

# **UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

Inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1040 del 2008 sobre Participación Social y Consulta Previa en el Estudio de Impacto Ambiental

**Andrea Teresa Sánchez Grandes**

**Director:**

**Luis Parraguez Ruiz**

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, abril del 2011

© Derechos de autor

Andrea Teresa Sánchez Grandes

2011

*Dedico esta tesina de manera particular a mis padres y toda mi familia, en especial a mis hermanos, por el esfuerzo realizado para que cumpla mi sueño más grande el ser Abogada y depositar la confianza que siempre es necesaria para salir adelante, además pido su apoyo para el camino que pienso comenzar.*

*Agradezco a Dios por haberme dado la oportunidad de haber logrado una meta más en mi vida, realizado con mucho esfuerzo y mucho cariño.*

*Quiero darles las gracias a mis padres por enseñarme el valor de la vida para poder seguir adelante, y hermanos que siempre me han apoyado incondicionalmente en cada momento de la misma.*

*A toda mi familia y a mi sobrino que con esa sonrisa me hace vivir esa inocencia y creer en cada momento que no hay nada más importante que el saber vivir a cada momento como si fuera el último.*

*Agradezco a uno de los pilares que me ha enseñado cada paso que se debe seguir en esta carrera, gracias a él he logrado que este sueño sea una realidad, Luis Parraguez, que con su paciencia y espíritu a más de hacer una profesional, me ha enseñado a ser una mejor persona.*

*Agradezco a mis compañeros, amigos, a ti primo por darme esa fortaleza de seguir adelante sin tropezar.*

## **ABREVIATURAS**

**TULAS:** Texto Unificado de la Legislación Ambiental Secundarias

**CEB:** Comunidades Eclesiales de Base

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo

**FECCAS:** Federación Cristiana de Campesinos Salvadoreños

**FAPU:** Fideicomiso de Apoyo a la Planificación Urbana

**CIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**CADH:** Convención americana sobre derechos humanos

**ONG:** Organización no Gubernamental

**EIA:** Estudio de Impacto Ambiental

**CPLI:** Consentimiento Previo Libre e Informado

## RESUMEN

Los mecanismos de participación social, garantizan que todos los ciudadanos tengamos acceso a los diversos estamentos del Estado y que este acceso debe ser amplio; es decir que nos proporcione la suficiente información sobre los aspectos que nos interesan. La participación social, adecuadamente encaminada no es sino la forma en la cual se pueden llegar a modificarse varios aspectos relacionados con la administración pública y con la vida misma de los pueblos.

Una de las formas más efectivas de la participación social la constituye sin duda la Consulta Previa, institución de suma importancia que está constituida en varias legislaciones como un instrumento de los pueblos y nacionalidades a través del cual han hecho que se respeten sus derechos y como no con ellos su integridad. El tema ambiental, profundamente relacionado con la consulta previa es básicamente lo que se quiere analizar en esta investigación; además de establecer que siendo un mecanismo establecido en la norma Constitucional no puede ni debe ser ignorada en normas inferiores por su jerarquía.

Las normas internacionales tratan de establecer no solamente la importancia de la Consulta Previa sino también la grave crisis mundial que se relaciona con el tema ambiental, es decir son temas profundamente relacionados, debido a que por siglos los pueblos y nacionalidades ancestrales no únicamente han sido ultrajados de sus territorios sino que la alienación ha hecho que vayan perdiendo su identidad. Ante toda esta problemática el país no puede quedarse por fuera, puesto que se trata de conservar todos los hábitats sobre todo, el nuestro es ante uno de los de mayor riqueza tanto animales como vegetales. De ahí precisamente que guarden armonía las normas con la protección constitucional establecida en normas internacionales.

La naturaleza del Decreto Ejecutivo 1040 desnaturaliza la posibilidad de que la Consulta Previa sea puesta en marcha puesto que desconoce la figura con ello una serie de parámetros de importancia.

## ABSTRACT

Social participation mechanisms ensure that all citizens have access to the various branches of government and that this access is also large, meaning that you provide enough information about issues that concern us. Social participation is not properly designed, but the way in which it may modify various aspects of public administration and the life of the people.

One of the most effective forms of social participation is undoubtedly the prior consultation, important institution that is incorporated in various laws as an instrument of people and nations which have been made to respect their rights and their integrity. The environmental issue deeply related to prior consultation is basically analyzed in this study and also provide that a mechanism that has been established in the Constitutional provision can not be ignored in lower standards for their hierarchy.

International standards seek the establishment, not only the importance of prior consultation, but also the serious global crisis that is related to the environmental issue, that is to say those subjects are deeply related, due to for centuries the ancestral people and nationalities were not only outraged of their territories, but that alienation has made that they lose their identity. With all these problems the country can not stay out because it is important to preserve all habitats in the world, and our is facing one of the most important, animal and vegetable. From there on it is important that they keep harmony with the constitutional protection standards established as international standards.

