ya que en los dos, no se debe tomar una decisión apresuradamente, el Estado y las comunidades afectadas deben estudiar y analizar los puntos positivos y negativos en los que serán afectados o beneficiados con dichos proyectos. Finalmente este mecanismo debe ser “informado”, este punto refleja el nivel de participación de la colectividad dentro del proceso, es precisamente donde se produce el debate y se pide la asesoría de los expertos en sus tradiciones, su forma de subsistencia, sus creencias religiosas y conocimiento genéticos ancestrales que en consecuencia produzca una decisión imparcial y equilibrada. Es muy importante puntualizar que si no se cumple con cualquiera de estos procesos el Estado o las autoridades pueden ser sometidas al abandono y la renuncia de los proyectos de desarrollo o la explotación de recursos.

El mecanismo del Consentimiento Previo Libre e Informado es, según EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS²⁴⁸, un derecho general de los

²⁴⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe Del Seminario Internacional Sobre Metodologías Relativas Al Consentimiento Libre, Previo E Informado Y Los Pueblos Indígenas (nueva york, 17 a 19 de enero del 2005), cuarto período de sesiones, 16 al 27 de mayo del 2005, disponible en: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/243/29/PDF/N0524329.pdf>, consultado el 7 de junio del 2011, párrafo 15.

pueblos y las comunidades indígenas, contiene “tratados y derechos de los pueblos indígenas respecto de tierras, territorios y recursos naturales”. Según este concepto, las comunidades afectadas tienen pleno derecho no solo de ser consultadas como en el caso de Consulta Previa sino de tener la facultad de decidir su propio desarrollo económico y social basado en sus costumbres ancestrales y forma de vida, la manera en la que utilizaran y usufructuaran de sus tierras y el derecho que tienen sobre sus territorios, todo esto en base al Artículo 26²⁴⁹ del DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

Para los países que utilizan como mecanismo de toma de decisiones ambientales, el Consentimiento Previo Libre e Informado es necesario que sus principios se basen en la mencionada declaración así como la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas, ya que cualquier violación a estos principios estaría en contra de los Derechos Humanos Universales, es por esta razón que es el término “Consentimiento” debe tener un efecto jurídico dentro de este mecanismo de participación. Además, se debe dejar claro que este mecanismo es parte de un proceso de consulta en el que se debe procurar el acuerdo de las comunidades en los procesos ambientales, ya que tanto la Consulta Previa como el Consentimiento Previo, están estrechamente relacionados y deben ser aplicados

²⁴⁹ DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 13 de septiembre del 2007

Artículo 26.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

conjuntamente para que la toma de decisiones ambientales forme parte de procedimientos beneficiosos para el desarrollo económico, social y cultural de la comunidades.

4.3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN.-

El Consentimiento Previo, Libre e Informado por principio, debe ser obtenido antes de cualquier proyecto de exploración o explotación de recursos naturales así como dentro de cualquier proceso de participación ambiental dentro de los territorios que podrían tener un impacto ambiental y humano como lo establece el Artículo 19²⁵⁰ de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas así como el Artículo 32 No. 2²⁵¹ de la misma declaración que expresa que los Estados deben procurar la obtención del consentimiento previo de las comunidades con el fin de aprobar cualquier proyecto de explotación así como los de desarrollo para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, en el que hace especial énfasis al recurso hídrico como un recurso indispensable para la subsistencia de los pueblos.

Este mecanismo a diferencia de la consulta previa, propone que su aplicación no solo debe hacerse en los proyectos que afecten directamente a estas comunidades, sino a todos los proyectos que puedan producir un impacto ambiental a los pueblos indígenas sea directa o indirectamente, esto se debe a una presunción de garantías constitucionales e internacionales de derechos humanos que por principio, según este mecanismo son parte

²⁵⁰ DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: Artículo 19.- “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”.

²⁵¹ *Ibíd.*, Artículo 32 No. 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”.

inherente de los seres humanos y por lo tanto no deben ser vulneradas de ninguna manera. Por lo tanto si se mira a este mecanismo desde esta perspectiva, los valores participativos no solo deben ser considerados dentro de los derechos individuales de los pueblos, sino dentro de los derechos colectivos de las comunidades como parte esencial en la toma de decisiones ambientales en cualquier proyecto o propuesta por parte del Estado.

El análisis de Artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT²⁵², es la clave para comprender que este mecanismo del consentimiento, se debe aplicar obligatoriamente no solo en medidas administrativas o legislativas sino también indirectamente en cualquier situación que pueda afectar su entorno. Es decir, que si bien las comunidades y los pueblos tienen sus territorios establecidos, aun existen comunidades seminómadas en el mundo²⁵³, esto quiere decir habitantes o colectividades que no viven en un solo territorio y que se trasladan de un lugar a otro, y por lo tanto su estilo de vida depende de la naturaleza para subsistir. En este sentido se debe tomar al Consentimiento Previo como un mecanismo integral de participación en el que es obligatorio el “consentimiento” de las comunidades para iniciar un proyecto que pueda ocasionar un impacto ambiental no solo a sus territorios sino a todo el ecosistema.

Finalmente, muchos de los instrumentos internacionales de derecho humanos, es necesario resaltar los más representativos en materia del Consentimiento Previo. En primer lugar se

²⁵² CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Artículo 7.1.- 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

²⁵³ CONFERENCIA DE LA ONG RESCATE, Refugiados Y Medio Ambiente: Las Comunidades Seminómadas De Etiopía, 23 de marzo del 2011, (Consultado en Junio del 2011)

puede nombrar a la Convención de Viena en la aplicación del principio “pro homine”²⁵⁴ en la interpretación de los tratados que según ÁLVARO AMAYA²⁵⁵, abogado de la facultad de ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia dice, que los tratados internacionales de derecho humanos deben ser aplicados e interpretados en su verdadero sentido, esto es de forma evolutiva y como lo establece el Artículo 29²⁵⁶ de la Convención Americana de Derecho Humanos, al referirse a la interpretación de la norma el momento de su integración especialmente cuando existe responsabilidad Internacional del Estado por violación de los Derecho humanos, inherentes al ser humano y que en este sentido deben ser aplicados con el principio de equidad para auxiliar al cumplimiento de estos. Así mismo el Artículo 11.5 de la Constitución del Ecuador²⁵⁷ expresa el principio de aplicación de los derechos y garantías constitucionales, los cuales deberán ser interpretados de manera favorable para su efectiva vigencia, es decir mediante la aplicación inmediata y directa por parte de cualquier servidor público, administrativo o judicial de las normas

²⁵⁴ PAOLA BIGLIANI, ALBERTO BOVINO, Encarcelamiento Preventivo Y Estándares Del Sistema Interamericano, 2008, Pg. 59: “el principio pro homine es un principio interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos, que debe ser utilizado por los tribunales locales, y que permite aplicar la solución normativa más favorable al caso sin impugnar otras normas de posible aplicación, y aun cuando éstas sean de mayor jerarquía normativa”.

²⁵⁵ ÁLVARO FRANCISCO AMAYA VILLAREAL, El Principio Pro Homine: Interpretación vs el consentimiento del Estado, pg. 338.

²⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Pacto De San José de Costa Rica, 22 de diciembre de 1969: Artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁵⁷ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008: Artículo. 11.5.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

constitucionales en caso de violación a los principios de Derechos Humanos reconocidos por la carta magna así como de todos los Instrumentos Internacionales.

4.4 CONSENTIMIENTO PREVIO EN LOS TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Aunque el Consentimiento Previo, Libre e informado no signifique lo mismo que la Consulta Previa, los dos mecanismos están estrechamente relacionados entre sí. Esto quiere decir que el primer proceso de toma de decisiones ambientales debe ser el del Consentimiento Previo según algunos instrumentos Internacionales, con el objeto de resguardar las garantías y los derechos a la libre determinación de los pueblos y comunidades. En este sentido los principales Instrumentos Internacionales sobre el Consentimiento Previo Libre e Informado son seis, la DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS²⁵⁸ que estipula en su Artículo 29 No. 2²⁵⁹ y 32 No. 2²⁶⁰, el reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas para determinar su desarrollo económico y para, primordialmente demandar su consentimiento antes de aprobar cualquier proceso de participación ambiental que afecte su entorno y produzca un impacto ambiental dentro de sus territorios.

²⁵⁸ APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 107a. sesión plenaria, el 13 de septiembre de 2007.

²⁵⁹ *Ibidem*, Artículo 29 numeral 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

²⁶⁰ *Ibidem*, Artículo 32 numeral 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.

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL²⁶¹, otro de los instrumentos normativos que en 1997, entre las recomendaciones del Comité de Control, se plantea a los Estados lograr el Consentimiento Previo de las comunidades en cualquier proyecto que afecte su vida, todo esto para facilitar el proceso de consulta, que será tomado en cuenta en el otorgamiento de la licencia ambiental respectiva para la explotación de recursos naturales no renovables.

El CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO que, a pesar de no establecer expresamente el consentimiento previo como el mecanismo para la toma de decisiones ambientales que afecten a los pueblos y comunidades, dentro de sus normas en sus artículos 6²⁶², 7²⁶³, 15²⁶⁴ y 16²⁶⁵ se encuentran las directrices generales sobre

²⁶¹ CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, Comité Para La Eliminación De La Discriminación Racial, Informes Presentados Por Los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, 20 de julio de 2007: Estableciendo además el procedimiento de consultas del gobierno a través del Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, tal como se indica anteriormente. El cual pretende, que los pueblos interesados reciban, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de las instituciones respectivas, información sobre todos los aspectos de los proyectos mineros en sus tierras, que les puedan afectar. Para el efecto, debe tomarse en cuenta el punto de vista que sobre el particular se manifieste y proceder a corregir los aspectos que se determinen técnica y racionalmente como perjudiciales a sus intereses, esto busca: o Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos interesados sobre los proyectos o medidas propuestas por los proyectos de operaciones mineras existentes en sus tierras. o Determinar los intereses de las poblaciones serían perjudicados y en qué medida antes de autorizar las licencias respectivas. o Para facilitar el proceso de consulta a los pueblos, el procedimiento contempla la intervención de especialistas independientes acreditados y aceptados por las partes, y el informe que presenten será tomado en cuenta en la decisión final para efectuar o no el otorgamiento de la licencia minera respectiva. En función de estas disposiciones, se han desarrollado varias consultas ciudadanas para determinar si procede o no los proyectos privados para uso de recursos hídricos, minería o explotación petrolera.

²⁶² CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 7 de junio de 1989, Artículo 6 No.1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: 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 derecho de territorio de estos pueblos, su derecho a ser consultados, así como el uso y aprovechamiento de los recursos naturales de tal manera que en caso de producirse un impacto ambiental dichas colectividades estén garantizadas por los principios universales de derechos humanos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas sobre los pueblos Indígenas y Tribales.

Un gran paso para el CPLI lo constituyó el CONVENIO SOBRE LA BIODIVERSIDAD BIOLÓGICA firmado en Rio de Janeiro en 1992 y ratificado por el Ecuador a inicios del 1993, en la necesidad de mecanismos de consulta y participación específicamente en el uso y aprovechamiento de los conocimientos ancestrales de las comunidades indígenas, esto es el conocimiento biológico desarrollado por ellos y que son considerados como recursos genéticos, de allí se desprende el artículo 8 del Convenio²⁶⁶ antes mencionado en la que establece que se respetara, mantendrá y preservara con apego a la legislación nacional vigente los conocimientos desarrollados así como las practicas de las comunidades en la

²⁶³ Ibídem, Artículo 7 No. 1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

²⁶⁴ Ibídem, Artículo 15 No. 1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

²⁶⁵ Ibídem, Artículo 16 No. 1.- A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

²⁶⁶ CONVENIO DE BIODIVERSIDAD BIOLÓGICA, Rio de Janeiro, 1992: Artículo 8º. Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

conservación de sus estilos de vida para la utilización sostenible de la diversidad biológica, es decir que se debe procurar el consentimiento en la utilización en derivados de dichos materiales genéticos. Es importante destacar que la naturaleza de esta norma es de carácter colectivo en la posibilidad de que las comunidades acepten o no la concesión, específicamente sus conocimientos ancestrales pero no directamente de los recursos naturales.

En el año 2000 la COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS²⁶⁷ (apud, Alejandra Moncloa, No pero si Comunidades y Minería), promovida por el BANCO MUNDIAL realizó un reporte considerado como derecho suave, sobre el marco de toma de decisiones ambientales²⁶⁸ con el objeto de analizar las políticas de desarrollo y medio ambiente que deberían ser implementadas por el grupo de Banco Mundial. Esta comisión fue la primera en realizar observaciones al Consentimiento Previo Informado sobre las garantías de los pueblos indígenas en temas de participación y consulta específicamente sobre los derechos de propiedad y territorios. Bajo este informe también se encuentran varios criterios del CPLI, dentro de los cuales en el capítulo 8 No. 1.4²⁶⁹ se propone una política ampliamente representativa e inclusiva de las comunidades indígenas en el reconocimiento de sus derechos colectivos y es por esta razón que sugiere que la fuente de sus derechos se base en

²⁶⁷ COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS. REPRESAS Y DESARROLLO: UN NUEVO MARCO PARA LA TOMA DE DECISIONES. Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas. Noviembre 2000. Disponible en: www.ecosistemas.cl/1776/articles-73173_recurso_1.pdf (Consultado en mayo 2011).

²⁶⁸ *Ibidem*, “La aceptación pública de decisiones claves es fundamental para el desarrollo equitativo y sustentable de recursos hídricos y energéticos. La aceptación surge del reconocimiento de los derechos, de tomar en cuenta los riesgos y de proteger los derechos de todos los grupos de personas afectadas, en particular de los grupos indígenas y tribales, de las mujeres y de otros grupos vulnerables. Se utilizan procesos y mecanismos de toma de decisiones que faciliten la participación informada de todos los grupos, y conducen a la aceptación demostrable de las decisiones principales. En el caso de proyectos que afectan a grupos indígenas y tribales, esos procesos se guían por su consentimiento libre, previo y basado en información adecuada” pg., 265.

²⁶⁹ Vid, nota 218.

las leyes consuetudinarias y la costumbre de los pueblos indígenas y tribales así como la legislación nacional vigente. Igualmente, la comisión sugiere que la participación dentro del Consentimiento Previo, Libre e Informado debe ser eficaz y para ello se debe realizar una selección adecuada de sus representantes dentro del proceso, para evitar que se produzcan divisiones dentro de la misma comunidad y no se pueda llegar al consentimiento. Este informe de la comisión contiene amplias políticas del CPLI ya que considera a este, como el mecanismo más adecuado para llegar a acuerdos dentro de las comunidades y si bien el informe no presenta características específicas para la aplicación del CPLI está diseñado para acoplarse a las circunstancias particulares y la costumbre de los pueblos y comunidades.

También, esta comisión expresa que en los casos en los que el CPLI no se logre, se procederá a las negociaciones de buena fe, con la participación de los representantes de las comunidades y posteriormente estos desacuerdos podrán ser referidos a una entidad judicial. Es importante resaltar, uno de los principios del CPLI del informe de la comisión, que expresa “todos los países deberían guiarse por el concepto de consentimiento libre, previo e informado, prescindiendo que haya sido promulgado como ley o no”²⁷⁰, es decir que el primer escalón en la toma de decisiones ambientales debe ser CPLI y posteriormente la consulta de buena fe a las comunidades.

De todo esto se puede concluir que aunque el informe de esta organización bajo el auspicio del Banco mundial fue rechazada por sus miembros²⁷¹, la Comisión Mundial de Represas es un organismo que reconoce el Consentimiento Previo, Libre e informado como el derecho

²⁷⁰ ALEJANDRA MONCLOA, No pero si Comunidades y Minería, Lima, Abril 2007, pg. 52.

²⁷¹ Véase: http://www.evb.ch/index.cfm?page_id=551&yy=2001. (consultado en junio del 2011) (Disponible solamente en inglés.)

de los pueblos indígenas y tribales en el mecanismo de la negociación frente a los proyectos que puedan causar impactos ambientales. Contiene uno de los documentos más extensos y completos para los Estados en la aplicación de este mecanismo, de tal manera que sugiere a dichos Estados la utilización de principios que deben formar parte del proceso de toma de decisiones ambientales.

Continuando con nuestro estudio de los Instrumentos Internacionales que consagran el CPLI, es preciso destacar un informe realizado por otro de los organismos relacionado con el Grupo del Banco Mundial, este es el informe de la REVISIÓN DE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DEL BANCO MUNDIAL²⁷² desde aquí (RIE), es uno de los pocos instrumentos que analizaron la función de las industrias extractivas como la minera o Hidrocarburífero con relación al desarrollo económico de las comunidades. El enfoque del RIE se centra principalmente en tres políticas principales que propone el informe, con el fin de mejorar las condiciones de vida de las comunidades más pobres y generar un impulso económico y social. En primer lugar, la utilización de políticas Estatales como las del desarrollo sostenible mediante la planificación en la utilización de los recursos naturales en beneficio de dichos pueblos. En segundo lugar, la utilización de estrategias sociales y ambientales propuestas por el Grupo del Banco Mundial que sea mucho más efectivas. Y en tercer lugar, el respeto a los Derechos Humanos Universales inherentes en los pueblos y comunidades indígenas de forma individual y colectiva.²⁷³ En este último es importante destacar una de las recomendaciones del informe en la que dice: “asegure que no socave la

²⁷² REVISIÓN DE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DEL BANCO MUNDIAL, informe realizado el 2001 en la comisión dirigida por el ex Ministro del Medio Ambiente de Indonesia Emil Sali.