The nature of the Executive Decree 1040 distorts the possibility of launching prior consultation since it appears as a series of important parameters.

# INDICE

## CONTENIDOS

<b>Introducción.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPITULO I    18</b>	
<b>ENFOQUE DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA GESTIÓN AMBIENTAL. ....</b>	<b>18</b>
1.1    La Participación Social como factor fundamental de la Gestión del desarrollo.....	18
1.2    Antecedentes y características de la Gestión Ambiental y la Participación Social en el Ecuador .....	19
1.3    Aspectos de Participación en la Gestión de la calidad ambiental.....	22
1.4    Principio 10 de la declaración de Río de Janeiro.....	25
1.5    Tipos de participación.....	26
1.5.3    Participación activa .....	26
1.5.4    Participación pasiva .....	27
1.6    Consulta previa llamada también Preejecutoria .....	27
1.7    Consulta de ejecución.....	31
1.8    Consentimiento Previo Informado.....	34
1.8.1    ¿Qué significa Consentimiento Libre, Previo e Informado?.....	34
1.8.2    Condiciones que debe reunir la consulta previa.....	35
Capítulo II.....	40
Enfoque de la Participación Social en el Impacto Ambiental .....	40
2.1 Delimitaciones doctrinarias de la participación social .....	40
2.2 Evaluación del Impacto Ambiental.....	46
2.3 Ley de Gestión Ambiental ley No. 37. Registro Oficial 245 de 30 de Julio de 1999.....	50
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>52</b>
<b>EL DERECHO COMPARADO FRENTE A LA CONSULTA PREVIA.....</b>	<b>52</b>
3.1 La Consulta Previa en Latinoamérica.....	52
3.2 Normas Internacionales sobre la Consulta Previa .....	56
3.2.1 Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. Río de Janeiro de junio de 1992. ....	56
3.2.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 20 de febrero del 2000.....	57
3.2.3 Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las naciones unidas año 2004.....	61
3.2.4 Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos Indígenas aprobada en el 2007 .....	61
3.2.5 Caso Saramaka vs. Surinam de junio del 2006.....	62



CAPITULO IV.....	69
Inconstitucionalidad del Decreto 1040.....	69
4.1 Obligaciones del Estado respecto a la Consulta Previa.....	69
4.2 Garantías establecidas para el ejercicio de los derechos.....	73
4.3 Fundamento de la protección jurídica a los pueblos y nacionalidades indígenas.....	74
4.4 El derecho de los pueblos y nacionalidades del mundo a la consulta previa.....	77
4.5 Inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 1040 que excluye la consulta previa de los mecanismos de participación social.....	79
CONCLUSIONES.....	88
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFIA.....	93

## INTRODUCCIÓN

Es innegable que la declaración de inconstitucionalidad es producto de un estudio detallado, minucioso y concienzudo, con un examen jurídico de todos los fundamentos que reunidos en una exposición de hechos y derechos configuran el desconocimiento de uno o varios de los motivos para que sea declarado como tal.

La inconstitucionalidad, se fundamenta en el desconocimiento de mandatos contenidos en la norma constitucional, se trata entonces de una contrariedad entre lo que se dispone en la Constitución y lo que se ha decretado mediante alguna norma, reglamento, ley o en su caso cualquier otro documento que torne inefectivo el derecho, o que simplemente lo desconozca; es precisamente hacia este punto que se dirige la declaratoria de inconstitucionalidad; puesto que se ha desconocido un derecho o parte de él, mediante esta norma jurídica que de origen legítimo, por cuanto ha seguido un trámite para su existencia, que sin embargo, en el fondo de la misma norma está contrariando los principios fundamentales contenidos en la norma Constitucional, es de esta manera que, se busca establecer la inconstitucionalidad buscando el pequeño reducto por el cual, una norma pretende abiertamente quebrantar los lineamientos constitucionales y derechos fundamentales.

Los fundamentos de la declaratoria de inconstitucionalidad tiene relación también con la doctrina constitucional, que establece que los principios constitucionales son garantías establecidas por los Estados para que se cumplan con los derechos y obligaciones que contiene la norma constitucional; de ahí que sea

importante el que se vaya compilando todas las decisiones relativas a esta problemática, que en más de una ocasión, ha significado que el Estado deba reconocer el error e indemnizar a los afectados o en su caso corregir aquello en lo que se estaba cometiendo un afectación directa a los derechos.

El Decreto Ejecutivo 1040, es una norma de carácter social y jurídica que tiene un importante valor desde el punto de vista del desarrollo jurídico y social del país, sin embargo, es necesario determinar que este Decreto Ejecutivo 1040, intenta imponer criterios sobre un hecho que no debería tener límites desde ningún aspecto. Cuando se menciona este particular se enfoca primordialmente a la participación social, regulada en varias legislaciones del mundo y como no en la nuestra, delimitando la forma en la cual los grupos sociales y personas interesadas en algún tema en particular pueden participar y dar a conocer su opinión en caso de afectación.

Es indudable que uno de los aspectos fundamentales que se trata de limitar mediante este Decreto, es la consulta previa, mecanismo de participación social que ha logrado en determinados países del mundo poner límites a los abusos en contra de varios pueblos y nacionalidades, es precisamente hacia este punto que se enfoca la investigación, hacia la prevalencia de la consulta como mecanismo social fundamental para que las personas puedan tener su opinión sobre los proyectos que incluyan acciones en contra del ambiente, se trata de una acción de valiosa importancia que se ha dejado de lado en el país.

La declaratoria de inconstitucionalidad que es el primer objetivo de la investigación se basa en varios artículos de la Constitución de la República, el por qué se desprenderá en el desarrollo del estudio; sin embargo es necesario aclarar los puntos de derecho en los cuales se fundamentará la acción:

El artículo 10 expresa la protección a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, como también a la naturaleza a la cual se le concede también derechos, el limitar la consulta previa en leyes de menor jerarquía que la Constitución es limitar el derecho de todos los ciudadanos a intervenir en asuntos relacionados con la protección a su propia integridad y a la naturaleza que es parte de la personalidad e integridad de cientos de comunidades del país.

El artículo 11 numeral 8 de la Constitución, considera que lo que vaya en detrimento de los principios Constitucionales y cause por ende su disminución será considerado como Inconstitucional, es evidente que si esta norma reconoce a la consulta previa como una herramienta valiosa no es menos cierto que el desconocer su vigencia e importancia en mediante un Decreto es simplemente desconocer la aplicación de principios que son en jerarquía más importantes.

Uno de los artículos de mayor envergadura y que sin duda forma parte de los elementos para demandar la inconstitucionalidad es el 57 numerales 7 y 8, no solo por cuanto propugnan la consulta previa como uno de los mejores mecanismos para lograr conservar los recursos naturales, sino que también establece los parámetros en los cuales se la realizará; la consulta es una de las mejores herramientas para que la opinión de la ciudadanía tenga fuerza, y es algo incomprensible que mediante un Decreto se pretenda desconocer la fuerza legal de la consulta previa dejándola de lado inclusive en normas de carácter ambiental.

Es evidente que la inconstitucional va también por el lado de la limitación de la participación social efectivamente comprendida, puesto que el Decreto Ejecutivo 1040 dejar por fuera la consulta previa y como es evidente limita la participación de los ciudadanos en asuntos de interés nacional.

Al no proteger adecuadamente a la naturaleza y al ser humano como parte integral de la misma se está faltando a uno de los principios básicos establecidos en el artículo 395 de la Constitución, los numerales de este norma que centran su atención en la protección a la naturaleza y la participación en actividades que vayan a generar impactos ambientales. Claramente el Decreto Ejecutivo limita la participación social y deja de lado la consulta previa es decir falta al principio de intervención de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Uno de los principales fundamentos para la declaratoria de inconstitucional se fundamenta en la participación activa de los pueblos y nacionalidades en los asuntos que por su naturaleza deben ser informados y sobre todo del conocimiento profundo de ellos, razón por la cual es completamente inconstitucional no delimitar la consulta previa dentro de los mecanismos de participación social es una clara inconstitucionalidad en la que cae el Decreto Ejecutivo 1040.

Observando los dos párrafos anteriores fácilmente se podría enfocar una problemática jurídica de importancia, sin embargo, el problema es mucho más importante, puesto que se trata de principios constitucionales que están siendo violados por este Decreto Ejecutivo 1040, se trata de aquellos que como el artículo 57 y otros de la norma Constitucional garantizan la participación activa de los pueblos y nacionalidades en asuntos de importancia, además, consagran principios como el respeto a la diversidad, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es decir, una serie de normas que están siendo desconocidas con la vigencia de este Decreto.

La participación como mecanismo de comunicación entre el gobierno y los ciudadanos, es el punto fundamental que se trata en este estudio, de ahí parte todo cuanto se estructura en cada uno de los capítulos, coincidiendo además con la importancia que tiene encontrar todos los fundamentos que apoyen la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1040. ¿Es Es Inconstitucional el Decreto Ejecutivo 1040 que se refiere a consulta previa y participación social?

La investigación que se desarrolla dentro de varios capítulos; pretende abordar todos estos temas, partiendo desde un punto esencial que no debe quedarse fuera de la misma, se trata del enfoque de la participación social en la gestión ambiental, así pues se denomina el Primer Capítulo, dentro del cual se establece la importancia de la comprensión del término participación social, los tipos de participación que existen, es así que se pretende relacionar los Derechos Humanos en el campo de la protección internacional, puesto que este Decreto Ejecutivo 1040, violenta varios derechos constitucionales que son el claro reflejo de las normas internacionales, es evidente que este contraste no sería suficiente sin analizar lo que precisamente se estudia en la última parte del Capítulo relacionada con el tema ambiental. Son temas sin duda que trata de abordar la forma como los ciudadanos se pueden expresar en forma libre, sobre los temas que consideren les están afectando. El objetivo primordial de este Capítulo es conocer de qué y para qué sirve la participación social orientando además la investigación hacia la temática ambiental que es vital para el desarrollo del Ecuador.