²⁷³ MACKAY FERGUS. “El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Previo, Libre e Informado en la Revisión de Industrias Extractivas del Banco Mundial”, citando las industrias extractivas y el desarrollo sostenible. Una evaluación de la experiencia del Banco Mundial, 2004. Págs. 3-4.

habilidad de sus países miembros de cumplir fielmente sus obligaciones internacionales, y que no facilite ni apoye la violación de dichas obligaciones; La CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (CFI)²⁷⁴ y el ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES (OMGI)²⁷⁵, (en especial) por tanto, deben evaluar los antecedentes de derechos humanos de estas empresas, incluyendo sus políticas de derechos humanos y pueblos indígenas, y asegurar que los proyectos financiados por el Grupo del Banco Mundial sean diseñados e implementados de una manera consistente con las normas internacionales de derechos humanos pertinentes. Un requisito para las compañías que buscan el apoyo del Grupo del Banco Mundial para industrias extractivas debe ser la adopción y el cumplimiento demostrado de los principios de derechos humanos; idealmente, el Grupo del Banco Mundial debe adoptar un “enfoque de desarrollo fundamentado en derechos y asegurar que su apoyo a los proyectos se oriente hacia el cumplimiento de los derechos humanos garantizados a nivel internacional y especialmente, que trate los desequilibrios de poder que afectan el pleno ejercicio y disfrute de todos los derechos humanos de parte de los pobres y más vulnerables”.²⁷⁶ De todo esto se puede deducir, el espíritu del informe por proponer el respeto y la promoción de los Derechos Humanos constituyendo parte de las acciones de las empresas extractivas en base a los demás instrumentos internacionales. Dentro del mismo informe se debe destacar su criterio con relación el CPLI en el que dice que “el consentimiento libre, previo e informado no debe ser entendido solamente como un voto sí o no, o como un poder de veto para una sola persona o grupo. Más bien, es un proceso mediante el cual los pueblos indígenas,

²⁷⁴ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, creada en 1956, perteneciente al Banco Mundial.

²⁷⁵ ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES, creada en 1988, perteneciente al Banco Mundial.

²⁷⁶ RESUMEN DEL INFORME FINAL SOBRE LA REVISIÓN DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS, disponible en: <http://www.choike.org/nuevo/informes/1468.html>, (consultado en junio 2011), págs. 41 y 61.

comunidades locales, gobiernos y compañías llegan a acuerdos mutuos en un foro que ofrezca suficiente influencia para negociar las condiciones bajo las cuales se pueda avanzar y un resultado que deje a la comunidad en mejores circunstancias”²⁷⁷. Es decir que las compañías tienen que hacer que la oferta sea suficientemente atractiva para que las comunidades anfitrionas prefieran que el proyecto se dé, negocien acuerdos sobre la forma en el que el proyecto pueda darse, y por lo tanto se otorgue una “licencia social” a la compañía para operar, es decir que la principal diferencia entre el RIE y demás normas internacionales, se centra en la definición del Consentimiento Previo, Libre e Informado no como la posibilidad de que los pueblos y las comunidades tengan la capacidad de vetar tal o cual proyecto ambiental, sino que es un proceso por el cual los pueblos indígenas, el Estado y las empresas, mediante ruedas de negociación puedan lograr acuerdos mutuos para obtener mejores resultados en la toma de decisiones. En resumen lo que busca este informe es que el Estado y las compañías extractivas realicen ofertas razonables y beneficiosas para encontrar el consentimiento de las colectividades dentro de lo posible.

Con relación al derecho de propiedad que tienen las comunidades en sus territorios, el informe tiene mucha relación con el Convenio 169 de la OIT ya que propone que en el caso de existir una amenaza en sus territorios y dichos pueblos deben ser trasladados o reubicados. Este proceso debe ser realizado con el consentimiento expreso de las comunidades garantizando sus derechos universales contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, así como planteando beneficios para sus reubicación y la posibilidad de regresar a sus territorios de origen el momento que el impacto ambiental se haya remediado.

²⁷⁷ REVISIÓN DE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DEL BANCO MUNDIAL, 2004, pg. 54.

Así mismo, bajo la tutela de la CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL²⁷⁸ se encuentran los principios financieros que forman un conjunto de normas que mejoran las prácticas ambientales y sociales en la financiación de los proyectos extractivos. Estos principios sirven principalmente para evaluar la gestión de riesgos ambientales y sociales de los proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables, es decir que estos aportan el mínimo de estándar de financiación para que las empresas extractivas cumplan con el debido proceso en la toma de decisiones ambientales. Entre los principios más importantes se encuentra el de Evaluación Socio Ambiental²⁷⁹, esta consiste en la realización de un análisis de los impactos y riesgos sociales y ambientales²⁸⁰ categorizados en tres tipos de proyectos de extracción, citados también en el anexo 1 de la categorización de proyectos²⁸¹ que hace una diferenciación entre los que generarían más impactos sociales

²⁷⁸ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (CFI), Institución Mundial Creada En 1956 Y Perteneciente Al Banco Mundial, cuenta con 182 países miembros en todo el mundo. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Corporaci%C3%B3n_Financiera_Internacional. (Consultado en Julio 2011)

²⁷⁹ LOS “PRINCIPIOS DEL ECUADOR”, Julio de 2006: Evaluación Socio ambiental es un proceso que indica los impactos y riesgos sociales y ambientales (incluyendo mano de obra, salud y seguridad) de un proyecto propuesto en su área de influencia. Para los fines del cumplimiento con los Principios del Ecuador, ésta será una evaluación y presentación adecuada, correcta y objetiva de las materias, ya sea preparada por el prestatario, consultores o expertos externos. Dependiendo de la naturaleza y escala del proyecto, el documento de evaluación puede comprender una evaluación de impacto social y ambiental de escala completa, una evaluación social y ambiental limitada o focalizado (por ejemplo, una auditoría), o una solicitud directa de emplazamiento ambiental, estándares de contaminación, criterios de diseño o estándares de construcción. Uno o más estudios especializados puede que sea también necesario sean realizarse.

²⁸⁰ Ibídem, Principio 2: Evaluación Socio Ambiental.- Para cada proyecto evaluado, ya sea de la Categoría A o la Categoría B, el prestatario realizará un proceso de Evaluación Socio Ambiental (“Evaluación”) para tratar, en la forma apropiada y satisfacción de la EPFI, los impactos y riesgos sociales y ambientales relevantes del proyecto propuesto (la cual puede incluir, si son relevantes, los temas del listado ilustrativo que se encuentra en el Anexo II). La Evaluación también debe proponer medidas de mitigación y gestión pertinente y apropiada a la naturaleza y escala del proyecto propuesto.

²⁸¹ Ibídem, Anexo I: Categorización de proyectos: Como parte de su revisión de los impactos sociales y ambientales esperados del proyecto, las EPFIs usan un sistema de categorización social y ambiental, basado en los criterios de examen ambiental y social de la Corporación Financiera Internacional (International Finance Corporation – IFC), para reflejar la magnitud de los impactos entendida como un resultado de la evaluación. Estas categorías son: • Categoría A – Proyectos con posibles impactos sociales o ambientales adversos significativos que son diversos, irreversibles o sin precedentes; • Categoría B – Proyectos con posibles impactos sociales o ambientales adversos limitados, que son escasos en número, y por lo general

y ambientales hasta los que proyectos con riesgo mínimo o inexistente, todo esto para determinar la aplicación del sistema de gestión²⁸² mediante un plan de acción que implementara acciones correctivas y medidas de monitoreo de acuerdo a las leyes y reglamentos del país anfitrión.

Existen otros principios que regulan la gestión social y ambiental de las empresas con relación a las comunidades indígenas afectadas, estos son LOS PRINCIPIOS VOLUNTARIOS DE SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS²⁸³, firmados por los gobiernos de Estados Unidos y reino Unido en diciembre del 2000 forman parte de las normas de derecho suave por las cuales los Estados deben evaluar el riesgo ambiental, operativo y la seguridad del personas así como la protección de los derechos humanos en la que identifican los riesgos de seguridad, el potencial de violencia y muchas otras en la que las compañías extractivas deben registrar y reportar el abuso de los derecho humanos por parte de fuerzas de seguridad publica dentro de las áreas donde operan para así garantizar el

localizados en sitios específicos, mayormente reversibles y fácilmente abordables a través de medidas de mitigación; y • Categoría C – Proyectos con impactos sociales o ambientales mínimos o inexistentes.

²⁸²Ibídem, Principio 4: Plan de Acción y Sistema de Gestión Para todos los proyectos de la Categoría A y la Categoría B localizados en países que no son miembros de la OCDE y aquellos localizados en países de la OCDE que no son designados de Alto-ingreso, según se define por la Base de Datos de Indicadores de Desarrollo del Banco Mundial, el prestatario preparará un Plan de Acción (PA)³ el cual tratará las materias relevantes y contendrá las conclusiones de la Evaluación. El Plan de Acción describirá y priorizará las acciones de mitigación específicas que sean necesarias para implementar las medidas de mitigación, las acciones correctivas y las medidas de monitoreo necesarias para manejar los impactos y riesgos identificados en la Evaluación. Los prestatarios considerarán, mantendrán o establecerán un Sistema de Gestión Social y Ambiental que trate la administración de estos impactos, riesgos y acciones correctivas que se requieren para dar cumplimiento a las leyes y reglamentos sociales y ambientales del país anfitrión aplicables y las exigencias de la Política de Normas de Desempeño de la IFC y Guías Generales sobre Medio Ambiente, Salud y Seguridad aplicables, según se definan en el Plan de Acción.

²⁸³ PRINCIPIOS VOLUNTARIOS DE SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, Firmado por Estados Unidos y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2000.

cumplimiento de la seguridad y los derechos humanos durante las operaciones de explotación²⁸⁴.

Igualmente, forman parte de esta iniciativa los llamados PRINCIPIOS COMPACTOS GLOBALES DE LAS NACIONES UNIDAS²⁸⁵ los cuales disponen principalmente la protección de los Derechos Humanos²⁸⁶, los derechos laborales²⁸⁷ también contenidos en el Convenio 169 de la OIT, la protección del medio ambiente²⁸⁸ por parte de las empresas para potenciar planes de desarrollo en tecnologías ecológicas que afecten menos a las comunidades indígenas y un tema muy importante para los procesos de toma de decisiones, la realización de monitoreos constantes de anticorrupción²⁸⁹ para evitar actos de soborno y extorsión a las comunidades afectadas.

Para finalizar el análisis de las principales normas internacionales con relación al Consentimiento Previo, Libre e Informado, se puede concluir que definitivamente el

²⁸⁴ *Ibídem*, EVALUACIÓN DEL RIESGO.- La habilidad para evaluar los riesgos en el ambiente operativo de una compañía es crucial para la seguridad del personal, las comunidades locales y los activos; el éxito de las operaciones de la compañía en el corto y el largo plazo; y la promoción y protección de los derechos humanos. En algunas circunstancias, esto es relativamente sencillo; en otras, es importante obtener una gran cantidad de información de diversas fuentes; controlar y adaptarse a las cambiantes y complejas situaciones políticas, económicas, de cumplimiento de la ley, militares y sociales, así como mantener relaciones productivas con las comunidades locales y los funcionarios del gobierno.

²⁸⁵ PRINCIPIOS DEL GLOBAL COMPACT DE NACIONES UNIDAS Y UNA SELECCIÓN DE INDICADORES DE DESEMPEÑO DE GRI (GLOBAL REPORTING INITIATIVE), septiembre del 2010. Disponible en: http://www.pactoglobal.org.py/files/PDFOTROS_PAISES/UN_COMPACT/INFORMES_PROGRESO/INDICADORES_PRINCIPIOSpdf.pdf.

²⁸⁶ *Ibídem*, Principio 1 - Las empresas deberían apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados internacionalmente; y Principio 2 - asegurarse de que no son cómplices en los abusos de los derechos humanos.

²⁸⁷ *Ibídem*, Principio 3 - Las empresas deberían mantener la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a las negociaciones colectivas; Principio 4 - la eliminación de toda forma de trabajo forzado y obligatorio; Principio 5 - la abolición efectiva del trabajo infantil; y Principio 6 - la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la profesión.

²⁸⁸ *Ibídem*, Principio 7 - Se les solicita a las empresas que apoyen un planteamiento de precaución ante los desafíos medioambientales; Principio 8 - tomar iniciativas para promover una mayor responsabilidad medioambiental; y Principio 9 - potenciar el desarrollo y la difusión de tecnologías ecológicas.

²⁸⁹ *Ibídem*, Principio 10 - Las empresas deberían trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno.

Convenio 169 de la OIT es el principal instrumento que aunque no se refiera expresamente de consentimiento, es el documento más completo y vinculante con la mayoría de los Estados en un logro por legitimidad los derechos de los pueblos y comunidades para que puedan consentir cualquier intervención externa que afecte su calidad de vida.

4.5 PROCESO DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Para poder aplicar el Consentimiento Previo, Libre e Informado, se deben tomar en cuenta tres subprocesos que estudiaremos a continuación. El modelo conceptual para la aplicación del CPLI presenta varios retos para el Estado entre ellos la legitimación de las normas internacionales como nacionales, en la que las autoridades así como las empresas deben fortalecer su participación en políticas interesantes para las comunidades en la búsqueda del consentimiento. De la misma manera es fundamental el fortalecimiento de la participación comunitaria, el reconocimiento de sus derechos colectivos e individuales así como de los métodos y técnicas dentro del CPLI. En último lugar está el proceso mismo de aplicación del consentimiento en el que se necesita de la participación y la consulta para llegar al consentimiento.²⁹⁰ Se debe destacar que los primer dos subprocesos no dependen específicamente del proyecto, en realidad despliegan las principales condiciones por las cuales se asegura el correcto funcionamiento del último sub proceso. Para entenderlo mejor la aplicación del consentimiento no debe ser tomado como el resultado o la finalidad del mismo, debe ser la herramienta por la cual los pueblos y comunidades pueden adquirir mejores condiciones en las negociaciones para el desarrollo del proyecto y de esta manera se produzcan acuerdos equitativos entre los sujetos de participación en el CPLI.

²⁹⁰ ALEJANDRA MONCLOA, No pero si Comunidades y Minería, Lima, Abril 2007, pg. 131.

Es importante destacar las características para la aplicación de este mecanismo, entre las cuales se encuentra la búsqueda de la integración e inclusión social de los pueblos en los que se apliquen proyectos culturalmente apropiados para general una participación amplia y extensa dentro del proceso. Así mismo se requiere la intervención de mecanismos que aseguren y garanticen el libre acceso a la información para producir debates por parte de las comunidades y se logre el perfeccionamiento de los proyectos propuestos, es aquí donde ingresan los Estudios de Impacto Ambiental en donde se evalúan todos los riesgos así como los beneficios de aplicar un determinado proyecto ambiental. Otra de las características es el plazo, así como en la consulta previa, en el consentimiento se deben presentar plazos adecuados en los cuales los representantes de las comunidades puedan realizar observaciones entre ellos y se logre llegar a acuerdos según sus propias costumbres en la toma de decisiones. El CPLI debe ser un proceso permanente en la búsqueda de consensos, tal como la obtención de una licencia ambiental en la que se busca el consentimiento permanente de las comunidades locales. También se debe garantizar que el proceso del consentimiento sea financiado por parte del Estado, ya que así no se limitaría la autonomía del mismo solo a las empresas extractoras y en consecuencia se pueden generar asesorías legales y un constante monitoreo de las relaciones comunitarias dentro del proceso.²⁹¹ Finalmente, es fundamental para la realización del marco legal y la ejecución de un proyecto, la identificación del momento en el que se ha obtenido el consentimiento, este es un reto ya que se mira al consentimiento como parte previa y posterior a la ejecución.

²⁹¹ Ibídem, pg. 133

El CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA²⁹² que analizamos anteriormente cumple un rol importante dentro de la aplicación del CPLI, este contiene las pautas llamadas “AKWÉ: KON²⁹³” en la que establece los límites en los que las comunidades deberían estar involucradas dentro del proyecto, esto quiere decir que la manifestación de consentimiento en dichos pueblos debería ser suficiente para vetar o paralizar un proyecto a menos que el Estado haya actuado consecuentemente con las normas internacionales asumiendo que si se produce un impacto ambiental será en beneficio del interés público. En el caso de no obtener el consentimiento las comunidades deben ser informadas en un plan donde se garanticen sus derechos y una adecuada indemnización. Caso contrario al obtener el consentimiento de las comunidades, se deben cumplir los acuerdos realizados por las dos partes, asegurando sus derechos e intereses en un monitoreo constante inclusive después de que el proyecto haya terminado.

Para terminar este análisis de la aplicación del CPLI se puede concluir que las tres fases del proceso, el fortalecimiento de la participación del Estado, el fortalecimiento de la participación de las comunidades y la garantía de sus derechos a los largo de la ejecución del proyecto son los elementos esenciales para la aplicación del mismo, pero se debe tomar en cuenta que el consentimiento no es el fin de este mecanismo sino el medio por el cual se puede llegar a acuerdos y consensos que beneficien al desarrollo de la calidad de vida de las comunidades y se garanticen sus derechos sin la pérdida de su riqueza cultural, étnica, social y económica.

²⁹² CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA, Organización de las Naciones Unidas, 1992.

²⁹³ CONVENIO SOBRE LA BIODIVERSIDAD, AKWÉ: KON, Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, 2004, disponible en: <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>, (consultado mayo 2011).

CAPÍTULO V

5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA ENTRE LA CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO

5.1 JURISPRUDENCIA MUNDIAL

5.1.1 REPÚBLICA DE SURINAME (SARAMAKA VS SURINAM)

La demanda²⁹⁴ que se presentó en el año 2007 por el pueblo indígena de Saramaka, contra el Estado de Surinam es una de las más representativas ya que ha servido como jurisprudencia para la aplicación de muchas otras controversias en Latinoamérica y el mundo. Este caso fue interpuesto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por presuntas violaciones al derecho de propiedad, es decir el irrespeto a los territorios donde habitan las comunidades indígenas de Saramaka, pueblos ancestrales de la región superior de Surinam. Según esta jurisprudencia el Estado de Surinam incurrió en la violación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁹⁵ que expresa el derecho al uso y goce de sus bienes en este caso de los territorios habitados por las comunidades Saramaka, pero hace una salvedad al decir que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”²⁹⁶. Esto tiene concordancia con el artículo 1 numeral 1²⁹⁷ y el artículo 2 de la

²⁹⁴ Ver: anexo 1

²⁹⁵ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969: Artículo 21.- Derecho a la Propiedad Privada.- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

²⁹⁶ Ibídem, artículo 21.