Capitulo Segundo se enfoca en el marco legal de cómo manejar la Participación Social dentro del impacto ambiental y que consecuencias y derechos

acarrea la misma, por lo que de esta manera nos podemos dar cuenta en que artículos nos basamos para poder mencionar que existe una Inconstitucionalidad dentro del Decreto Ejecutivo 1040 en el ámbito de la participación social.

Capítulo Tercero, con el título de Instrumentos Internacionales, se desarrollan la temática desde el enfoque que hacen varias naciones, colocando en evidencia que esta figura en muchos países representa un gran espacio de información y de discusión; por ende, representa un espacio que no puede, ni debe ser reemplazado con otra forma de participación social, este tema está reforzado en su importancia por el tratamiento con el que se abordan en los Tratados Internacionales este tema, claro está entonces que el Derecho Ecuatoriano estaría desconociendo inclusive el derecho internacional con el desconocimiento de la consulta previa y su concepto, y sobre todo con el desconocimiento de que los pueblos y nacionalidades si tienen el poder para detener acciones que afecten sus derechos legítimamente reconocidos, sin duda, tratándose de una norma que se enfoca desde tantos puntos de vista es necesario también analizarlo, estamos hablando del Decreto Ejecutivo 1040 en su extensión, sin tratar en ningún momento de parecer desmesurado en el tema lo que se trata de enfocar es su importancia jurídica y las claras contradicciones que este Decreto Ejecutivo 1040 presenta en relación a los mecanismos de participación social y consulta previa. La meta principal de este Capítulo es establecer a la consulta previa como mecanismo permanente de desarrollo de ideas entre la comunidad y los gobernantes, además de enfocar el criterio de países vecinos para establecer de qué forma se utiliza este mecanismo.

Capítulo Cuarto, enfoca las obligaciones que tiene el Estado con la población en temas de protección ambiental que se sostiene en el Art 11 de la Constitución, la participación social, la inconstitucionalidad como tal etc., temas que se ven afectados con el contenido del Decreto Ejecutivo 1040, este Capítulo además enfoca los principios constitucionales las violaciones a los mismos, todo direccionado hacia establecer en qué partes del Decreto Ejecutivo 1040. En definitiva, es una investigación de los deberes y derechos que como ciudadanos tenemos, así mismo los derechos y obligaciones que tiene el Estado, es en esta relación de correspondencia donde se puede observar los problemas con la no observación de

los derechos de las personas. El objetivo en este tema, en particular es establecer la acción del Estado sobre el ambiente y la forma en la cual mecanismos como la participación social se pueden convertir en una forma de aportación de ideas para el cambio o reforma de alguna ley, norma, etc., que afecte a los pueblos y comunidades de zonas consideradas de alto riesgo natural.

Primordialmente se conoce sobre los principios constitucionales que se abordan en la investigación, para solicitar la inconstitucionalidad, en el cual claramente los términos y controversias no pueden estar fuera. Recordemos que violentar los derechos consagrados en la norma constitucional por cualquier mecanismo que se lo pretenda realizar, es simplemente faltar hacia la norma máxima, desconocer la valía de un principio, como también dejar sin protección a la sociedad, es sin duda uno de los elementos que se van enfocando dentro de la investigación. El objetivo en esta ocasión se refiere al conocimiento básico de los fundamentos de la inconstitucionalidad, que es determinada a través del estudio de las normas y de los elementos que se considera han sido vulnerados.

## **CAPÍTULO I**

### **ENFOQUE DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA GESTIÓN AMBIENTAL.**

#### **1.1 La Participación Social como factor fundamental de la Gestión del desarrollo**

La participación social se generalizó en la década de los noventa como un factor fundamental de las políticas de desarrollo. Pasó a ser parte de los discursos políticos de modernización de los estados, de los discursos de los organismos internacionales y, por supuesto, continuó formando parte de los discursos democráticos que demandan procesos de construcción de una ciudadanía moderna en nuestros países.

La participación social en las decisiones estatales, en la planificación y en la propia gestión del desarrollo, es una condición esencial para la construcción de sociedades democráticas.



Los procesos de participación en la gestión ambiental han sido particularmente impulsados a partir de la Cumbre de Río. Tienen como contexto el impulso global de la participación social en la gestión pública como parte de los esfuerzos de democratización. A la vez, responden a la necesidad de disminuir las afectaciones ambientales globales producidas por los imperantes patrones de producción y de consumo, al tiempo de promover un aprovechamiento más equitativo de los recursos naturales, como factor fundamental de los esfuerzos por combatir la pobreza, ampliar la seguridad alimentaria y proteger los conocimientos ancestrales. Democracia, manejo ambiental responsable y equidad, son algunos de los factores fundamentales del desarrollo sostenible, base angular de los compromisos de la Agenda 21 de Ecuador.

La gestión ambiental debe ser entendida en sentido amplio como la formulación de políticas, regulaciones y acciones de manejo de los recursos naturales, incluye el ámbito estatal, pero incorpora también el ámbito de las iniciativas particulares y comunitarias. No se restringe, por tanto, a la gestión estatal, aunque ésta es fundamental en todo proceso de gestión ambiental.

## **1.2 Antecedentes y características de la Gestión Ambiental y la Participación Social en el Ecuador**

La década pasada fue muy importante en el desarrollo de una serie de iniciativas políticas y jurídicas tendientes a construir una adecuada institucionalidad ambiental en el país. Se creó la Comisión Asesora Ambiental (1993) y luego el Ministerio del Ambiente (1996); se formularon algunos instrumentos de gestión como las Políticas Ambientales Básicas (1994), el Plan Ambiental Ecuatoriano (1.996) y la Estrategia Nacional Ambiental (2.000); se incorporaron a la Constitución los derechos colectivos y entre ellos los de los pueblos indígenas y los del ambiente (1998); se promulgó la Ley de Gestión Ambiental (1999). Al mismo tiempo se han impulsado un sinnúmero de programas y proyectos orientados a desarrollar capacidades de gestión en gobiernos locales, en comunidades y en organizaciones no gubernamentales ambientalistas y de desarrollo.

También se desarrollaron varias iniciativas tendientes a fomentar la participación social en la gestión estatal en general y en la gestión ambiental en particular. Este enfoque está incorporado constitucionalmente y es obligatorio para

la planificación y para la gestión pública nacional y local. Es necesario destacar la participación ciudadana en los procesos de información y consulta previa sobre decisiones estatales que “pudieran causar impactos ambientales”, la participación comunitaria en el manejo, aprovechamiento y administración de recursos renovables y la participación de las comunidades locales en el monitoreo y control de actividades que pueden causar impactos ambientales, como aspectos fundamentales de la administración ambiental del país.

Pero más allá de estos avances institucionales y normativos, que marcan una importante tendencia en la organización estatal de la gestión ambiental, cabe señalar algunas características desarrolladas de manera autónoma por las organizaciones sociales, respecto a la gestión de recursos naturales renovables y respecto a la calidad ambiental, aspectos relevantes en la gestión de recursos renovables.

Un rasgo que ha caracterizado al país es una creciente participación de comunidades campesinas, de pueblos indígenas y afroecuatorianos en el manejo de sus recursos naturales renovables. Este es un tipo de participación que tiene varias facetas que se interrelacionan con los procesos de recuperación y manejo territorial, la protección cultural y el mejoramiento de la calidad de vida.

En efecto, en estos aspectos se anudan iniciativas en torno a la protección de fuentes hídricas; conservación de bosques andinos y páramos; conservación de manglares; conservación y recuperación de suelos; recuperación, conservación y aprovechamiento de la biodiversidad; búsqueda de alternativas productivas y defensa de conocimientos ancestrales. Todas ellas son también respuestas a los procesos de destrucción forestal del país, a la pérdida creciente de biodiversidad, a los procesos erosivos, a la pérdida de fuentes de agua y también a la pérdida de conocimientos y prácticas productivas tradicionales. Son respuestas que tienen que ver con la seguridad de la vida y de la reproducción de los pueblos.

En los últimos diez años ha existido una muy fuerte corriente de cooperación internacional y no gubernamental que ha favorecido y ha auspiciado estas iniciativas comunitarias locales en el país, con efectos y resultados diversos, pero que ha contribuido a desarrollar lo que se podría denominar una “conciencia comunitaria” en la conservación y manejo de los recursos naturales. Pero esta es una “conciencia” que en la mayoría de las veces está subyacente en la cultura de los pueblos indígenas,

afroecuatorianos y campesinos, que no ha surgido de una corriente conservacionista externa. Las culturas locales y ancestrales y las corrientes de conservación se han ido encontrando en el camino, de alguna manera han ido confluyendo, modificándose, reconociéndose en sus objetivos esenciales, aunque en muchas ocasiones de manera compleja y hasta contradictoria.

Este proceso de confluencia ha validado algunas premisas, como que las iniciativas de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales renovables tienen posibilidad de consolidarse a condición de su integración con las estrategias de afirmación y desarrollo de territorios y con la búsqueda de opciones de mejoramiento de ingresos económicos. En países como el Ecuador, donde la densidad demográfica y los niveles de pobreza son tan altos, donde gran parte de los recursos renovables están en tierras de pueblos indígenas y afroecuatorianos, la conservación, el combate a la pobreza y la participación democrática son aspectos indisolubles.