²⁹⁷ Ibídem, Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza,

misma convención²⁹⁸ en la que establece la obligación de los Estados a respetar los derechos de propiedad contenidos en la convención así como de adoptar medidas legislativas para hacer cumplir estos derechos. Del mismo modo, las comunidades de Saramaka demandaron la violación de sus derechos de protección judicial al pedir al Estado las respectivas indemnizaciones pecuniarias²⁹⁹ y no pecuniarias contenidas en el artículo 25 de la convención³⁰⁰. La demanda también dio paso a otras interpretaciones de la misma convención con referencia al artículo 21 en la que se puede interpretar que las comunidades de Saramaka tienen la potestad de determinar el uso y goce de sus territorios ya que estos han sido ocupados por ellos ancestralmente a través de su cultura, sus tradiciones y su forma de vida, esto quiere decir también el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales para su subsistencia como parte del reconocimiento a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. La conexión que existe entre los pueblos indígenas de Saramaka y sus territorios es indispensable para la vida de estos, es por eso que el fallo garantiza la supervivencia, el desarrollo y la continuidad de los pueblos Saramaka basados en la convención.

color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁹⁸ *Ibíd.*, Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²⁹⁹ MARÍA ESNAOLA, Las Deudas U Obligaciones Pecuniarias, Derecho Civil.- Las deudas pecuniarias son aquellas que consisten en pagar una suma de dinero ("Pecunia" = moneda). Hoy en día tienen una importancia práctica porque prácticamente todas las relaciones contractuales tienen por objeto la consecución de una suma de dinero (una compraventa, un arrendamiento...)

³⁰⁰ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969: Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Un punto de la sentencia que se debe resaltar es el reconocimiento al derecho de la propiedad comunal, basada en el derecho consuetudinario y las costumbres de las comunidades para el respeto de sus territorios que han ocupado ancestralmente. A pesar de que Surinam no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT hace referencia a este en relación al artículo 13³⁰¹ que expresa la importancia de los territorios indígenas ancestrales con relación a su cultura y la utilización sus recursos naturales en su forma de vida. La consulta y el consentimiento son parte de este proceso de garantía de los derechos de los pueblos Saramaka en donde el fallo hace referencia al artículo 32 de la DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS³⁰² en el que exige al Estado de Surinam a realizar procesos de consulta para llegar al consentimiento con dicha comunidad de acuerdo a sus tradiciones y costumbres para crear un vinculo de comunicación entre el Estado y los pueblos, este procesos se debe realizar de buena fe y a través de procedimiento adecuados, es decir en una lengua y cultura apropiada para las comunidades Saramaka dentro de la creación de centros para relaciones comunitarias para que estos a sus vez se puedan informar libremente.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que en casos en donde se puede producir un impacto ambiental en la industria extractiva de recursos naturales o se produzcan planes de desarrollo económico que afecten los territorios Saramaka, el Estado Surinam tiene la obligación no solo de consultar a los Saramaka, sino de realizar los respectivos Estudios de Impacto Ambiental obtener el Consentimiento

³⁰¹ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Artículo 13.- numeral 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

³⁰² Vid, nota 245.

Previo, Libre e Informado de estos pueblos según sus costumbres y tradiciones y de la misma manera incluir a estas comunidades como beneficiarios de los proyectos de desarrollo.³⁰³ La sentencia también condenó al Estado Surinam a la creación de un fondo para el desarrollo de los afectados y al mismo tiempo a la consulta previa de estos. Y finalmente otorgó el reconocimiento a las comunidades como personas jurídicas. Todo esto sirvió de antecedente jurídico para la lucha por los Derechos Humanos y Territoriales de estos pueblos Saramaka y que posteriormente se utilizarían en todo el mundo como un ejemplo de justicia social e inclusión de las comunidades indígenas.

5.2 JURISPRUDENCIA NACIONAL

5.2.1 ECUADOR (*DEMANDA IVANHOE ENERGY ECUADOR*)

En el juicio No. 17112- 2010-0055³⁰⁴, de mayo del 2009, el Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (Confeniae) demanda a la Ministra de Ambiente por otorgar inconstitucionalmente una licencia ambiental a la compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR para el proyecto de explotación de hidrocarburos en el campo PUNGARAYACU, bloque 20, en la provincia de Napo, Cantón Tena, dentro de la RESERVA BIOSFERA SUMACU, en donde habitan comunidades indígenas KICHWAS que deben ser protegidos y garantizados a través de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derecho humanos. La demanda fue presentada ante la Segunda Sala de la Corte Provincial de Pichincha, en la que se observan algunas

³⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pg. 42.

³⁰⁴ Ver: anexo 2

inconstitucionalidades que vulneran las garantías de estas comunidades así como del medio ambiente.

El denominado bloque 20 está ubicado dentro del Parque Nacional Sumaco en el que, después de estudios de exploración realizados en los años 80 se determinó que podría contener grandes cantidades de crudo pesado para la extracción hidrocarburífera, pero al mismo tiempo, causar grandes impactos ambientales debido a la característica muy pesada de este recurso no renovable. Es por eso que según la demanda, en abril del 2002 se construyó el bloque 20 el cual se centraba dentro del campo Pungarayacu que posteriormente, formó la novena ronda de licitaciones. Posteriormente, en abril del 2007 cuando la compañía Canadiense IVANHOE propone al Estado Ecuatoriano, que le entregue la operación de este campo ya que contaban con la tecnología para explotar este tipo de hidrocarburo muy pesado. En julio del 2008 el Comité de Contrataciones de Petroproducción entrega el bloque 20 a la compañía IVANHOE sin haber realizado ningún tipo de Consulta Previa ni Estudios de Impacto Ambiental previstos en la Constitución y los Instrumentos Internacionales vulnerando las garantías de las comunidades que habitaban estos territorios y afectando al medio ambiente y el ecosistema del la zona.

Como se analizó en los capítulos anteriores es fundamental que, para iniciar cualquier actividad ambiental o proyecto de extracción de recursos no renovables que pueda producir impactos ambientales se debe otorgar la respectiva licencia ambiental como lo determina el Artículo 20³⁰⁵ de la Ley de Gestión Ambiental, después de haber determinado que no se afecten los derechos colectivos de las comunidades o de la naturaleza o caso contrario se registrará bajo el recurso “precautelatorio” que establece la Constitución del Ecuador que “en

³⁰⁵ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de julio de 1999: Artículo. 20.- Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del ramo.

el caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño el Estado adoptara medidas protectoras eficaces y oportunas”.³⁰⁶ Por lo tanto al expedirse la licencia ambiental a la compañía IVANHOE, se violó el principio Constitucional de la Consulta Previa previsto en el Artículo 398³⁰⁷ mediante la cual, compañía debió realizar la Consulta Previa a través del Estado o la Autoridad competente sin vulnerar los derechos colectivos de los pueblos Kitchwas y valorando su opinión de acuerdo a los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos. Pero en este caso a pesar de la oposición de las comunidades no se inicio un proceso administrativo debidamente motivado ya que nunca existió un proceso de Consulta Previa. De la misma manera incurren en la violación del artículo 57³⁰⁸ numeral 7 que establece específicamente que si no se logra el consentimiento de las comunidades se actuara conforme a la ley y los instrumentos internacionales, en donde reconoce plenamente sus Derecho Humanos. Es aquí donde ingresa el artículo 32 numeral 2 de la

³⁰⁶ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. 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. 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.

³⁰⁷ *Ibidem*, Artículo. 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. 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.

³⁰⁸ *Ibidem*, Artículo. 57.- Se reconoce y garantizará las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS³⁰⁹ que establece que el estado Ecuatoriano realizara consultas con las comunidades con el fin de obtener el consentimiento de las mismas, antes de la aprobación de cualquier proyecto que pueda afectar sus territorios o sus recursos naturales.

Es de suma importancia recalcar que como mencionamos anteriormente, la zona en donde se pretende realizar la explotación de hidrocarburos es una zona intangible de acuerdo al artículo 407 de la Constitución³¹⁰, declarada Reserva de la Biosfera por la UNESCO desde 1974, cuyo programa era la inclusión social de las comunidades con el medio ambiente, a través del uso sustentable de los recursos naturales, por lo tanto hay una clara inconstitucionalidad al permitir la extracción de recursos renovables en este tipo de zonas reconocidas y garantizadas internacionalmente.

Otro derecho que se viola a las comunidades Kitchwas, es el derecho de propiedad de los territorios indígenas ya que, al ser territorios ancestrales solo se podrá trasladar a estos pueblos mediante el consentimiento expreso de estos como lo expresa el artículo 16³¹¹ del Convenio 169 de la OIT, así mismo este derecho está reconocido por el fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en la que la Comunidad Mayagna contra el Estado de

³⁰⁹ DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Artículo 32 No. 2.- 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.

³¹⁰ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 407.- 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.

³¹¹ CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: Artículo 16 No. 2.- Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtener su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

Nicaragua ganó el juicio en el que se vulneraban sus derechos de propiedad y se pretendía el traslado de estos fuera de sus territorios.

Existe un sin número de violaciones a derechos contenidos en la constitución y las normas internacionales en las que ha incurrido el Estado al otorgar esta licencia de impacto ambiental a la compañía IVANHOE, entre las que se enumeran las más importantes como la amenaza contra la salud de las comunidades provocando derrames en los ríos de la zona lo cual viola claramente lo que dicen los artículos 12³¹² y 14 de la Constitución³¹³ en los cuales establecen los derechos del agua y a un medio ambiente sano como un recurso innegable al ser humano y que estaría siendo contaminado por los hidrocarburos.

Finalmente después de el análisis de este fallo, se puede determinar que todo lo relacionado con el otorgamiento de la licencia de impacto ambiental a la compañía IVANHOE, es ilegal e inconstitucional, este no contó un Estudio de Impacto Ambiental, ni con la Consulta Previa a las comunidades Kitchwas que fueron afectadas y vulneradas, todo el proceso estuvo lleno de ilegalidades y se debe paralizar el funcionamiento de este tipo de proyectos que incurren en violaciones internacionales de Derechos Humanos así como de la Constitución y las leyes nacionales. Respecto a esto el fallo la Corte Provincial de Pichincha estableció que al no expedirse una nueva licencia ambiental por parte de la compañía Ivanhoe, se violó el derecho de la Consulta Previa de los pueblos Kichwas, sin embargo no considera que el Estado ecuatoriano haya faltado al debido proceso y por lo tanto permitió que se continúen los trabajos de preparación para la explotación en el bloque 20.

³¹² CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008, Artículo. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

³¹³ Ibídem, Artículo. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, 6 que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

5.3 ANEXOS

5.3.1 ANEXO 1

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO DEL PUEBLO SARAMAKA VS. SURINAM

SENTENCIA DE 12 DE AGOSTO DE 2008

(INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

En el *Caso del Pueblo Saramaka*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces^{*}:

Sergio García Ramírez, Presidente;
Diego García Sayán, Juez;
Leonardo Franco, Juez;
Margarette May Macaulay, Jueza, y
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;

presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario;

de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") y con el artículo 59 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento"), resuelve la demanda de interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas dictada por la Corte el 28 de noviembre de 2007 en el caso *Pueblo de Saramaka Vs. Surinam* (en adelante "la demanda de interpretación"), interpuesta por el Estado de Surinam (en adelante "el Estado" o "Surinam").

I

INTRODUCCIÓN DE LA DEMANDA DE INTERPRETACIÓN Y PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

1. El 17 de marzo de 2008 el Estado presentó una demanda de interpretación de la Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas¹ emitida el 28 de noviembre de 2007 en este caso (en adelante "la Sentencia"), con fundamento en los artículos 67 de la Convención y 59 del Reglamento. En su demanda, el Estado solicitó la interpretación respecto del "sentido y alcance" de varios asuntos, los cuales la Corte resume

^{*} Por razones de fuerza mayor, la Jueza Cecilia Medina Quiroga, el Juez Manuel E. Ventura Robles y la Secretaria Adjunta Emilia Segares Rodríguez no participaron en la deliberación y firma de la presente Sentencia.

¹ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172.

en el siguiente orden:

- a) con quién debe consultar el Estado para establecer el mecanismo por el cual se garantizará la "efectiva participación" del pueblo Saramaka ordenado en la Sentencia;
- b) a quién debería ser entregada una "justa compensación" cuando, por ejemplo, sólo una parte del territorio Saramaka se ve afectada por el otorgamiento de concesiones; es decir, si debe ser entregada a los individuos directamente afectados o al pueblo Saramaka en su conjunto;
- c) a quiénes y sobre cuáles actividades de desarrollo e inversión que afectan al territorio Saramaka puede el Estado otorgar concesiones;
- d) bajo qué circunstancias puede el Estado ejecutar un plan de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka, particularmente en relación con los estudios de impacto social y ambiental, y
- e) si la Corte, al declarar la violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica reconocido en el artículo 3 de la Convención, tomó en consideración los argumentos del Estado al respecto.

2. El 25 de marzo de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.2 del Reglamento y siguiendo instrucciones de la Presidenta del Tribunal, la Secretaría de la Corte (en adelante "la Secretaría") transmitió copia de la demanda de interpretación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") y a los representantes de las víctimas (en adelante "los representantes") y les informó que contaban con un plazo hasta el 5 de mayo de 2008 para que presentaran los alegatos escritos que estimaran pertinentes. Asimismo, la Secretaría recordó al Estado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.4 del Reglamento, "[l]a demanda de interpretación no suspend[e] la ejecución de la Sentencia".

3. El 28 y 30 de abril de 2008 los representantes y la Comisión, respectivamente, solicitaron una prórroga hasta el 19 de mayo de 2008 con la finalidad de presentar sus alegatos escritos. La Presidenta de la Corte concedió ambas solicitudes. El 19 de mayo de 2008 los representantes y la Comisión presentaron sus alegatos escritos sobre la demanda de interpretación presentada por el Estado.

II

COMPETENCIA Y COMPOSICIÓN DE LA CORTE

4. De conformidad con el artículo 67 de la Convención², la Corte es competente para interpretar sus fallos. Para realizar el examen de la demanda de interpretación, el Tribunal debe tener, de ser posible, la misma composición que tenía al dictar la Sentencia respectiva, de conformidad con el artículo 59.3 del Reglamento. En esta ocasión, la Corte se integra con los mismos jueces que dictaron la Sentencia cuya interpretación ha sido solicitada.

² El artículo 67 de la Convención establece que "[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable. 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".

III ADMISIBILIDAD

5. Corresponde a la Corte verificar si los términos en que fue planteada la demanda de interpretación satisfacen los requisitos establecidos en las normas aplicables, a saber, el artículo 67 de la Convención, anteriormente citado, y los artículos 29.3³ y 59⁴ del Reglamento.

6. La Comisión consideró que "la comunicación presentada por el Estado no reúne los requisitos expuestos en el artículo 67 de la Convención Americana [...] ni en los artículos 29.3 y 59 del Reglamento". Además, la Comisión alegó que la "solicitud presentada por Surinam intenta apelar aspectos de la decisión que el Estado encuentra desfavorables, o inducir a la Corte a interpretar algunas partes de la Sentencia de conformidad con la interpretación que hace el Estado de los hechos y del procedimiento, y su desacuerdo con la Sentencia". Adicionalmente, la Comisión observó que el "Estado no ha señalado ninguna ambigüedad o falta de claridad en el texto de la Sentencia". No obstante, "[l]a Comisión consider[ó] que, si bien la demanda presentada por el Estado se enmarca en los términos de una apelación de asuntos que ya han sido decididos y explicados en la Sentencia, la Comisión también not[ó] que los asuntos señalados indican que el Estado podría requerir mayor orientación respecto a ciertos criterios para poder implementar lo ordenado por la Corte".

7. Los representantes observaron que la solicitud del Estado reúne los requisitos de admisibilidad pertinentes. Al mismo tiempo, los representantes indicaron que algunos de "los asuntos presentados por Surinam están desenfocados e imprecisos y no son, por tanto, susceptibles de respuestas precisas". No obstante, los representantes observaron que, "debido a que todos los asuntos señalados por el Estado son extremadamente importantes y/o revelan serias malinterpretaciones de la Sentencia, ellos respetuosamente instan a la Corte a explicar cada [asunto, con el propósito] de rectificar estas serias malinterpretaciones y de asistir a las partes a comprender e implementar la Sentencia".

8. La Corte constata que el Estado interpuso la demanda de interpretación dentro del plazo establecido en el artículo 67 de la Convención, toda vez que la Sentencia fue notificada al Estado, a la Comisión Interamericana y a los representantes el 19 de diciembre de 2007 y el Estado interpuso la demanda de interpretación el 17 de marzo de 2008.

9. Por otro lado, tal como lo ha dispuesto anteriormente este Tribunal⁵, una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de

³ El artículo 29.3 del Reglamento establece que "[c]ontra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación".

⁴ El artículo 59 del Reglamento dispone, en lo pertinente, que:

1. La demanda de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

[...]

4. La demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.

5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia.

⁵ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Resolución de la Corte de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 47, párr. 16; *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de mayo de 2008. Serie C No. 178, párr. 10, y *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2008. Serie C No. 176, párr. 10.

claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por ende, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación.

10. La Corte observa que algunas de las solicitudes del Estado carecen de precisión respecto de cuáles asuntos requieren interpretación de la Corte en cuanto al sentido o alcance de la Sentencia. No obstante, la Corte estima que los asuntos señalados por el Estado indican que éste requiere mayor orientación con miras a cumplir plenamente con los puntos ordenados por la Corte. Por lo tanto, para proporcionar una respuesta a las inquietudes del Estado, y en vista de lo interrelacionado que se encuentran las interrogantes planteadas por éste, la Corte declara admisible la demanda en su conjunto y procederá a analizar estos asuntos en el siguiente orden: (1) lo relacionado con (a) el establecimiento de un mecanismo para la "efectiva participación" del pueblo Saramaka, y (b) la determinación de los beneficiarios de una "justa compensación"; (2) lo relacionado a las circunstancias en que el Estado no debe ejecutar planes de desarrollo e inversión en territorio Saramaka, particularmente en relación con los estudios previos de impacto social y ambiental; (3) cuestiones acerca de las concesiones que el Estado puede otorgar en el territorio Saramaka, y (4) si la Corte tomó en consideración los argumentos del Estado relacionados con la violación del Artículo 3 de la Convención.