También existe un tipo de participación comunitaria que, ligada a los procesos anteriormente descritos, se manifiesta como oposición actividades productivas extractivas de recursos no renovables en el interior de los territorios indígenas. Particularmente son actividades relacionadas al petróleo y a la minería. En estos casos, la negación es también un tipo de participación, aunque de naturaleza reactiva y es también parte de un proceso complejo de negociaciones, en los que los ejes de discusión son nuevamente los territorios y las estrategias de su desarrollo.

Desde la óptica de las políticas de Estado, existen circunstancias diversas, que obedecen a su estructura sectorialista y a la debilidad de una política ambiental global e integral. Por una parte, se puede apreciar una débil e intermitente tendencia a promover acciones de conservación en alianza con comunidades locales campesinas, indígenas y negras, como es el caso de los convenios de manejo de manglares, de canalización de inversiones en los bosques amazónicos y de promoción de políticas participativas en áreas protegidas.

Por otra parte, existe una tendencia a frenar o no profundizar las políticas de participación en las decisiones políticas, en el monitoreo y control ambiental, e incluso en las negociaciones sobre probables beneficios económicos. Esta tendencia ha predominado y ha limitado incluso el ejercicio de los derechos constitucionales

de información, participación y consulta previa, particularmente en el manejo de las políticas petroleras y mineras.

### **1.3 Aspectos de Participación en la Gestión de la calidad ambiental**

En este campo los niveles de participación organizada y colectiva en la gestión son más débiles y principalmente de carácter reactivo, que Participación y Gestión Ambiental contrastan con la creciente preocupación ciudadana por los cada vez más complejos y graves problemas de contaminación que tiene el país.

Probablemente en lo referente a la prevención y control de la contaminación, no existe un solo actor social que haya destacado su participación, tal como de manera clara puede observarse en los casos de manejo de recursos renovables. El escenario nacional en la prevención y control de la contaminación es bastante crítico y a momentos desalentador por las debilidades institucionales a pesar de la penalización de delitos ambientales- y la falta de responsabilidad de los diferentes actores productivos. Sin embargo, se pueden constatar algunos procesos que potencialmente podrían configurar tendencias importantes en la participación ciudadana en la gestión de la calidad ambiental. Entre ellas se puede mencionar las siguientes:

- a) Las crecientes iniciativas de gobiernos municipales de generar políticas, normas y tomar iniciativas de prevención y control de la contaminación, incorporando niveles de participación ciudadana que le permitan viabilidad.
- b) La mayor apertura y disposición de los sectores industriales a incorporar medidas de reducción y control de la contaminación en actividades productivas, así como a participar en políticas locales tendientes a mejorar la calidad ambiental. Sin duda este es un proceso todavía insuficiente en el país, pero que se ha expresado en varios escenarios como en la gestión ambiental de ciudades con importante presencia industrial como Cuenca,
- c) Quito, Guayaquil y Manta; así como en algunas prácticas industriales altamente contaminantes como la petrolera y la minera. Estos cambios tienen que ver con un cierto desarrollo de preocupaciones ambientales entre el empresariado, así como con el cumplimiento de normas nacionales y locales,

con las demandas de los mercados internacionales y principalmente con las tendencias mundiales al uso de tecnologías limpias.

- d) El inicio de procesos de negociación para remediación de daños ambientales, que pueden ampliarse hacia procesos preventivos, entre empresarios y comunidades locales. Estos son procesos que han surgido de manera puntual pero tienen la virtud de mostrar la posibilidad y la conveniencia de negociaciones directas, donde el Estado ha cumplido roles de facilitación. Tendencialmente pueden sobrepasar los límites de una negociación sobre prevención, control y remediación, para constituirse en escenarios de negociación de formas de asociación productiva entre empresarios y comunidades locales. Probablemente una de las experiencias más importantes en los últimos cinco años es el proceso de negociación llevado adelante entre la Federación Indígena y Campesina de Imbabura -FICI- y la empresa de cementos Selva Alegre.

Estas y otras experiencias son alentadoras en las perspectivas de configurar una gestión ambiental más moderna y viable, basada en la disposición de los actores a lograr niveles básicos de concertación que puedan revertir las características adversas del escenario nacional sobre la calidad ambiental. Probablemente en este campo puede percibirse de mejor manera la relación que debe existir entre la promoción de procesos de participación social en la gestión ambiental y el desarrollo de una institucionalidad que la proteja, que viabilice su concreción en medidas y decisiones específicas, que incorpore las demandas de la participación social en las políticas y medidas de control público.

Esta es una relación necesaria para que la participación social sea efectivamente un elemento de los procesos de democratización de las sociedades, un instrumento que contribuya a modificar los hábitos de producción e incluso de consumo, y no sea solo un aspecto formal de las políticas públicas y de las iniciativas de desarrollo sostenible.

Hay que ampliar el debate sobre los generadores de participación y reflexionar acerca de la relación participación-organismos de desarrollo (Estado, Iglesia, ONGs, instituciones públicas y privadas).

En esta generación de participación, habría que diferenciar dos momentos:

1. La participación como mecanismo de consulta: es decir la gente participa en proyectos en los cuales son los organismos de desarrollo quienes han definido sus necesidades y deseos, que son por lo general intereses creados, pues las financieras no apuntan a resolver las reales necesidades de la gente.

2. La participación como potenciadora de sujetos políticos: cuando contamos con hombres y mujeres con poder de decisión y capacidad de influenciar en otras instancias de poder. Aquí se ha partido del interés social y no del institucional.

Enlazando la participación con el tema de medio ambiente, se podrían distinguir tres niveles:

- a) Cuidado medioambiental: Introducido generalmente por grupos de interés y poder que propician por ej. Las grandes plantaciones forestales y la reforestación para el mercado. Aquí prevalece el primer nivel de participación ya enunciado.
- b) Manejo comunitario de los recursos naturales: Cuando el manejo de los recursos es responsabilidad de las comunidades la gente tiende a apropiarse de la propuesta, sin embargo no debe verse a la población sólo como cuidadora, sino además con poder de control y definición política sobre el recurso.
- c) Movimiento en defensa del medioambiente: Significa crear una conciencia colectiva que implique cambio y movilización humana para defender la aldea global, lo cual implica el empoderarnos en asuntos micro y macro y generar una responsabilidad ética frente a la naturaleza y a nuestros derechos por habitar en un mundo sano.
- d) El medioambiente es un tema social y político, pues implica una problemática que compete a toda la sociedad.
- e) Sin embargo, en el Ecuador el tema ambiental no concita la atención generalizada de la ciudadanía y su importancia a nivel político-estatal o partidario es aún débil por ej. no hay como en otros países partidos verdes. El mismo movimiento ecologista no tiene mayor presencia.
- f) Este es un punto para la discusión pues habría que analizar las particularidades del movimiento ecologista ecuatoriano, que si bien no es de masas mantiene en su interior a gente clara y propositiva que tiene capacidad

de presión política – por ej. colocaron una ministra ecologista, o han apoyado la aprobación de una ley ambiental progresista, o han realizado acciones de presión que han frenado muchos abusos.

- g) Sin embargo, el tema ambiental no puede ser patrimonio de un solo movimiento social, sino de un conglomerado de actores sociales. Hay que politizar el tema y procurar que toda la sociedad se pronuncie contra el atentado que siente hacia su dignidad como seres humanos.
- h) Adicionalmente, el problema del país en lo medioambiental es nuestro atraso en la parte técnica, es decir en contar con teorías, metodologías, técnicas y herramientas para operativizar la propuesta ambiental con participación ciudadana (evaluación de impactos ambientales, departamentos ambientales municipales, etc.).
- i) Frente a la presión de los grupos de poder se rescata la necesidad de legislar, aplicar estas leyes, negociar, concertar y aprovechar todo espacio posible para la gestión ambiental adecuada.
- j) La asunción de este tema implica un nuevo paradigma de desarrollo que combine la defensa y protección de los recursos naturales con el aprovechamiento comunitario de los mismos.

#### **1.4 Principio 10 de la declaración de Río de Janeiro.**

Establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

## 1.5 Tipos de participación

Debemos aclarar que hablamos en general, de participación, identificándola simplemente con afiliación o pertenencia a una organización, independientemente de cómo se produzca esta participación, y posiblemente dejando fuera otras formas que numéricamente también tienen importancia. Por ello, debemos diferenciar entre diversas formas de participación:

**1.5.1 Participación activa** sería la participación de aquellas personas que estando afiliadas a una organización colaboran activamente con su acción personal en su desarrollo, sostenimiento y actividades. En este caso, en realidad, nos estamos refiriendo a los voluntarios, su objetivo al estar en una organización es hacer cosas (otro tema, como veremos más adelante, es que realmente las hagan), donan a la organización su tiempo.

**1.5.2 Participación pasiva.** Podríamos definirla como la forma de colaboración de aquellas personas que estando afiliadas a una organización, de un modo constante colaboran económicamente para el desarrollo, sostenimiento y realización de actividades. En este punto nos estamos refiriendo a los socios o colaboradores económicos (Su denominación varía dependiendo de la asociación u organización y pueden existir otras denominaciones diferentes). Su misión es sostener económicamente a la organización, donan a la organización su dinero. Puede resultar contradictorio hablar de participación pasiva, pero en realidad participan en la organización pasivamente ya que no desarrollan actividades. También se la denomina es denominada solidaridad a distancia.

**1.5.3 Participación activa encubierta** es una categoría que comienza a darse con cierta magnitud en determinados ámbitos asociativos. Sería la forma de participación de todas aquellas personas que colaboran activamente en las organizaciones y asociaciones, pero que no son formalmente miembros de ellas ya que se resisten a estar afiliados por los más variados y diversos motivos. Pertenecen a esta categoría lo que algunos denominan colaboradores o simpatizantes. Dependiendo de cómo se realice el estudio



para calcular el nivel de participación esta última categoría puede no aparecer. Por ejemplo, si se pregunta ¿Pertenece usted a alguna asociación u organización?