IV

LOS REQUISITOS DE "PARTICIPACIÓN EFECTIVA" Y "BENEFICIOS COMPARTIDOS"

11. En su demanda de interpretación de la Sentencia, el Estado solicitó que se aclare con quién debe consultar para establecer el mecanismo por el cual se garantizará la "participación efectiva" del pueblo Saramaka, según lo ordenado en la Sentencia. El Estado preguntó si estaba obligado a consultar "con la colectividad de los capitanes Saramaka, o con los capitanes individuales de cada territorio, o con el Jefe Máximo (el *Gaa'man* del pueblo Saramaka), o con otras entidades subsidiarias dentro de la cultura, costumbres y tradiciones del pueblo Saramaka". Asimismo, el Estado aludió a la determinación de la Corte, en el capítulo sobre "Excepciones Preliminares", según la cual cualquier individuo puede presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Estado cuestionó si ello significa que tiene una obligación de consultar con "cada individuo, órgano o entidad dentro de la estructura cultural de la Tribu Saramaka". Finalmente, el Estado expresó su preocupación respecto de cuáles Saramaka deberían beneficiarse de proyectos específicos de desarrollo. Particularmente, el Estado se mostró preocupado por el posible obstáculo para el desarrollo económico del Estado, así como otras complicaciones y divisiones internas que podrían ocurrir entre los Saramaka, si algunos miembros de la tribu que viven en áreas cercanas al lugar de las concesiones pudieran llegar a quedar excluidos de la distribución de esos beneficios. El Estado observó que dichos miembros de la tribu podrían, consecuentemente, confrontar a los concesionarios para demandar su parte de los beneficios. Por lo tanto, Surinam consideró que debe ser el Estado, en vez del pueblo Saramaka, quien determine el requerido sistema de "beneficios compartidos". El Estado no realizó una pregunta específica al respecto, sino más bien solicitó "la interpretación de la Corte acerca del entendimiento del Estado con relación a este aspecto de la Sentencia".

12. Con respecto a la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones dentro de su territorio tradicional, la Comisión observó que "a lo largo de la Sentencia la Corte ha dejado en claro que la participación del pueblo Saramaka en dicho proceso deberá llevarse a cabo de conformidad con sus costumbres y tradiciones". Con relación a los beneficios compartidos con el pueblo Saramaka a partir de las concesiones otorgadas por el Estado dentro de su territorio, la Comisión observó "que la Sentencia de la Corte no requiere que el Estado actúe de manera

tal que obstruya el desarrollo, sino más bien establece los principios sobre los cuales dicho desarrollo puede tener lugar de conformidad con el respeto a los derechos de aquellos afectados por éste". Además, la Comisión consideró que el "punto en cuestión no constituye una solicitud de interpretación válida según lo establecido en el artículo 67 de la Convención".

13. Los representantes observaron que la Sentencia claramente indica "que la manera de dar participación efectiva y la entidad o entidades que participarían en el proceso de decisión deberán ser determinadas por los Saramaka de conformidad con su costumbre y tradición", y luego ser comunicadas al Estado. "En cambio, si Surinam llegara a tener dudas al respecto, puede comunicarse con los Saramaka para buscar mayor claridad". Adicionalmente, los representantes observaron que "la base legislativa y administrativa para el sistema de beneficios compartidos debe ser desarrollada y determinada con la participación efectiva de los Saramaka, y no únicamente por el Estado", y que "los Saramaka también deberán participar efectivamente, caso por caso, en las decisiones sobre los beneficios compartidos."

14. Los asuntos a los cuales el Estado hace referencia son (a) el establecimiento de un mecanismo de consulta con el pueblo Saramaka, y (b) la determinación de los beneficiarios de una "justa compensación" en relación con proyectos de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka. La Corte considera que ambos asuntos están desarrollados en la Sentencia, particularmente, pero no exclusivamente, en los párrafos 81, 100, 101, 129-140, 147, 155, 164, 170, 171, 174 y 194, así como en los Puntos Resolutivos 5 a 9. Sin embargo, la Corte considera pertinente reiterar la manera en que tales asuntos son abordados en la Sentencia.

a) *Establecimiento de un mecanismo de consulta con el Pueblo Saramaka*

15. Respecto del primer asunto, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo Saramaka para efectos de cumplir con varios de los puntos ordenados en la Sentencia, y que los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas.

16. En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka⁶; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran⁷; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el

⁶ En el Punto Resolutivo 5 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 194(a) de la misma, la Corte ordenó al Estado "delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 194(a).

⁷ En el Punto Resolutivo 6 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 174 de la misma, la Corte ordenó al Estado "establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 174.

territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado⁸; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres⁹; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental¹⁰, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka¹¹.

17. En el párrafo 133 de la Sentencia la Corte ha aclarado este último punto, al señalar que "al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones". En los párrafos 133 a 137 la Corte señaló directrices específicas acerca de lo que debe ser materia de consulta, cuándo se debe realizar la consulta, por qué el pueblo Saramaka debe ser consultado y cómo se debe llevar a cabo la consulta. De conformidad con lo anterior, el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones¹².

18. La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que la consulta se debe realizar "de conformidad con sus costumbres y tradiciones", la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal¹³.

⁸ En el Punto Resolutivo 7 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 194(c) de la misma, la Corte ordenó al Estado "eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado [...]". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 194(c).

⁹ En el Punto Resolutivo 8 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 194(d) de la misma, la Corte ordenó al Estado "adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevarán a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 194(d).

¹⁰ En el Punto Resolutivo 9 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 133 de la misma, la Corte ordenó al Estado "asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 133.

¹¹ En el párrafo 129 de la Sentencia la Corte declaró que "[...], de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los [miembros del pueblo Saramaka] respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe [...] asegurar [su] participación efectiva [...], de conformidad con sus costumbres y tradiciones [...]". *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 129.

¹² *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párrs. 133 a 137.

¹³ *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 133.

19. Consecuentemente, el pueblo Saramaka debe informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente. El Estado deberá consultar con tales representantes a fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal¹⁴. Una vez realizada la consulta, el pueblo Saramaka dará a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, así como sus fundamentos.

20. En un asunto relacionado con el punto anterior, el Tribunal observa que el Estado pareciera malinterpretar la diferencia entre su obligación de consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, y el contenido y propósito del sistema de peticiones descrito en el artículo 44¹⁵ de la Convención.

21. En los párrafos 22 al 24 de la Sentencia la Corte analizó si, a la luz del artículo 44 de la Convención, los peticionarios originales estaban legitimados para presentar una petición ante la Comisión. La Corte declaró que cualquier persona o grupo de personas que no sea presunta víctima puede presentar una petición ante la Comisión sin tener que obtener la autorización previa del *Gaa'man* o, por ejemplo, de cada miembro de la comunidad. Dicho análisis del sistema de peticiones bajo la Convención Americana no guarda relación alguna con la obligación que tiene el Estado, a raíz de la Sentencia en el presente caso, de consultar con los Saramaka de conformidad con sus costumbres y tradiciones.

22. Por ende, la decisión acerca de quién debe ser consultado en relación con cada uno de los asuntos mencionados anteriormente (*supra* párr. 16) debe ser adoptada por el pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones. El pueblo Saramaka comunicará al Estado quién o quiénes deben ser consultados, dependiendo del asunto que así lo requiera.

b) En cuanto a la determinación de los beneficiarios de una "justa compensación" en relación con proyectos de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka

23. El segundo asunto mencionado por el Estado, en relación a la determinación de los beneficiarios de una "justa compensación"¹⁶ por proyectos de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka, se encuentra muy vinculado al asunto anterior y también fue analizado en la Sentencia.

24. Tal y como se señaló, en el Punto Resolutivo 8 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 194(d) de la misma, el Tribunal ordenó al Estado

adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a [...] compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos [de desarrollo e inversión]

¹⁴ La Corte declaró en el párrafo 137 de la Sentencia que, "adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones". *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 137.

¹⁵ El artículo 44 de la Convención señala que "[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

¹⁶ En el párrafo 138 de la Sentencia la Corte declaró que "el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales¹⁷, es inherente al derecho a una indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención [...]" *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 138.

8

con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaren a cabo. El pueblo Saramaka debe ser consultado durante el proceso establecido para cumplir con esta forma de reparación. [...]

25. Por tanto, la determinación de dichos beneficiarios deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado. En todo caso, tal y como los representantes señalaron en su escrito, "tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, *inter alia*, dar efecto al requisito de compartir beneficios".

26. Además, en relación con la preocupación del Estado en el sentido de si podrían generarse divisiones internas entre los Saramaka al decidir quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, la Corte observa que, de conformidad con lo señalado en el párrafo 164 de la Sentencia, en el supuesto que surgiera algún conflicto interno entre los miembros del pueblo Saramaka sobre este asunto, esto debe ser resuelto por "el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres [y normas tradicionales], y no [por] el Estado o esta Corte en el presente caso".

27. Consecuentemente, el Tribunal reitera que todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la "justa indemnización" que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia.

V

ESTUDIO PREVIO DE IMPACTO SOCIAL Y AMBIENTAL

28. El Estado señaló que entiende que el estudio de impacto social y ambiental es uno de los requisitos que estableció la Corte para que se pueda otorgar una concesión en el territorio perteneciente a los miembros del pueblo Saramaka. El Estado indicó que la Corte "desarrolló extensivamente el primer y segundo requisitos que fueron establecidos en el párrafo 129 [relacionados con la consulta y los beneficios compartidos], mas no elaboró de manera separada el tercer requisito [que es el estudio previo de impacto social y ambiental (en adelante "EISA")]. El Estado señaló que, de acuerdo a lo establecido en la Sentencia, el nivel de impacto causado por cualquier concesión no puede ser de tal naturaleza que niegue la supervivencia del pueblo Saramaka. El Estado presentó dos solicitudes de interpretación relacionadas con este tema. Primero, le solicitó a la Corte desarrollar el sentido y los alcances de los estudios de impacto social y ambiental. Segundo, le solicitó a la Corte definir el nivel de impacto que es aceptable en aras de seguir protegiendo la supervivencia de los Saramaka. El Estado enfatizó que una interpretación "desequilibrada" de este requisito podría generar una obstrucción en el desarrollo de Surinam.

29. En relación con el sentido y alcance de la obligación del Estado de garantizar la supervivencia del pueblo Saramaka, la Comisión entendió que el Estado pedía a la Corte confirmar que un plan de desarrollo puede generar niveles aceptables de "impacto" a los Saramaka, siempre y cuando el impacto no implique una negación de su supervivencia. Además, la Comisión consideró que "cuando la Corte utiliza el término 'supervivencia' no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo Saramaka con su territorio y su cultura".

30. Los representantes entendieron que este punto está relacionado con la diferencia entre impactos menores e impactos que nieguen la capacidad de supervivencia de los Saramaka como una comunidad tribal. Sin embargo, los representantes consideraron que Surinam ha interpretado erróneamente la frase: "supervivencia como comunidad tribal", al entender que una concesión no debe "vulnerar la vida de las víctimas". Los representantes sugirieron que una interpretación correcta implicaría evaluar si un plan de desarrollo o inversión, de manera independiente o acumulada, interfiere o niega el disfrute continuo del pueblo Saramaka de sus tierras tradicionales, territorios y recursos. Según los representantes, a la hora de analizar posibles concesiones, se debe prestar particular atención en el impacto acumulativo generado por múltiples concesiones en el área o por otras circunstancias creadas por proyectos presentes o pasados. Los representantes también consideraron que el EISA es una de las formas, aunque no la única, de evaluar el impacto que un plan de desarrollo o inversión puede llegar a tener en el uso y goce de los territorios tradicionales por parte de pueblos indígenas y tribales. Por consiguiente, con miras a evaluar adecuadamente el efecto que una restricción al derecho a la propiedad puede tener sobre otros derechos, los representantes requieren, como mínimo, que los EISAs contengan un Estudio de Impacto de Derechos Humanos.

a) *Requisitos generales y garantías*

31. La Corte considera que los temas planteados indican que el Estado puede requerir una mayor orientación con miras a implementar adecuadamente la Sentencia. Para asegurar que sea claro el sentido y alcance de la misma, y para garantizar su apropiada aplicación, la Corte se referirá a los temas presentados por el Estado con relación a los estudios de impacto social y ambiental.

32. Como la Corte indicó en la Sentencia, según el artículo 21 de la Convención, el Estado debe respetar la especial relación que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio en una forma que garantice su supervivencia social, cultural y económica¹⁷. La Corte estableció en el párrafo 121 de la Sentencia que:

[...] el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

33. Tal protección a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención, leída conjuntamente con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, implica una obligación positiva para el Estado consistente en adoptar medidas especiales que garanticen a los miembros del pueblo Saramaka el pleno e igualitario ejercicio de su derecho a los territorios que tradicionalmente han utilizado y ocupado.

34. Cualquier iniciativa cuyo propósito sea restringir los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka debe sujetarse a los estrictos requisitos establecidos por la Corte en la Sentencia y en la jurisprudencia del Tribunal. En el contexto de restricciones a los derechos de propiedad en general, la Corte ha sostenido previamente que:

de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido

¹⁷ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, Puntos Resolutivos 5, 7 y 9, y párrs. 81, 86, 90, 91, 103, 120-123, 126-129, 139-141, 146, 148, 155, 157, 158, 194(a), 194(c) y 194(e).

previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática¹⁸.

35. En el párrafo 128 de la Sentencia, la Corte estableció que:

[al analizar si] las restricciones [al] derecho [a la propiedad] de los miembros de los pueblos indígenas y tribales [son permisibles, especialmente en cuanto] al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor [adicional] a considerar es [...] si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de [tal] modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras [y los recursos naturales] de los que tradicionalmente son titulares [...] únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal [...]¹⁹.

36. Estas medidas pretenden preservar, proteger y garantizar la especial relación que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, lo que a su vez asegura su supervivencia como una comunidad tribal. Por tanto, el Estado debe satisfacer cada uno de los requisitos mencionados anteriormente.

37. La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase "supervivencia como una comunidad tribal" debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de "preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio"²⁰, de tal forma que puedan "continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]"²¹. Por tanto, el término "supervivencia" significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física.

38. Con miras a garantizar su supervivencia como un pueblo tribal, la Corte estableció una serie de requisitos complementarios aplicables al caso de los Saramaka en particular, y a comunidades indígenas y tribales en general. Con este fin, la Corte indicó en el párrafo 129 que

de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: 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

¹⁸ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra nota 1, párrs. 127 y 137; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144 a 145, citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155.

¹⁹ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra nota 1, párr. 128; y *mutatis mutandis*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Lämsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

²⁰ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra nota 1, párrs. 91 y 129.

²¹ Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra nota 1, párr. 121.

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. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

39. Adicionalmente, en el Punto Resolutivo noveno de la Sentencia, la Corte ordenó al Estado "implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka".

b) Estudio previo de impacto social y ambiental (EISA)

40. Para responder con mayor precisión a la preocupación del Estado relativa al estudio previo de impacto social y ambiental ordenado en la Sentencia, la Corte desarrollará con mayor detalle dicha garantía²². Los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también, como se señaló en el párrafo 133 de la Sentencia, "asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria".

41. Con miras a cumplir con los puntos ordenados por la Corte, los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto²³, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo Saramaka. Conjuntamente con los referidos estándares y buenas prácticas, la Sentencia establece que los EISAs deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo Saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, los EISAs deben ser asumidos por entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado. Finalmente, uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales.

c) Nivel de impacto aceptable

²² El Punto Resolutivo 9 de la Sentencia indica que el "Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes [...], previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, [y debe] implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 129, 133, 143, 146, 148, 155, 158 y 194(e) de [la] Sentencia". *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, Punto Resolutivo 9.

²³ Uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en: www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure.pdf.

42. En respuesta a la pregunta del Estado respecto a cuál es un nivel aceptable de impacto, demostrado a través de los EISAs, que permitiría al Estado otorgar una concesión, la Corte observa que lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso. No obstante, el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo Saramaka a sobrevivir como un pueblo tribal (*supra* párr. 37).

43. Cabe resaltar que, adicionalmente a los EISAs, el Estado debe cumplir con los otros requisitos señalados en la Sentencia al evaluar la pertinencia de otorgar concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka.

VI

LAS CONCESIONES EN LOS TERRITORIOS DEL PUEBLO SARAKAMA

44. El Estado solicitó que la Corte aclare a quién puede otorgar concesiones el Estado, y para qué tipo de actividades de desarrollo e inversión. Específicamente, el Estado sugirió que una vez que los "tres requisitos" expuestos en la Sentencia sean cumplidos, se podrían otorgar concesiones dentro del territorio Saramaka a personas no pertenecientes a la tribu Saramaka, y que el pueblo Saramaka debe solicitar concesiones cuando se trate de actividades no tradicionales en territorio Saramaka, tales como "actividades mineras, explotación forestal comercial o a gran escala, turismo, etc."

45. La Comisión no pudo identificar en la demanda de interpretación del Estado un tema que requiera aclaración por parte del Tribunal. La Comisión señaló, sin embargo, que "no es la intención del Tribunal imponer una carga adicional a los miembros del pueblo Saramaka", haciendo que ellos soliciten concesiones del Estado para mantener su acceso a los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado, tales como los productos de madera y otros productos forestales.

46. Los representantes entendieron que la solicitud de interpretación del Estado se refiere a si el Estado "tiene autoridad decisiva respecto a la conducción de cualquier actividad no tradicional" en el territorio Saramaka por cualquier persona, se trate o no de miembros del pueblo Saramaka. Los representantes citaron el párrafo 194 de la Sentencia, el cual señala que los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho de "administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal", e interpretaron esa frase para dar a entender que el pueblo Saramaka tiene un supuesto "derecho a la autodeterminación" del desarrollo económico de todos sus recursos dentro de su territorio sin interferencia del Estado. También expresaron su preocupación frente a una mala interpretación y aplicación de los criterios y requerimientos de la Sentencia que pudiera resultar en un serio e irreparable daño para el pueblo Saramaka y su territorio.

47. La Corte observa que algunos de los temas presentados por el Estado están fuera del alcance de la Sentencia, y por tanto de esta interpretación, particularmente en relación con las alegadas actividades de turismo dentro del territorio Saramaka. No obstante, con miras a evitar una eventual malinterpretación de la Sentencia, la Corte se pronunciará sobre los asuntos presentados por el Estado, ya que éstos guardan relación con los Puntos Resolutivos de la Sentencia o con las consideraciones que los sustentan.

48. En el párrafo 194 y el Punto Resolutivo 7 de la Sentencia la Corte observó que los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho de "administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de

propiedad comunal²⁴. Con ese fin, la Corte ordenó al Estado, *inter alia*, delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, y adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado²⁵. El proceso de adopción de tales medidas, así como el contenido de las referidas medidas legislativas y administrativas, debe ser determinado por el Estado conjuntamente con el pueblo Saramaka de conformidad con lo estipulado en la Sentencia (*supra* párr. 16).

49. La Sentencia también señaló que el derecho a la propiedad no es absoluto, y por tanto puede ser restringido por el Estado bajo circunstancias específicas y excepcionales, particularmente cuando se trata de tierras indígenas o tribales²⁶. En ese sentido, la Sentencia establece en el párrafo 127 que "[e]n consonancia con [el Artículo 21 de la Convención y la jurisprudencia de la Corte], el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren sobre o en el territorio", al otorgar concesiones para proyectos de desarrollo e inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka. La Corte trató en el capítulo previo esas específicas y excepcionales circunstancias en las cuales el Estado puede restringir los derechos a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka (*supra*, párrs. 34 y 38).

50. Según lo anteriormente señalado, el otorgamiento de concesiones para proyectos de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka constituye un tipo de restricción al uso y goce de la propiedad. En la medida en que ésta corresponde al pueblo Saramaka, dicha comunidad tiene el derecho a "administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal"²⁷, así como de conformidad con la legislación interna, en tanto ésta sea compatible con la Convención Americana y la jurisprudencia de este Tribunal.

51. La Sentencia se refirió al tema de las concesiones en el contexto de planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción dentro del territorio Saramaka. En la nota al pie de página acompañando las tres garantías establecidas en el párrafo 129 de la Sentencia, el Tribunal especificó que por

[...] "plan de desarrollo o inversión" la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

52. La Corte específicamente señaló en la Sentencia dos tipos de concesiones, esto es, las madereras y mineras. Con relación a esos tipos de concesiones, la Corte sostuvo que las concesiones de madera y oro previamente otorgadas por el Estado generaron una violación del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka. Respecto de la madera, la Corte específicamente señaló en el párrafo 146 de su Sentencia:

²⁴ La Corte también ha sostenido previamente que "la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado". *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, para. 128.

²⁵ *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, Puntos Resolutivos del 5 al 7.

²⁶ *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párrs. 127 y 129.

²⁷ *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 1, párr. 194(c).

[...] de conformidad con el análisis mencionado respecto de la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka²⁸, y por ende de sus integrantes, el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

53. Respecto a las concesiones mineras de oro, la Corte señaló en el párrafo 156 que

[...] el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

54. El Tribunal no se ha pronunciado específicamente sobre otro tipo de actividades de desarrollo o inversión que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka. No obstante, el Tribunal reitera que, en el proceso de otorgamiento de concesiones que estén dentro o que afecten el territorio Saramaka, o cualquier otro territorio indígena o tribal, el Estado tiene el deber de cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana y conforme a lo interpretado por la Corte en su jurisprudencia, particularmente a la luz del *Caso del Pueblo Saramaka* y de otros casos que involucran los derechos sobre la tierra de pueblos indígenas y tribales.

55. En ese sentido, la Corte observa que en el Punto Resolutivo 5 de la Sentencia, en el cual el Tribunal ordena delimitar, demarcar, y otorgar título colectivo sobre el territorio a los miembros del pueblo Saramaka, la Corte además señaló que

[h]asta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

56. Asimismo, el Tribunal reitera aquí el texto del párrafo 213 de la Sentencia, en el cual señaló que

[conforme] a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad, inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar la ejecución íntegra de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. [...]

²⁸ En el párrafo 122 de la Sentencia la Corte declaró que los "[...] recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo". *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 1, párr. 122.

57. Por lo tanto, considerando que algunos de los temas planteados por el Estado se refieren a aspectos que serán mejor tratados por el Tribunal en el proceso de supervisión de cumplimiento de la Sentencia, la Corte considera suficiente, para efectos de la presente Sentencia de interpretación, reiterar lo anteriormente señalado e indicar que supervisará la implementación de los puntos ordenados por la Corte en el procedimiento respectivo.

VII VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN

58. El Estado cuestionó si la Corte consideró su argumento en el sentido de que el Artículo 3 de la Convención Americana "garantiza que toda 'persona' tiene el derecho a ser reconocido como tal ante la ley y no como un 'pueblo distinto'".

59. La Comisión expresó que "es incapaz de identificar un tema en esta sección de la comunicación del Estado que constituiría una válida solicitud de interpretación." Por el contrario, "[e]l Estado parece estar cuestionando el razonamiento de la Corte para declarar la violación del Artículo 3 de la Convención, lo cual claramente caería fuera del alcance de la demanda de interpretación [...]".

60. Los representantes argumentaron que la Sentencia de la Corte es suficientemente clara en cuanto al alcance del Artículo 3 de la Convención en el contexto del pueblo Saramaka. Sin embargo, los representantes consideraron que una aclaración "sólo resulta necesaria con el propósito de garantizar que el Estado esté seguro acerca de sus obligaciones, particularmente en relación con la promulgación de la legislación requerida para hacer efectivos los derechos del pueblo Saramaka". Esto "aseguraría que no hayan malentendidos en el futuro".

61. La solicitud del Estado no señala con precisión un tema relativo al sentido o alcance de la Sentencia, sino más bien busca una modificación en el razonamiento de la Corte respecto al derecho de los miembros del pueblo Saramaka a que sea reconocida su capacidad jurídica para gozar y ejercer derechos de manera colectiva. En ese sentido, la Corte no puede referirse a este tema tal como ha sido formulado por el Estado, ya que constituiría una apelación de la Sentencia, lo cual no está permitido. No obstante, la Corte considera pertinente reiterar las siguientes consideraciones encontradas en la Sentencia en la medida en que puedan proveer mayor orientación respecto a las obligaciones que tiene el Estado bajo el Punto Resolutivo 6, en el cual la Corte ordena al Estado

otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones.

62. El derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de su personalidad jurídica fue tratado en la Sentencia en los párrafos 159 al 175, y nuevamente en los párrafos 176 al 185 con relación a su derecho a la protección judicial. En esencia, la Corte observó en el párrafo 164 que "[...] el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal [...] cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera [distintivamente] colectiva [...]".

63. Adicionalmente, en el párrafo 174, la Corte declaró que

[...] el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes

privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.²⁹

64. Asimismo, la Corte observó en los párrafos 171 y 172, que

[e]l reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.

La Corte considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.

65. Así, para cumplir con su obligación bajo el Punto Resolutivo 6 de la Sentencia, el Tribunal declaró en el párrafo 168 que el Estado debe "tomar en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen [...] el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales." Las mismas consideraciones deben ser tomadas en cuenta para garantizar el derecho al igual acceso a la protección judicial contra violaciones a su derecho a la propiedad.

VIII PUNTOS RESOLUTIVOS

66. Por las razones expuestas,

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 29.3 y 59 del Reglamento,

DECIDE:

por unanimidad,

²⁹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 24, párr. 189.

1. Declarar admisible la demanda de interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas dictada el 28 de noviembre de 2007 en el *Caso del Pueblo Saramaka* interpuesta por el Estado, en los términos del párrafo 10 de la presente Sentencia.

2. Determinar el alcance de lo dispuesto en los Puntos Resolutivos 5 al 9 de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas dictada el 28 de noviembre de 2007 en el *Caso del Pueblo Saramaka*, en los términos de los capítulos IV, V, VI y VII de la presente Sentencia.

3. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Sentencia al Estado de Surinam, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

Redactada en español e inglés, siendo auténticos los textos en ambos idiomas, en Montevideo, Uruguay, el día 12 de agosto de 2008.

Sergio García Ramírez
Presidente

Diego García-Sayán

Leonardo A. Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

5.3.2 ANEXO 2

REPUBLICA DEL ECUADOR

Juicio No: 17112-2010-0055

Resp: DRA. RITA ORDOÑEZ PIZARRO

Casillero No: 647

Quito, viernes 19 de febrero del 2010.

A: AGUINAGA MARCELA (MINISTRA DEL AMBIENTE)

Dr./Ab.: MARCEL JIMENEZ CADENA

En el Juicio No. 17112-2010-0055 que sigue CHIMBO YUMBO NELSON BOLIVAR, PUANCHIR PAYASHNA TITO PEDRO, SHIGUANGO INES MARCELINA en contra de AGUINAGA MARCELA (MINISTRA DEL AMBIENTE), PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, hay lo siguiente:

JUEZ PONENTE: DR. BERNARDO JARAMILLO SAENZ**CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.-**

Quito, viernes 19 de febrero del 2010, las 15h31.- VISTOS: Nelson Bolívar Chimbo Jumbo en calidad de Kuraka (Presidente del Pueblo Kichwa de Rukullacta); Inés Marcelina Shiguango Chimbo; y, Tito Pedro Puanchir Payashna, en calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (Confeniae), comparecen con acción de protección, contenida en los siguientes términos: La autoridad demandada es la Ministra del Ambiente, doctora Marcela Aguinaga, y además pide que de acuerdo con la ley se cuente con el Procurador General del Estado. Refiere que el acto ilegítimo demandado es la Resolución 118 de 20 de mayo del 2009, mediante la cual la Ministra del Ambiente otorga inconstitucionalmente licencia ambiental a favor de la Compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR, para la ejecución del proyecto de perforación de avanzada y pruebas de producción del bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A e IP-5B, que se ubicarán en la provincia de Napo, cantones Tena y Archidona, parroquias Puerto Napo, San Pablo de Ushpayacu y Cotundo. Que, además se aprueba el estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental para la perforación de avanzada y pruebas de producción del bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A, e IP-5B, los que se encuentran dentro del campo Pungarayacu. La Ministra inobservó normas constitucionales de protección de los derechos humanos y de la naturaleza, habida cuenta que el mencionado campo Pungarayacu se encuentra ubicado dentro de la reserva de Biosfera Sumaco, situada alrededor del parque Nacional Sumaco, en donde habitan comunidades indígenas Kichwas, cuyos derechos deben ser protegidos. Como fundamentos de hecho manifiestan que a las comunidades indígenas del área del bloque 20 se les ha legado defender sus territorios en donde administran desde su cosmovisión, sus recursos, para lo cual han zonificado los sectores más importantes como lugares sagrados para hacer el uso sostenible de estos recursos y conservar la riqueza natural y cultural. Que el 8 de octubre del año 2008 se suscribió un contrato de servicios específicos para el desarrollo y mejoramiento del petróleo crudo en el bloque 20 entre la Empresa Petroecuador y su filial la empresa de Exploración y Producción, Petroproducción con la Compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR, contrato que ha sido severamente cuestionado por diversos actores políticos por contener vicios de inconstitucionalidad y perjuicio al Estado. Uno de los requisitos para iniciar cualquier actividad que implique impacto ambiental, es que cuente con la licencia respectiva otorgada por el Ministerio del Ramo, según el Art. 20 de la Ley de Gestión Ambiental y una vez concedida la licencia tiene amplias facultades para desarrollar las actividades previstas en su proyecto, por eso para conceder la licencia de impacto ambiental se debe constatar que no afecten a los derechos colectivos o a los derechos de las comunidades, lo contrario tiene que regirse por el principio rector precautelatorio de que "cuando exista duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia de daño, se debe considerar que existe un impacto ambiental".

daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas". Continúa manifestando que para que un acto se convierta en ilegítimo no basta solamente que haya sido emitido por autoridad competente sino que no vulnere los derechos subjetivos de los administrados. Por lo mismo al expedirse la licencia ambiental se ha violado el derecho de la consulta previa de los derechos de la naturaleza respecto a la intangibilidad de las áreas naturales, previsto en el Art. 398 de la Constitución, además del Art. 57 numeral 7, por lo que se puede afirmar que la Constitución establece dos categorías de consulta: consulta previa para la protección de un derecho difuso como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía y consulta para las actividades de prospección y explotación de recursos naturales no renovables en territorios indígenas. Del texto de la Resolución 0118 impugnada se desprende que no se ha realizado ninguna consulta previa a las comunidades indígenas afectadas, lo cual se desprende del Decreto ejecutivo 1040 y del Acuerdo Ministerial 112, pues no se ha aplicado lo relacionado a los pueblos indígenas. La aplicación del Decreto 1040 se torna inconstitucional, pues al haberse inobservado el proceso correcto de consulta la comunidad ha quedado sin información. Además que el derecho previo a la consulta se encuentra reconocido por dos instrumentos internacionales: El Convenio 169 de la OIT, en el Art. 15 numeral 2 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el Art. 32 numeral 2. Ya anteriormente el Tribunal Constitucional, en algunas acciones de amparo, se ha pronunciado favorablemente, de contarse con el criterio de la comunidad en toda decisión estatal que pueda afectar el medio ambiente, del mismo modo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La consulta previa a los pueblos indígenas se torna obligatoria y de este modo el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental, determina que el incumplimiento del proceso de consulta torna inejecutable a la actividad de que se trate será causal de nulidad de los actos respectivos. Además, expresan, se han violado los derechos de la naturaleza establecido en los Arts. 71 y 73 de la Constitución, de igual modo que el Art. 407, que prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas declaradas como intangible, siendo una de las áreas protegidas el parque Nacional Sumaco-Napo-Galeras y dentro del programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO se ha determinado que la explotación de hidrocarburo quedaría en rigor excluida de las zonas de carácter ecológico. El Ministerio del Ambiente ha vulnerado sinnúmero de disposiciones que constan en instrumentos internacionales, atentando contra la disposición del Art. 11 numeral 3 y el Art. 424 de la Constitución de la República. Al haberse aprobado la licencia ambiental para la actividad exploratoria de la Empresa IVANHOE se atenta además al derecho a la propiedad de los territorios indígenas, lo cual ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la célebre sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra del Estado de Nicaragua y hay que recordar que el Ecuador ratificó el Pacto de San José el 24 de julio de 1984; que se ha atentado el derecho a la propiedad privada, que en lo que se refiere a los pueblos indígenas se encuentra consagrado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Igualmente en cuanto a la propiedad de las tierras de los indígenas que no pueden ser desplazados por la fuerza de sus tierras consta en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. También se ha amenazado, según los denuncia, el derecho a la salud, ya que, según varios estudios, se evidencia un serio peligro a la salud de los habitantes, debido a que las sustancias tóxicas producidas por la explotación y exploración petrolera tienen efectos sumamente graves sobre los seres humanos; inclusive hay estudios de que en las poblaciones de Sucumbios, Orellana, Napo y Pastaza, habría incidencia de todo tipo de cáncer en la población masculina. También se denuncia la amenaza del derecho al agua, pues en la explotación varias millones de litros de petróleo son eliminados directamente al entorno, provocando la contaminación de los ríos, lo cual incide en una violación al Art. 12 de la Constitución, en concordancia con los Arts. 411 y 412. Además se amenaza al derecho al ambiente sano consagrado en el Art. 14 de la Constitución. Además del derecho de precaución determinado en el Art. 396 de la Constitución. La pretensión de los accionantes se concreta en lo siguiente: Medidas cautelares para prevenir y suspender la violación del derecho, que se declare ilegítima la Resolución 118 de 20 de mayo del 2009, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental a favor de Compañía IVANHOE ENERGY

ECUADOR, que se prohíba la actividad extractiva por parte de la Compañía mencionada y se prohíba el ingreso por cualquier medio o pretexto a la mencionada Compañía hasta después que se realice la consulta previa a las comunidades. Calificada la demanda, se ha convocado a la audiencia pública, diligencia en la cual los demandantes se ratifican resumidamente en los fundamentos de su demanda. La accionada, a través de su abogado Yury Manuel Iruiralde, manifiesta, que la licencia otorgada tiene plazos técnicos, la autoridad competente es la Ministra del Ambiente y de acuerdo al Decreto Presidencial 1630 publicado el 1 de abril del 2009, no hay asidero jurídico que afecte la licencia del ambiente; agrega que al Ministerio de Minas y Petróleos le corresponde operar el bloque, según el Art. 407 de la Constitución, está prohibido la explotación de tierras intangibles y que la actividad como tal no está dentro de las áreas protegidas, la jurisprudencia constitucional no era antes vinculante, los estudios realizados para conceder la licencia son sumamente serios, la autoridad ambiental revisa los documentos para otorgar la licencia. Agrega que se está distorsionando el concepto de consulta previa, los actos administrativos son reversibles, todos tienen el derecho de petición; en nuestra Constitución la comunidad tiene derecho a participar, pero hay procedimientos, los temas de legitimidad no pueden analizarse en este tipo de acción: la Constitución dice que la ley regulará los procesos, ley que no existe, no determina tiempos ni mecanismos, por lo cual frente al vacío legal se dictó el Decreto 1040, que no ha sido declarado inconstitucional y que determina los mecanismos de participación. De acuerdo con esto el Ministerio del Ambiente dictó el Acuerdo Ministerial 112 que establece la normativa de la consulta, por lo cual la Ministra no ha cometido ninguna inconstitucionalidad. La Resolución 118 reúne todas las características que la Constitución exige por lo que la acción planteada es improcedente y pide se la rechace. A continuación interviene la doctora Wendy Molina Andrade, a nombre del Procurador General del Estado y manifiesta, en lo principal, que la acción utiliza conceptos de una Constitución ya derogada y que por lo mismo no puede originar referentes jurisprudenciales, la Zona donde se va a realizar la explotación no es parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas; se incurre en ilegitimidad de personería pasiva, en todo caso ya se ha presentado una denuncia ante la Fiscalía, lo cual no guarda relación con esta acción de tutela de derechos. Además la Resolución no está siendo impugnada por la vía que le corresponde que es la acción pública de inconstitucionalidad. Respecto a la consulta previa no existe en nuestra legislación un mecanismo determinado, la autoridad ambiental ha actuado a base de instrumentos legales ya existentes por lo que pide se rechace la acción. Luego de presentados los documentos de prueba, de acuerdo al trámite establecido, se dicta sentencia en cuya virtud se niega la acción de protección formulada por los accionantes. Por impugnación de dicho fallo, por parte de los actores, sube el proceso en grado y por el sorteo correspondiente, la competencia se radica en esta Sala, la cual para resolver, considera: PRIMERO: Durante el proceso se han cumplido con todas las solemnidades y requisitos establecidos en el Art. 86 de la Constitución de la República, con las normas comunes para la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales, conforme con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias, publicadas en el Registro Oficial 466 de 13 de noviembre del 2008, aplicables a la fecha de presentación de la acción, en virtud de todo lo cual se declara la validez del proceso. De acuerdo con el Art. 86 numeral 1º de la Constitución cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueden proponer las acciones previstas en la Constitución, en cuya virtud los accionantes se hallan debidamente legitimados para comparecer. SEGUNDO: La acción de protección, de acuerdo al Art. 88 de la Constitución de la República, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la misma y puede proponerse cuando exista vulneración de tales derechos por actos u omisiones de autoridad pública no judicial o de una persona particular si tal violación produce daño grave. Es decir que la vulneración de los derechos humanos debe producirse mediante actos que necesariamente tienen que ser ilegítimos y que se hayan dado sin observar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico. La acción de protección no procede en caso de actos ilegales, por el principio de subsidiariedad, caso en el cual el acto puede ser impugnado en la vía judicial, salvando únicamente el caso en que dicha acción judicial no fuere adecuada y eficaz y

que toma a la acción en improcedente, como lo expresa el Art. 42 la Ley de Garantías Jurisdiccionales. El acto ilegítimo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es aquel que se ha dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. TERCERO: En la presente acción los peticionarios manifiestan, en resumen, que la Resolución 0118 dictada, el 20 de mayo del 2009, por la Ministra del Ambiente es susceptible de acción de protección, por cuanto no ha sido consultada previamente a la comunidad para determinar su viabilidad, previa a su expedición, considerando que viola una serie de derechos fundamentales garantizados por la actual Constitución de la República. En el caso, el acto impugnado que es la Resolución 0118 tiene como antecedente el Decreto Ejecutivo 1040 que garantiza el derecho a la participación y a ser informados sobre aspectos que puedan provocar impacto ambiental. Decreto Ejecutivo que constituye un acto normativo de efectos generales y cumplimiento obligatorio mientras forme parte del ordenamiento jurídico, en base al cual, a su vez, se expidió el Acuerdo Ministerial 112 que contiene el instructivo de aplicación de los mecanismos de participación social, por lo cual no se ha violado la garantía fundamental de la consulta a la comunidad establecida en el Art. 398 de la Constitución de la República. Por otra parte, en lo fundamental, consta a fs. 73 y siguientes, el informe presentado por el ingeniero Roberto Checa, Técnico Ambiental de la Dirección Nacional de la Prevención de la Contaminación Ambiental, que respecto a las áreas protegidas dice: "Del certificado de Intersección emitido con oficio N° 1233-09-DPCC/MA, de 11 de febrero del 2009, se determina que el Proyecto Perforación de Avanzada de 4 pozos en el Bloque 20 NO INTERSECTA con el sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado (ver anexos). En el mapa anexo a este informe se presenta la ubicación exacta de los diferentes pozos identificados como: IP5A, IP5B, IP13 e IP15), cuyas coordenadas geográficas visualizan que el proyecto no se ejecutará dentro del sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado y que es el que se ha presentado en el estudio ambiental aprobado." Por lo mismo la Resolución 0118 expedida por la Ministra del Ambiente constituye un acto legítimo, suficientemente motivado y dictado de acuerdo con la normativa legal, que no viola ninguna de las garantías relacionadas con el debido proceso. CUARTO: La Resolución 0118, materia de la impugnación, expedida por la Ministra del Ambiente, entre sus considerandos expresa que el proyecto no interseca con el sistema nacional de áreas protegidas, bosques y vegetación protectores y patrimonio forestal del Estado. Igualmente entre sus considerandos constan la participación del estudio de impacto ambiental, mediante audiencia pública celebrada el 20 de abril y tres centros de información pública entre el 13 al 19 de abril en los locales de las Juntas Parroquiales de Puerto Napo, Cotundo y San Pablo de Ushpayacu y un centro para la participación pública, durante la semana del 21 al 26 de abril en la Hostería Paraíso de las Orquídeas de Archidona. Además en su parte resolutive en el Art. 3 expresamente, manifiesta: "Los documentos habilitantes que se presentaren para reforzar la evaluación ambiental del proyecto, pasarán a constituir parte integrante del estudio de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo Ambiental, los mismos que deberán cumplirse estrictamente, caso contrario se procederá con la suspensión o revocatoria de la Licencia Ambiental, conforme lo establece los Arts. 27 y 28 del Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA, del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente." Además para la Resolución impugnada sirve como antecedente el Acuerdo Ministerial 112, que al amparo de la Constitución Política vigente a la fecha, establece los mecanismos de participación social en concordancia con la Ley de Gestión Ambiental y diversos procedimientos pormenorizados de este mecanismo. Consta también, a fs. 302 de los autos, la invitación formulada por el Ministerio del Ambiente a la sesión de presentación pública del Estudio de Impacto y Plan de Manejo para la perforación de avanzada y pruebas de producción en el Bloque 20 de los pozos IP13, IP15, IP5A e IP5B para el día 20 de abril del 2009, dentro de la cual en el orden del día consta como un punto: "Foro de Diálogo y Participación entre la comunidad, proponente y autoridad ambiental." A continuación desde la f.

303 a 640 del proceso consta la lista de invitados a la difusión e información del Estudio de Impacto ambiental, de igual modo que el registro de observaciones y comentarios presentados en el proceso de difusión e información del Estudio de Impacto Ambiental, además de la fe de realización de la audiencia pública y el acta de cierre de los sitios de difusión e información. De otra parte consta el Decreto Ejecutivo número 1040, publicado en el Registro Oficial 332 de 8 de mayo del 2008, que, de conformidad con la Constitución de la República, vigente a esa fecha y la Ley de Gestión Ambiental, expide el Reglamento de aplicación de los mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental y de este modo en el Art. 8 puntualiza los mecanismos de participación social en la gestión ambiental que son: audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo; talleres de información y capacitación social; campañas de difusión y sensibilización; comisiones ciudadanas asesoras y veedurías; participación a través de las entidades sociales; todos los medios que permitan el acceso a la comunidad; mecanismos de información pública; reparto de documentación informativa; pagina web; centros de información pública, mecanismos que se han verificado en el presente caso, previo al otorgamiento de la licencia de impacto ambiental. De este modo, al no existir a la época de la concesión de la licencia una Ley de Participación Ciudadana, el Decreto Ejecutivo 1040 de 22 de abril del 2008, se ajusta a falta de ley a lo estipulado en el Art. 398 de la Constitución de la República. QUINTO: La materia fundamental de la impugnación a la Resolución 0118 radica en que al expedirse la licencia ambiental se ha violado el derecho de la consulta previa de los derechos de la naturaleza respecto a la intangibilidad de las áreas naturales, pero como vemos la materia de la consulta está regulada en el Decreto Ejecutivo 1040, por manera que es preciso distinguir entre lo que es un acto normativo singular y el acto administrativo de efectos generales; el acto administrativo de efectos generales es aquel que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas, mientras en el acto administrativo de carácter singular sus efectos se dirigen hacia una sola persona o un grupo determinado de personas, mientras el primero se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico. Para el caso de actos administrativos de efectos generales como es el Decreto Ejecutivo 1040, corresponde su impugnación ante la Corte Constitucional, dentro del control abstracto de la constitucionalidad, de acuerdo con el Art. 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 98 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que la acción pública de inconstitucionalidad será conocida por la Corte Constitucional, respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales. Al respecto vale reparar en lo que manifiesta el doctor Luis Cueva Carrión. "Esta acción tiene como única misión:(acción ordinaria de protección) amparar, proteger los derechos constitucionales de las personas, pero, a través de ella, no se puede obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, reglamento u ordenanza..." (Acción Constitucional Ordinaria de Protección, autor citado, pag. 139) Por las consideraciones anotadas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se niega el recurso de apelación interpuesto y se confirma el fallo venido en grado que desecha la demanda. Remítase copia del fallo ante la Corte Constitucional para los fines de ley. Notifíquese f).-DRA. MARIA DE LOS ANGELES MONTALVO, PRESIDENTA, f).- DR. JORGE MAZON JARAMILLO, JUEZ, f).- DR. BERNARDO JARAMILLO SAENZ, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley



DRA. RITA ORDÓÑEZ PIZARRO
SECRETARIA RELATORA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

Juicio No: 2009-0870 Resp: MARIO SALAZAR PERALTA

Casillero No: 647

QUITO, 12 de Abril del 2010

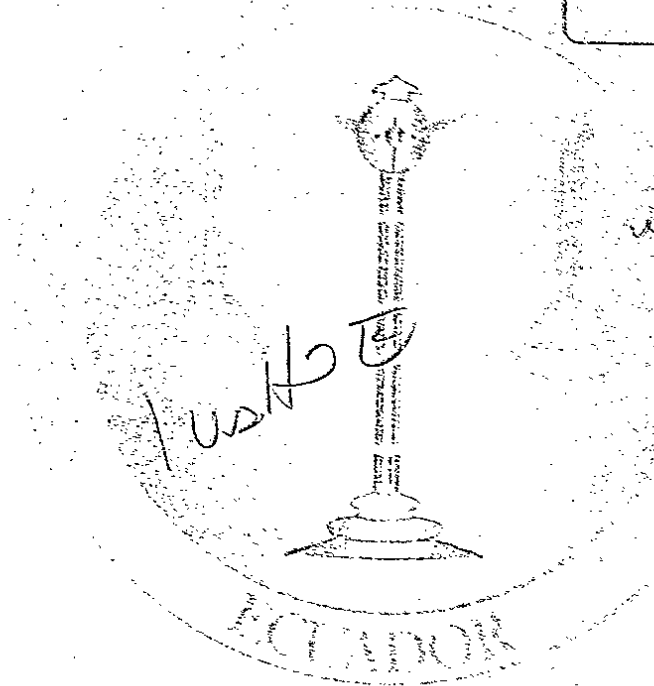
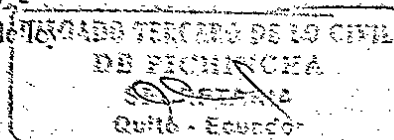
A: MINISTRA DEL AMBIENTE, AGUINAGA MARCELA

Ab(a):

Hago Saber.- En el juicio que sigue CHIMBOP YUMBO NELSON BOLIVAR, KURAKA DEL PUEBLO KICHWA DE RUKULLACTA, SHIGUANGO CHIMBO INES MARCELINA, PUANCHIR PAYASHNA TITO PEDRO en contra de MINISTRA DEL AMBIENTE, AGUINAGA MARCELA, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO hay lo siguiente:-

JUZGADO TERCERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.-QUITO, 12 de Abril del 2010, las 16h55.-Póngase en conocimiento de las partes la recepción del proceso con ejecutoria del superior. Notifiquese.- f).-DR WAGNER JATIVA QUIROZ.-

Lo que notifico para fines de



*verificar de que
se notifica*

José Mejía

Averiguar y Seguirme

GRUP

13/06/2010



CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.-

Marcela Aguiñaga Vallejo, en mi calidad de Ministra del Ambiente, conforme lo acreditado mediante Decreto Ejecutivo que adjunto al presente escrito, en referencia al juicio **17112-2010-0055** (Dra. Rita Ordoñez) seguido ante esta cartera de Estado por los señores Chimbo Yumbo Nelson Bolívar, Puanchir Pyashna Tito Pedro, Shiguango Inés Marcelina Renata Franco Torres, respetuosamente comparezco ante Ustedes, y contesto la presente acción en los siguientes términos:

I

Los recurrentes en su escrito de apelación hacen alusión a que en la presente acción de protección hay una errónea aplicación de la norma constitucional, desconociendo que en el presente proceso el Ministerio del Ambiente cumplió con los preceptos constitucionales, legales y ambientales.

Mas sin embargo, son los actores que al interponer la acción de protección incurren en:

Falta de Legitimidad Activa

El artículo 51 del Reglamento de Trámites de Expediente en el Tribunal Constitucional dispone:

"Art 51.- Causales para la inadmisión.- El amparo no será admitido en los siguientes casos:
1) por falta de legitimidad activa del proponente (...) **lo negrilla es mía.**

Ut Supra, los actores no ostentan la representación como **legitimado activo de las comunidades supuestamente afectadas**, ya que no constan en el Estudio de Impacto Ambiental como comunidades afectadas directa o indirectamente, así como no consta dentro de proceso la legitimación por parte de las comunidades Pungarayacu, Sardinias, Tanbayacu, San Pablo, San Martín, San José, Isquiniámbi, Verdecocha, Pueblos Quijos, Seibos, Balsayacu, Unión Venecia, Kiliuyacu.

Causal suficiente para desechar la improcedente acción de protección, por no reunir el requisito exigido con el artículo 47 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional (vigente a la fecha de la demanda), que es su parte pertinente establece: "(...) La acción de protección podrá ser ejercida por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo quien actuara por si misma o a través de apoderado (...)".



II

En la presente acción se justificó la competencia del MINISTERIO DEL AMBIENTE, en su calidad la Ministra del Ambiente, para la emisión de licencias ambientales, en cumplimiento con la normativa ambiental, que dice:

a.-**Ley de Gestión Ambiental: Art.20 (...)** Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental, se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del ramo (...)"

b.-**Libro VI de la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente**, en su Glosario de Términos se especifica que el Ministerio del Ramo es el Ministerio del Ambiente y además lo determina como Autoridad Ambiental Nacional.

C.-Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA):

Art.12.- El licenciamiento ambiental corresponde a la autoridad ambiental nacional, la cual se convertirá en estos casos en AAA que coordinara con las demás autoridades de aplicación involucradas, para:

- a) Proyectos específicos de gran magnitud, declarados de interés nacional de manera particularizada por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo; así como proyectos de gran impacto o riesgo ambiental, declarados expresamente por la Autoridad Ambiental Nacional.
- b) Actividades o proyectos propuestos cuyo promotor sería la misma autoridad ambiental de aplicación, excepto que esta sea un municipio, caso en el cual el licenciamiento ambiental corresponderá al respectivo Consejo Provincia siempre y cuando el Consejo Provincial tenga en aplicación un sub-sistema de evaluación de impacto ambiental acreditado, caso contrario la autoridad líder se determina de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior; y,
- c) Actividades o proyectos propuestos cuyo licenciamiento ambiental en razón de competencia territorio correspondería al ámbito provincial cuando la actividad, proyecto o su área de influencia abarca a más de una jurisdicción provincial.

En base a las disposiciones legales y reglamentarias citadas, la representante del Ministerio del Ambiente, Ab. Marcela Aguiñaga Vallejo, tiene la capacidad legal para emitir la Resolución No.118 de fecha 20 de mayo de 2009, mediante la cual se concedió la Licencia Ambiental, a IVANHOE ENERGY Ecuador, para la ejecución del proyecto para la perforación de avanzada y prueba de producción en el bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A, IP-5B, ubicadas en la Provincial del Napo.



III

La resolución signada con el número 118 de fecha 20 de mayo de 2009, es legítima y legal conforme lo detallo a continuación:

Legalidad de la Resolución No.118 de fecha 20 de mayo de 2009

La Resolución No.118, tanto en su parte considerativa como resolutive, detalla todos los pasos que exige la normativa ambiental, en el presente caso cabe recalcar, que mediante Decreto Ejecutivo No.1630, publicado en el registro oficial No.561 del primero de abril de 2009, el Ministerio del Ambiente recupera las competencias ambientales que se encontraban en la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Petróleos y Minas, al igual que las competencias que se encontraban erradicadas en la Dirección Nacional de Protección Ambiental Minera, y en la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera.

De esta manera se cumple con todos los elementos requeridos en el artículo 25 literal c) del Reglamento del Sistema Único de Manejo Ambiental, contenido en el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, esto es que la emisión de la resolución contendrá:

- c.1) LA identificación de los elementos, documentos, facultades legales y reglamentarias que se tuvieron a la vista para resolver;
- c.2) Las consideraciones técnicas u otras en que se fundamenta la resolución;
- c.3) La opinión fundada de la autoridad ambiental de aplicación, y los informes emitidos durante el proceso, de otros organismos con competencia ambiental;
- c.4) Las consideraciones sobre el proceso de participación ciudadana, conforme a los requisitos mínimos establecidos en este Título y en el respectivo sub-sistema de evaluación de impactos ambientales de la autoridad ambiental de aplicación;
- c.5) La calificación del estudio, aprobándolo y disponiendo se emita el correspondiente certificado de licenciamiento.

La licencia ambiental contendrá entre otros: el señalamiento de todos y cada uno de los demás requisitos, condiciones y obligaciones aplicables para la ejecución de la actividad o proyecto propuesto, incluyendo una referencia al cumplimiento obligatorio del plan de manejo ambiental así como el establecimiento de una cobertura de riesgo ambiental, o seguro de responsabilidad civil u otros instrumentos que establezca y/o califique la autoridad ambiental de aplicación como adecuado para enfrentar posibles incumplimientos del plan de manejo ambiental o

contingencias relacionadas con la ejecución de la actividad o proyecto licenciado. El Ministerio del Ambiente, es la máxima autoridad rectora del sector ambiental, como lo determina el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Gestión Ambiental.

El Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente en su libro VI, establece una serie de disposiciones técnico-legales, referentes a Calidad Ambiental, los mismos que tienen que ser aplicados por la Autoridad Ambiental Nacional, a todos quienes realicen actividades que puedan ocasionar impacto ambiental, al igual que establece los mecanismos de remediación en caso de existir actividades que estén afectando al ambiente.

En este punto es importante aclarar que los recurrentes han argumentado en la presente acción de protección una serie de supuestas vulneraciones a convenios y tratados internacionales, sin que exista un nexo factico con hechos reales, y con ello se intenta justificar e interpretar de forma extensiva el principio precautelatorio, que en el presente caso no tiene asidero legal alguno, porque al momento de emitirse un licencia ambiental como ha quedado señalado, responde a un sistema de evaluaciones, controles y monitoreos permanentes.

IV

Los recurrentes en base a la argumentación de la consulta previa, pretenden la declaración de ilegitimidad de un Resolución legalmente emitida.-

Distorsión de la Consulta Previa por parte de los recurrentes

El artículo 398 de la Constitución de la República determina que: "(...) La ley regulara la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultados y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta (...)"

Se está distorsionando el concepto de consulta previa, los actos administrativos son reversibles, todos tienen el derecho de petición, nuestra Constitución, la comunidad tiene el derecho a participar, pero hay procedimientos de participación, los temas de legitimidad no se pueden entrar a analizar en este tipo de acción, la Constitución dice que la Ley regulara esos procesos, la cual no existe, no determina tiempos, mecanismos, sino solamente puntos clave en que se sustenta la consulta, versus ese vacío legal, se atienen a mecanismos de participación que si se aplicaron y de acuerdo a esto el Ministerio del Ambiente emite la normativa en la que se basa la consulta y participación por lo que la Ministra del Ambiente, no ha cometido ninguna acción inconstitucional, como autoridad pública, hemos cumplido con los preceptos legales para emitir un acto ilegítimo, no se vulnero un derecho, la Resolución No118 reúne todas las características que la Constitución exige, por lo que la acción planteada es improcedente.



Las pruebas presentadas que justifican la validez del procedimiento, y la legalidad del acto emanado por la autoridad, a fojas 291 a 296 consta la realización de la consulta previa; de fojas 303 a 315 consta la lista de invitados a la audiencia pública, difusión, y estudio del impacto ambiental; de fojas 324 a 445 el registro de observaciones y comentarios sobre el proyecto por parte de los asistentes; a fojas 446 y siguientes la lista de asistentes de dicho proceso, conforme lo establecido en la Ley de Gestión Ambiental, antecedente del Decreto Ejecutivo 1040, y el Acuerdo Ministerial 112 que obran a fojas 64 del proceso donde consta el instructivo del Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social, que contiene su procedimiento y consta agregado en fojas 280 a 300 de los recaudos procesales, la escritura pública elevada ante la notaria de Archidona de fecha 13 de abril de 2009, en la que se prueba la realización de la consulta previa consagrada en el artículo 398 de la Constitución.

De lo expuesto se colige que los recurrentes pretenden utilizar un CONCEPTO ERRADO de lo que a su entender sería la consulta previa, ya que de acuerdo a la doctrina, el derecho de las comunidades a ser consultadas, no significa una facultad de veto sobre una decisión del estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, pero si debe ser considerada como un espacio de participación y dialogo, mecanismos que fueron garantizados por el Ministerio del Ambiente de acuerdo a lo referido en el párrafo anterior.

V

Se ha cumplido con este principio establecido en el artículo 73 de la Constitución, con el propósito de hacer efectiva la justicia social, buen vivir-sumak kawcay, el respeto a la naturaleza establecido en las normas

Principio de precaución

Los actores argumentan que el proyecto de perforación de avanzada y pruebas de producción en el bloque 20 está dentro del Parque Nacional Sumaco, que es un área protegida. Fundamentando se en el artículo 407 de la Constitución que establece: "(...) Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente a dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la presidencia de la república (...)"

El fundamento legal interpuesto por los recurrentes, ha sido desvirtuado con el Oficio 1233-09 DPCC/MA de fecha 11 de febrero de 2009, constante a fojas 82 del proceso, en el que se concluye que dicho proyecto no intersecta con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado y que se verifica según el Mapa de Ubicación del proyecto constante a fojas 86, derecho a la propiedad consagrado en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador. De la lectura objetiva de la norma suprema al comparar con el hecho fáctico de la Licencia cuestionada, no se está violando dichos



preceptos de conservación de la propiedad imprescriptible, conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y su entorno natural, pues el Estado ha contemplado programas con este fin y que están previstos en la Resolución No.118 de mayo de 2009, tanto más que no intersecta con el sistema de Áreas protegidas según documento oficial que al ser otorgado por Funcionario público, goza de presunción de legitimidad. Tampoco se aprecia atentado a la propiedad privada establecido en el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo invocado, pues de los Mapas y fotografías constantes en el proceso la zona de licencia para la explotación no está habitada por los accionantes, por tanto no habría impactos con relación a la violación del derecho de agua, del ambiente sano. Pues estos al parecer se basan en presunciones, los que para que tengan asidero estos deben ser probados, concordantes y unívocos para que legalmente sean considerados como tal.

VI

Los recurrentes pretenden la pretenden reemplazar la acción pública de inconstitucionalidad con una acción de protección.

Equivocación en la acción de los recurrentes

Los peticionarios insisten en la inconstitucionalidad de la resolución impugnada. El control abstracto de la constitucionalidad es competencia exclusiva de la Corte Constitucional. El artículo 436 num.2 de la Constitución señala entre las atribuciones de dicha Corte conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo o por la forma contra actos normativos. EL mismo artículo en su numeral 4 prevé la facultad para resolver la inconstitucionalidad de los actos administrativos con efectos generales. Esta acción está regulada en los artículos 26, 27 y 28 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (vigente a la fecha de la demanda). Si el objeto es lograr la invalidez del acto normativo o administrativo de carácter general se debe plantear la acción correspondiente para el efecto.

La resolución tiene como antecedente el decreto ejecutivo No.1040, que garantiza y reconoce el derecho de participación y el derecho a ser informados sobre las actividades que pueden producir impactos ambientales. Por tratarse de un acto normativo con efectos generales o erga omnes, tanto la administración como los administrados, estamos obligados a cumplirlos. Si los peticionarios consideran que dicho acto normativo transgrede derechos fundamentales, debían haber interpuesto una acción pública de inconstitucionalidad, pero mientras no sea expulsando del ordenamiento jurídico sigue siendo de cumplimiento obligatorio.

Los actores desconocen el principio de no subsidiaridad recogido en el artículo 43 numeral 3 de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencia de la Corte Constitucional para el periodo de transición (vigente a la fecha de la demanda), y pretenden reemplazar la



acción pública de inconstitucionalidad con una acción de protección para la impugnación de actos normativos con efectos generales o erga omnes.

Petición.-

En base a los fundamentos legales, técnicos y reglamentarios, así como de las pruebas que se encuentran en autos, solicito se rechace la presente acción de protección propuesta por Chimbo Yumbo Nelson Bolívar, Puanchir Pyashna Tito Pedro, Shiguango Inés Marcelina Renata Franco Torres, por improcedente.

Notificaciones y Autorizaciones.-

Autorizo al Abogado Rodrigo Saltos Falquez, para que presente los escritos que fueren necesarios en defensa de los intereses de esta Cartera de Estado. Notificaciones que me correspondan las recibiré en la casilla judicial No.647 del Palacio de Justicia de Quito.

Es Legal

MARCELA AGUINAGA VALLEJO
MINISTRA DEL AMBIENTE

Abg. Rodrigo Saltos Falquez
MAT.3345

CAPÍTULO VI

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES AMBIENTALES TOMANDO EN CUENTA LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA REALIDAD DEL ECUADOR

Antes del análisis comparativo es necesario mostrar el panorama de la realidad del Ecuador en la aplicación de las normas Constitucionales y Ambientales, que mucho tienen que ver con la política social que se ha manejado en el tema de la consulta a las comunidades indígenas, contrastado con el interés social de todos los ecuatorianos es decir, ¿qué es más importante para el Estado-Nación, la explotación de los recursos naturales no renovables produciendo el desarrollo económico como fin social, o la aplicación de la Constitución como un derecho al “SUMAK KAWSAY COMUNITARIO” a vivir en un ambiente sano respetando el derecho de estos pueblos indígenas a la autodeterminación, establecido en los Instrumentos Internacionales?. En este sentido, se debería aplicar el reconocimiento de los derechos más favorables a estas comunidades para que así se pueda lograr acuerdos que los protejan y al mismo tiempo permitan la continuidad y el desarrollo del fin social del Estado. Como se ha visto a lo largo del estudio, la implementación de procesos como el del consentimiento y participación, en programas Estatales o privados dentro de territorios comunitarios, ha sido una de las herramientas fundamentales para la obtención de una verdadera Consulta Previa e informada. Esto ha sido causa de grandes movilizaciones indígenas que piden se cumpla con el proceso de la Consulta Previa no solo como un

formalismo jurídico en el que, las empresas ejecutan sus proyectos con la oposición de las comunidades aduciendo el cumplimiento de la consulta. En nuestra legislación el hecho de no incorporar en la Constitución del Ecuador el lenguaje del consentimiento Previo, Libre e informado como un mecanismo de toma de decisiones ha generado grandes fracturas teniendo que valerse los pueblos indígenas, de los tratados y convenios internacionales como el Convenio 169 de la OIT, así como de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para exigir que el proceso de la consulta previa sea veraz y efectivo. Desde la Constitución de 1998, en donde se incorporó a la Consulta Previa como mecanismo para la toma de decisiones ambientales, aún no significó una real vigencia de esta normativa ya que, siguió vulnerando a las comunidades en las que solo se reconoce sus derechos y garantías como nacionalidades, pueblos y comunidades pero dentro de este proceso de consulta solo se informaba los planes a seguir pero no se preguntaba si estaban o no de acuerdo en tal o cual proyecto ambiental. Es así como en la Constitución del 2008 que también incorpora la figura de la Consulta Previa, generó grandes enfrentamientos políticos y sociales en la reforma Constitucional ya que en la práctica, como lo establece el artículo 57 numeral 7, tampoco genera obligatoriedad en el cumplimiento de la consulta Previa,³¹⁴. Con estos antecedentes, es necesario tomar en cuenta la realidad de dichas comunidades en la aplicación de un mecanismo efectivo en la toma de decisiones ambientales ya que, en el Ecuador los procesos de consulta no han llegado a los estándares internacionales que establecen los instrumentos vinculantes y que en pocos casos se ha obtenido el consentimiento de estas colectividades. Esto se debe a que dentro de estos territorios los procesos de consulta siempre se han aplicado dentro de conflictos territoriales o violaciones al derecho de propiedad y en muchos casos en los que las nacionalidades han

³¹⁴ Vid, nota 248.

luchado por obtener una titularidad tradicional sobre los elementos naturales como son sus propios recursos y la concesión de los mismos para su subsistencia. Las normas constitucionales garantizan y reconocen los derechos de propiedad, territorio, así como el uso y aprovechamiento de los recursos naturales pero carecen de fuerza frente a la obtención del Consentimiento Previo, Libre e Informado inexistente en nuestra constitución, y así como los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporan a la consulta como una forma de llegar al consentimiento, de la misma manera la constitución debería incorporar este lenguaje para la solución de conflictos ambientales que afecten a estos pueblos ancestrales ya que estos tienen el derecho a determinar libremente su forma de vida como parte de nuestra cultura que debe ser protegida e incluida dentro de la sociedad en general.

6.2 CREACIÓN Y REFORMAS A LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Las organizaciones sociales, desde 1998 han luchado por las reformas a la legislación actual en temas de Consulta Previa y participación, se han creado movimientos y partidos políticos impulsados por la necesidad no solo del reconocimiento de sus derechos como pueblos y comunidades indígenas ancestrales, sino como parte de una colectividad que por mucho tiempo estuvo excluida de la sociedad, vulnerada ante el inminente desarrollo del mundo occidental proponiendo planes y programas de exploración y explotación de recursos que generaron afectaciones e impactos ambientales a los territorios habitados por estos pueblos. La normativa constitucional es la norma suprema que sustenta y reconoce a los procesos de consulta Previa, pero genera ambigüedades que han llevado a las comunidades a enfrentarse en los tribunales de justicia y las cortes internacionales, es por

esto que se considera que es necesaria una reforma constitucional así como la creación de una ley que defina y explique los procedimientos necesarios para que los procesos de Consulta Previa se realicen con veracidad y legitimidad. En el 2002 el Estado aprobó el REGLAMENTO DE CONSULTA DE ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS (decreto 3401 del 19 de diciembre) como la primera norma en reglamentar la aplicación de la Consulta Previa en las actividades hidrocarburíferas dentro de una ley que en la actualidad aun no ha sido creada y que en la práctica no exigía la participación de la colectividad sino solo de los representantes de las comunidades violando el derecho de participación de estos pueblos. Posteriormente, en el 2008 se deroga el decreto 3401 con la aprobación de REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL (decreto 1040 del 8 de mayo), que como se analizó anteriormente en su artículo 9³¹⁵ establece que la participación tiene como finalidad incorporar los criterios de las comunidades “siempre y cuando sea técnica y económicamente viable”, esto significa que en la practica la oposición de las comunidad solo será tomada en cuenta si se logra compensar económicamente las utilidades de un proyecto al no poder ser aplicado, generando la imposibilidad de que una colectividad se oponga a un proyecto extractivo. El decreto pretende eliminar la oposición en un sin número de proyectos que, por ejemplo con

³¹⁵ REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Decreto 1040 del 8 de mayo del 2008, Artículo. 9.- Alcance de la Participación Social: La participación social es un elemento transversal y trascendental de la gestión ambiental. En consecuencia, se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental. La participación social en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar la condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

la derogación del artículo 9 del RAO 1215, que obligaba a las compañías a realizar procesos de negociación dentro de la Consulta Previa deja al descubierto que el decreto 1040 apunta a una política extractivista de los recursos naturales sin la posibilidad de que estas puedan oponerse. Es preciso señalar que son pocas las normas de este decreto entre ellas el artículo 22³¹⁶, que permite la oposición de las comunidades con la condición de que la autoridad competente no insista en la realización del proyecto o se decida en una instancia superior. Esto viola el derecho de participación de los pueblos así como el derecho internacional de las comunidades a determinarse libremente y por lo tanto este decreto debe ser reformado o derogado por una norma aplicable que no solo forme parte de un proceso formal, sino sustancial en la toma de decisiones ambientales permitiendo a las comunidades la consulta no solo de sus representantes sino de toda las comunidades dentro del proceso.

También es de suma importancia como recomendación, destacar la jerarquía de las leyes cuando se tratan temas sociales y políticos como el de la Consulta Previa ya que la Constitución al ser la ley suprema debería contener normas eficaces el momento de aplicar procesos que de cualquier forma afectan los Derecho Humanos y territoriales de los pueblos indígenas y tribales, es por esta razón que después de analizar el artículo 424 de la Constitución Política del Ecuador³¹⁷, al disponer que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones Constitucionales o en caso

³¹⁶ Ibídem, Artículo. 22.- Si una vez realizada la participación social prevista en este reglamento, los sujetos de la participación social se opusieren a la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, esta no podrá llevarse a cabo, a menos que la autoridad competente insista en su realización, lo cual será resuelto por la instancia superior.

³¹⁷ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

contrario carecerán de eficacia jurídica y al mismo tiempo que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador que contengan derechos más favorables prevalecerán sobre cualquier otra norma o poder público, de todo esto se plantea la duda ya que, si los instrumentos internacionales reconocen derechos mucho más favorables para las comunidades que los contenidos en la Constitución estos, ¿deberían ser los más aplicables por encima del mecanismo de la Consulta Previa planteada por la carta magna?. Entonces, debería observarse estrictamente que estos principios para la aplicación de una normativa más progresista deberían interpretarse como la prevalencia de los tratados y convenios internacionales en temas de consulta y consentimiento de los pueblos indígenas y así se evitarían las constantes demandas de inconstitucionalidad por parte de estos.

En el mismo sentido se puede tomar en cuenta que la eficacia jurídica de los derechos de la naturaleza planteados en la Constitución como el principio “SUMAK KAWSAY”, y el derecho a un medio ambiente sano no siempre se aplican en la práctica sobre las leyes y reglamentos ambientales permitiendo la contaminación de los territorios indígenas ancestrales, como en la actualidad con la inminente explotación del campo Armadillo dentro de la zona Intangible del Parque Nacional Yasuni³¹⁸ en el que se pretende violar varias normas Constitucionales como el artículo 57 y 407³¹⁹, así como los tratados y convenios internacionales permitiendo la explotación petrolera en zonas intangibles y

³¹⁸ CONAIE Y PACHAKUTIK, DEMANDAN AL PRESIDENTE Y ALTOS FUNCIONARIOS DEL RÉGIMEN POR ETNOCIDIO Y GENOCIDIO, disponible en:

http://www.constituyentesoberana.org/3/int/032011/300311_1.pdf, (Consultado en: Junio 2011)

³¹⁹ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008: Artículo. 407.- 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.

omitiendo el derecho de los pueblos Naporuna, Waorani, Tagaeri y principalmente Taromenane³²⁰ a auto determinarse.

Finalmente, es importante darse cuenta de otras reformas que deben hacerse al ordenamiento jurídico nacional, ya que así como se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas existen muchos vacíos y contradicciones con las normas internacionales de protección. Es por esto, que es preciso proponer la creación de una ley de participación en temas ambientales que permita la práctica de iniciativas como la de la comunidad Rukullacta en Orellana con una denominada “auto consulta”³²¹ de los pueblos, que consistiría en un proceso de Consulta Previa, con la presencia de organismos internacionales y autoridades gubernamentales en la que se realizarían votaciones secretas dentro de las comunidades para la realización de una consulta más legítima con la participación de todos los miembros de las colectividades y en la que se evitarían los procesos fraudulentos y engañosos en los que actualmente las empresas han incurrido para ejecutar los proyectos de explotación petrolera.

6.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL CONSENTIMIENTO PREVIO Y LA CONSULTA PREVIA

Luego de haber realizado un profundo análisis de los mecanismos utilizados en la toma de decisiones ambientales, se puede finalmente comparar los beneficios y deficiencias de cada

³²⁰ LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ Taromenane viven de acuerdo a su cultura en sus territorios tradicionales, pero en una situación de extrema fragilidad debido a su vulnerabilidad, desprotección y asimetría frente al avance de la cultura occidental, que se ha traducido en la colonización de sus territorios, evangelización, comercio ilegal de madera, extracción de recursos naturales no renovables y otras actividades legales como el turismo y la investigación científica. Disponible en: <http://yasuni-itt.gob.ec/%C2%BFpor-que-ecuador-propone-la-iniciativa-yasuni-itt/preservar-a-los-pueblos-indigenas-no-contactados/los-pueblos-indigenas-del-parque-nacional-yasuni/>, (Consultado en: Junio 2011)

³²¹ LUIS ÁNGEL SAAVEDRA, Ecuador: ¿Consulta o Consentimiento Previo?, disponible en: <http://www.surysur.net/?q=node/16772>, (consultado en mayo 2011).

uno, esto servirá para establecer cuál de estos procesos es el más adecuado para la realidad jurídica, económica y cultural del Ecuador. La pregunta es, ¿Consulta Previa como formalismo jurídico o Consentimiento Previo, Libre e informado como derecho sustancial de las comunidades?, ¿cuál de estos dos produce más efectos jurídicos en las comunidades frente a la toma de decisiones ambientales?, La respuesta es simple los dos procesos están relacionados entre sí y su aplicación debería estar ligada principalmente a la obtención del consentimiento no como un fin sino como un medio para el proceso de consulta a las comunidades indígenas. Lo más importante que se debe destacar en los procesos de toma de decisiones es el efecto jurídico que tiene para los sujetos de participación, es decir la forma más efectiva de aplicar la consulta a través de medidas administrativas o legislativas. En el caso de la Consulta Previa las comunidades indígenas tienen el derecho de ser escuchados de manera general. En el Ecuador este se considera un mero formalismo jurídico que deben cumplir las empresas para ejecutar un proyecto que puede generar afectaciones al ambiente, pero en realidad el Estado debe respetar y proteger todos los Derechos Universales contenidos en la Constitución y las normas internacionales durante todo el proceso de consulta. En el segundo caso del CPLI, los estándares son mucho más altos ya que se requiere el consentimiento expreso de los pueblos para la ejecución de un proyecto que produzca impactos ambientales. Como se estudió anteriormente existen diferentes casos en los que se debe aplicar la consulta, según lo que establece la constitución y el consentimiento según algunos instrumentos internacionales específicamente el Convenio 169 de la OIT así como la Convención Americana de Derecho Humanos Sobre Los Pueblo Indígenas y la Declaración de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, este mecanismo les faculta a los pueblos para vetar los proyectos en ciertos casos específicos como el traslado de sus territorios entre otros. Sin

embargo, la mayoría de normas internacionales no incorporan el tema del consentimiento entre sus lineamientos, en lugar de eso hablan de la Consulta Previa como el método más acertado para la toma de decisiones ambientales dejando al consentimiento solo para temas específicos y no como un principio que debe regir para las comunidades el momento de crear acuerdos y proyectos de desarrollo económico. Esto crea una ambigüedad en el tema de la Consulta Previa debido a los efectos jurídicos que esta causa dentro de las medidas o los proyectos que serían consultados.

En el Ecuador una importante diferencia que radica entre los dos procesos, es que debería estar prescrito en la legislación nacional, la importancia de obtener el consentimiento de las comunidades en lugar de una simple consulta ya que, en el 2003 dentro del Informe de Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas³²² se sostuvo que los procesos de Consulta Previa realizados en el Ecuador, no cumplían con las recomendaciones del comité y por lo tanto se estimuló al Estado a la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas. Todo esto muestra en la práctica, que la principal diferencia entre la figura predominante de la consulta y el consentimiento, radica en los efectos jurídicos contrastantes de cada uno de los casos en los que, los pueblos o comunidades se oponen a un proyecto que genere impactos ambientales, dejando latente que en muchos de los instrumentos internacionales el llamado acuerdo entre las partes es lo más cercano al fin del consentimiento. En contraste muchos Estados establecen un vector más dominante de la consulta al decir que no todos los criterios deben ser consultados con las comunidades sobre los proyectos de afectación ambiental, lo que se acercaría más a los criterios de velar por el desarrollo económico y el fin social del Estado. Para concluir este

³²² INFORME DE COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación Final a Ecuador, 2003, párr. 16.

estudio se considera, que a pesar de que todas las normas internacionales mencionan al consentimiento como el mecanismo que garantiza de mejor manera a los pueblos, es palpable que la legislación nacional es un derecho vigente y exigible, de tal manera que, la Constitución y las leyes le dan la última decisión al Estado frente a los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, en consecuencia esto vulnera las garantías constitucionales de los pueblos y comunidades, poniendo en peligro la supervivencia física y cultural como pueblos que tienen el derecho a la libre determinación y el reconocimiento de los derechos humanos inherentes en el hombre. El Ecuador debe analizar la creación de un mecanismo que unifique los procesos de consulta y acabe con la ambigüedades constitucionales en las que se encuentra la actual legislación, vacíos legales que no solo han llevado a la ejecución de formalismos jurídicos sino en muchos casos de la eliminación de pueblos y comunidades. Lo más importante de todo esto es que dichos pueblos puedan oponerse a una actividad extractiva y que, de este conflicto social se creen vínculos de inclusión social entre el estado y las comunidades, procesos de consulta que no deben ser tomados apresuradamente sino en la medida de una adaptación cultural progresiva hacia el mundo occidental y finalmente se pueda llegar al beneficio social del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- A. BRONSTEIN, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Seminario internacional sobre la administración de justicia y pueblos indígenas, San José, 1999.
- ABBOTT AND DUNCAN SNIDAL Kenneth w., Hard and soft law in international governance, 2004.
- ARENDT Hannah, Ensayos de comprensión 1930-1954, Caparrós editores, 2005.
- AHEDO GURRUTXAGA Igor, PEDRO IBARRA GÜELL, Democracia Participativa y Desarrollo Humano, Librería-Editorial Dykinson, 2007
- ALARCÓN-CHAIRES Pablo, Pueblos Indígenas y Pobreza, 1999
- ALAYZA MONCLOA Alejandra, No Pero Sí: Comunidades Y Minería Consulta Y Consentimiento Previo, Libre E Informado En El Perú, 2007.
- AMAYA VILLAREAL Álvaro Francisco, El Principio Pro Homine: Interpretación vs el consentimiento del Estado, Colombia, 2005.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, San Francisco, Estados Unidos, 26 de junio de 1945.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, resolución 3281 del 12 de diciembre de 1974.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Sobre El Derecho Al Desarrollo, declaración 41/128, 4 de diciembre de 1986.

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Sobre La Concesión De La Independencia A Los Países Y Pueblos Coloniales, resolución 1514, 14 de diciembre de 1960.
- BALL Olivia, PAUL GREASY, Los Derechos Humanos, 2007
- BORDA NIÑO Carolina, “Participación y Pobreza de las comunidades Indígenas de Colombia”, 2006.
- Boyle A. E. “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, I.C.L.Q. octubre, 1999
- BURCHARDT Tania, JULIÁN LE GRAND, DAVID PIACHAUD, Social Exclusion in Britain 1991, 1995.
- CAHIÁN Adolfo, Acción de la Sociedad Civil, La Participación Ciudadana, 2003.
- CARRILLO Y SILVIA CHARVET, The Nature Conservancy, INTEC, 2006.
- CEACR, Observación Individual sobre el Convenio 169, Argentina, 2005.
- CHÁVEZ Julia del Carmen, La Participación Social: Retos Y Perspectivas, 2003.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Proyecto de Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, proceso de preparación consulta regional y propuesta de la comisión interamericana de derechos humanos, informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1996, OEA, 14 de marzo de 1997, disponible en: www.cidh.org/anualrep/96span.
- COMISIÓN MUNDIAL DE REPRESAS. REPRESAS Y DESARROLLO: UN NUEVO MARCO PARA LA TOMA DE DECISIONES. Reporte Final de la Comisión Mundial de Represas. Noviembre 2000.

- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, Régimen común sobre el acceso a los recursos Genéticos, Decisión 391, Comisión del acuerdo de Cartagena, Caracas, Venezuela, 2 de julio de 1996.
- CONAIE Y PACHAKUTIK, DEMANDAN AL PRESIDENTE Y ALTOS FUNCIONARIOS DEL RÉGIMEN POR ETNOCIDIO Y GENOCIDIO, disponible en: http://www.constituyentesoberana.org/3/int/032011/300311_1.pdf.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe Del Seminario Internacional Sobre Metodologías Relativas Al Consentimiento Libre, Previo E Informado Y Los Pueblos Indígenas (nueva york, 17 a 19 de enero del 2005).
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Registro oficial No. 449, 20 de octubre del 2008.
- CONVENIO 107 DE LA OIT, Proclamado en 1957, Sobre poblaciones indígenas y Tribales.
- CONVENIO SOBRE LA BIODIVERSIDAD, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 1992
- CORNELL Stephen, Pueblos Indígenas y pobreza, 2006.
- CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (CFI), Institución Mundial Creada En 1956 Y Perteneciente Al Banco Mundial, cuenta con 182 países miembros en todo el mundo.
- DEL CARMEN Andrea, Programa De Derechos Humanos Y Capacitacitación Del Consejo Internacional De Tratado De Indios, julio de 2008

- DIAZ GARAYCOA Francisco, Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional, 2003.
- DIEGO Roberto, "Participatory Strategies, Facilitators and Community Development in México", The Journal of Agricultural Education and extension, vol. 10, No. 3, 2004.
- DOUROJEANNI Axel Andrea, Procedimientos Para El Desarrollo Sustentable, 1997.
- FERGUS Mackay. "El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Previo, Libre e Informado en la Revisión de Industrias Extractivas del Banco Mundial", citando las industrias extractivas y el desarrollo sostenible. Una evaluación de la experiencia del Banco Mundial, 2004.
- FIKRET BERKES, Sacred Ecology, Routledge, 2008.
- FORREST Carol J, RENEE HIX MAYS, The Practical guide to enviromental Community Relations, New York, 1997.
- GAYÁN MARGELÍ Nuria, Jefa de Servicio de Residuos Industriales. Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, Convenio de Aarhus, El acceso a la información ambiental. La participación pública en materia de medio ambiente.
- GRAZIA BORRINI, SANDRA LOOR-VELA, THORA AMEND, CHRISTIANE MONSIEUR, ROSA CUPERTINO, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, Manejo participativo de Áreas Protegidas World Conservation Union, IUCN Social Policy Group, 1997.

- GROS ESPIELI Héctor, El derecho a la libre determinación de los pueblos, editorial Universidad Estatal, primera edición, San José, Costa Rica, 1992.
- GROS ESPIELL Héctor, La Organización Internacional Del Trabajo Y Los Derechos Humanos En América Latina, 1986
- HENRIKSEN J. B., La Implementación del derecho de autodeterminación de los pueblos, primera edición, Chile, 2004.
http://www.constituyentesoberana.org/3/int/032011/300311_1.pdf, (Consultado en: junio 2011).
- HÜBNER GALLO Jorge Iván, Los Derechos Humanos, Historia, Fundamento, Efectividad, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- HUMPAGE Louise, Pueblos Indígenas y Pobreza, CLACSO, 2006.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES, ABAY ANALISTAS ECONÓMICOS, La participación social de las personas mayores, 2000.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Costa Rica, 19 a 21 de agosto del 2003.
- ISLAM Narzul, ISABEL MARTÍNEZ, Environmental Law in developing Countries, IUNC, 2002.
- ITURRALDE Diego, Usos de la ley y usos de la costumbre. La reivindicación del Derecho Indígena a la modernización. En vario autores, Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado, Ediciones Abya-Ayala Quito, 1993
- LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.
- LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.

- LEY DE HIDROCARBUROS, decreto supremo 2967, 1978, registro oficial No 711, 15 de noviembre de 1978
- LEY DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL, Decreto Supremo No. 374. RO/ 97 de 31 de Mayo de 1976.
- LEY GENERAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, aprobada por el Congreso en México, el 4 el marzo del 2011.
- LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL, aprobada por la Asamblea Nacional, en el registro Oficial No. SAN-09- 047, el 3 de septiembre del 2009.
- LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL, aprobada por la Asamblea Nacional, en el registro Oficial No. SAN-09- 047, el 3 de septiembre del 2009.
- LEY SOBRE LA CONSERVACIÓN Y EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LA BIODIVERSIDAD, ley 26839, promulgado el 8 de julio de 1997, y publicado el 16 de julio de 1997, lima-Perú.
- LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS, recogida en la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1966.
- MERINO Y JIM ROBSON Leticia, El manejo de los recursos de uso común: Derechos Indígenas, Desarrollo, un Modelo de Recursos Comunitarios
- MOURLON Frederic, A. ALESSANDRI, et al. Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1998.
- NARVÁEZ Q Iván, Derecho Ambiental y temas de Sociología Ambiental, 2009.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, CONVENIO 179, Sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989.
- OWEN Robert (1771-1853), Daniel Legrand (1783-1859), “La OIT, Una Apuesta Por La Justicia Social Para Una Globalización Equitativa”, revista 90 aniversario de la OIT.
- PACHÓN LUCAS Carlos Andrea, Participación Ciudadana y Comunitaria”, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- PACTO DE SAN JOSÉ, SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 16 de diciembre de 1966
- PEDRO PABLO CAMARGO, Derecho Internacional, El Derecho de la Sociedad Internacional, Bogotá, 1983.
- PRINCIPIOS DEL GLOBAL COMPACT DE NACIONES UNIDAS Y UNA SELECCIÓN DE INDICADORES DE DESEMPEÑO DE GRI (GLOBAL REPORTING INITIATIVE), septiembre del 2010.
- PRINCIPIOS VOLUNTARIOS DE SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, Firmado por Estados Unidos y el Reino Unido el 19 de diciembre de 2000.
- PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Texto consolidado presentado del proyecto de

declaración Americana de declaración de los pueblos indígenas, Washington DC., 2003 disponible en: www.choice.Org/documentos/decamerderindigenas.doc.

- RABEY, Mario, Conocimiento popular y desarrollo. Medio Ambiente y Urbanización, 1990.
- RAST Lothar, CAMACHO Gloria, Buenas Prácticas en Participación, segunda edición, Quito-Ecuador, 2006.
- REGLAMENTO AMBIENTAL DE ACTIVIDADES HIDROCARBURIFERAS, Decreto Ejecutivo 1215, Registro Oficial 265 de 13 de Febrero del 2001
- REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, decreto 1040, Quito-Ecuador, 8 de mayo del 2008.
- REICHEL-DOLMATOFF Gerardo, The Sacred Mountain Of Colombia's Kogi Indians, 1990.
- REVISIÓN DE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DEL BANCO MUNDIAL, 2004.
- REVISTA IURIS DICTO, UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO, WRAY Norman, La Consulta como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas
- ROCCATTI Mirreille, Derechos Humanos, México, 1998
- RODRÍGUEZ GARAVITO César, MEGHAN MORRIS, NATALIA ORDUZ SALINAS, Y PAULA BURITICÁ, La consulta Previa a Pueblos Indígenas, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, Universidad de los Andes.
- ROEGEN Georgescu, K.W.KAPP, Economía Ecológica, El Instrumento de la Consulta Previa a Favor de ¿qué o quién? , Barcelona-España

- RUIZ SÁNCHEZ José María, Instituto de Estudios de la Democracia de la Universidad San Pablo de España.
- S. VILA MERINO Eduardo, Globalización, Educación Democrática Y Participación Comunitaria, Universidad de Málaga, España, Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653).
- SAAVEDRA Luis Ángel, Ecuador: ¿Consulta o Consentimiento Previo?, disponible en: <http://www.surysur.net/?q=node/16772>, (consultado en mayo 2011).
- STAVENHAGEN R., Los derechos Indígenas en la Latinoamérica, primera edición, México, 2004.
- TEXTO UNIFICADO DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECUNDARIA, LIBRO VI, de la calidad ambiental del Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS).
- THOMPSON José, Acceso A La Justicia Y Equidad: Estudio En Siete Países De América Latina, 2000.
- TONON Graciela, Comunidad, Participación, y Socialización Política, Buenos Aires, 2009.
- TRATADO DE WAITANGI, Firmado Por Representantes De La Corona Británica En Waitangi, en la Bahía de las Islas, Nueva Zelanda el 6 de febrero de 1840.
- VASCO V. Miguel A, Diccionario de derecho internacional, casa de la cultura Ecuatoriana.
- VEGA JR., Niveles de Actividad y Participación Social, Revista Interuniversitaria de formación Profesional, España, 2002.

- VILLANUEVA Ernesto, “Derecho De Acceso A La Información Y Organización Ciudadana En México”, 2001.
- VON HILDEBRAND Martin, Lineamientos Generales De Educación Indígena, 1987.

ÍNDICE

SÍNTESIS.....	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	15
1. LA PARTICIPACION SOCIAL	15
1.1 NACIMIENTO Y ORIGEN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL	19
1.2 INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL	22
1.3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y REPRESENTATIVA.....	22
1.4 LA PARTICIPACION DE PUEBLOS Y COMUNIDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL, UN PRIMER ACERCAMIENTO.....	28
1.4.1 INSTRUMENTOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES	32
1.4.1.1 INSTRUMENTOS HARD LAW	33
1.4.1.2 INSTRUMENTOS SOFT LAW	34
1.4.1.3 ORIGEN Y APLICACIÓN DENTRO DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL.....	38
CAPÍTULO II.....	42
2. LA PARTICIPACION SOCIAL EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL	42
2.1 NORMATIVA INTERNACIONAL EN TEMAS DE PARTICIPACIÓN	42
2.1.1 ANTECEDENTES A NIVEL MUNDIAL	43

2.1.2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).....	50
2.1.2.1 CONVENIO 107	54
2.1.2.2 CONVENIO 169	59
2.1.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN	65
2.1.3.1 PARTICIPACIÓN.-	66
2.1.4 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	67
2.1.4.1 LIBRE DETERMINACIÓN O AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES	72
2.1.5 ANTECEDENTES EN LATINOAMÉRICA.....	74
CAPÍTULO III	76
3. NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN EL ECUADOR	76
3.1 INTRODUCCIÓN A LOS NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL	77
3.2 NIVELES DE PARTICIPACIÓN SOCIAL DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN COMPARADA ..	79
3.2.1 COSTA RICA.-	81
3.3 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE.....	83
3.4 NIVELES DE PARTICIPACIÓN EN EL ECUADOR Y SU APLICACIÓN EN TEMAS AMBIENTALES.....	92
3.5 LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN TEMAS DE MEDIOAMBIENTE.....	95
3.6 LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL	100
CAPÍTULO IV.....	103
4. PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES	103
4.1 LA CONSULTA PREVIA COMO PROCESO DE TOMA DE DECISIONES.....	103
4.1.1 ¿QUE ES LA CONSULTA PREVIA?	105
4.1.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN	109

4.1.3 ¿CÓMO SE APLICA EN TEMAS AMBIENTALES?.....	113
4.1.4 TEORIA Y PRÁCTICA DE LA CONSULTA PREVIA EN LATINOAMERICA Y EN EL ECUADOR	122
4.2 LA CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACION AMBIENTAL ECUATORIANA	126
4.2.1 EN LA CONSTITUCION DEL ECUADOR (CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI).....	126
4.2.2 REGLAMENTO DE APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL (Decreto No. 1040).	131
4.3 EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO	139
4.3.1 ¿QUE ES EL CONSENTIMIENTO PREVIO?.....	139
4.3.2 AMBITO DE APLICACIÓN.-	143
4.4 CONSENTIMIENTO PREVIO EN LOS TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	146
4.5 PROCESO DE APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO	157
CAPÍTULO V	160
5. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA ENTRE LA CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO	160
5.1 JURISPRUDENCIA MUNDIAL.....	160
5.1.1 REPÚBLICA DE SURINAME (SARAMAKA VS SURINAM).....	160
5.2 JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	163
5.2.1 ECUADOR (DEMANDA IVANHOE ENERGY ECUADOR)	163
5.3 ANEXOS.....	168
5.3.1 ANEXO 1	168
5.3.2 ANEXO 2	185
CAPÍTULO VI.....	198
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	198

6.1 ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIONES AMBIENTALES TOMANDO EN CUENTA LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA REALIDAD DEL ECUADOR.....	198
6.2 CREACION Y REFORMAS A LA LEGISLACION ACTUAL.....	200
6.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL CONSENTIMIENTO PREVIO Y LA CONSULTA PREVIA	204
BIBLIOGRAFÍA	208