**1.5.4 Participación pasiva** encubierta sería la forma de participación de todas aquellas personas que sin estar afiliadas a la organización ocasionalmente apoyan económicamente para el sostenimiento, desarrollo y realización de actividades. Son las personas que ocasionalmente realizan donativos en campañas específicas, llamamientos generales de colaboración, sorteos, rifas, etc. En los últimos tiempos es una de las formas de participación que más han crecido y uno de los reflejos más patentes de ese boom de la solidaridad.

## **1.6 Consulta previa llamada también Preejecutoria**

La consulta previa es una forma de participación social, quizá una de las más importantes, por la cual se pueden llevar inquietudes ante las autoridades cuando estas se encuentren realizando proyectos que prevén una afectación al medio ambiente. Sin embargo, lo más importante es hacer de la consulta un mecanismo por el cual la sociedad se involucre en temas que son de su interés o de alguna manera afecten sus derechos. Es una forma de acceso a la democracia, a la participación activa; es un derecho, desde el enfoque constitucional, un derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas principalmente, pues ellos han sido las principales víctimas de la explotación de recursos de la naturaleza, hasta tal punto que su propia existencia se ha visto amenazada.

Este tema se lo puede enfocar desde diversas perspectivas; por ejemplo, desde la lógica de los indígenas, que tienen el poder de decidir sobre temas de justicia o cuando se van a realizar actividades, obras o proyectos dentro de sus territorios, se realiza la consulta previa buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social, económica y garantizando a la vez la participación.

Por lo tanto, la consulta previa es un derecho que poseen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso y desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias y sobre todo a las tierras que ellos ocupan. Por lo tanto, este mecanismo de participación que sería la consulta previa en sí, se convierte en un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público

especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado y legislativa, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, económico, u otros aspectos. Para ello es necesario tener en cuenta que la consulta previa en el contexto de la gobernabilidad indígena es mecanismo de diálogo intercultural que se da entre actores comprometidos con acciones que los afectan a todos. Es un derecho en si mismo y un medio por el cual se respetan los derechos colectivos como la autodeterminación, el autogobierno, la capacidad de los pueblos de decidir su modelo de desarrollo, etc.

La Consulta Previa implica:

- (a) informar sobre las características del proyecto o actividad que se desea realizar en territorio indígena,
- (b) conocer el punto de vista y las expectativas de participación de los Pueblos Indígenas (concepto de territorio/desarrollo),
- (c) concertar los términos de realización de los proyectos garantizando la participación: beneficios (concepto de calidad de vida y bienestar: no de corto plazo y basados en el mercado) monitoreo de los impactos ambientales y sociales,
- (d) identificar la representación autentica de la comunidad para la vinculación al proceso (sistema de autoridad y liderazgo),
- (e) respetar el manejo de los tiempos, los mecanismos propios de consulta interna y la toma de decisiones entre las comunidades; dos tipos de consulta: interna y externa; y,
- (f) Considerar la lengua nativa como elemento en el dialogo a través de una buena interpretación<sup>1</sup>.

Por lo tanto, podemos ver que se encuentra ligada a la capacidad de los pueblos indígenas para ejercer su autonomía y la expresión de sus derechos mediante la participación activa.

---

<sup>1</sup> W. GUARANDA MENDOZA, *Justicia Ambiental*, Boletín de las comunidades que luchan por una reparación ambiental integral, Quito, 2010, p. 11.

La consulta previa es un mecanismo clave para prevenir y resolver problemas y conflictos, puesto que el Estado está llamado a garantizar un manejo integral de sus recursos, y por su parte las empresas tienen un marco de referencia más preciso para activar sus operaciones, y las comunidades y los sectores ambientalistas disponen de “una consistente política de prevención de impactos.

La consulta previa es un procedimiento regulado que busca permitir la participación de la comunidad bajo el respeto de la autonomía, de la identidad, las formas propias de reproducción social y los derechos humanos individuales de las minorías étnico-culturales y culturales...tiene por objetivo analizar el impacto cultural que pueden ocasionarse por la explotación de recursos naturales en un territorio<sup>2</sup>

El propósito de la consulta previa en términos objetivos es el de auscultar la voluntad de las comunidades o poblaciones locales respecto de los efectos de los riesgos y daños que pueden ocasionar las actividades o programas que afecten los recursos y el ecosistema de sus tierras. Sin duda que la Participación se constituye como afirma B. Londeño:

Un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado y legislativa, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y otros aspectos que incidan en su integridad étnica<sup>3</sup>.

A su vez, Gregorio Badeni se refiere a la iniciativa y a la consulta popular o, como lo llamamos en el Ecuador, la Consulta Previa, como un derecho de los pueblos y comunidades que pueden ser perjudicados por ser proyectos de gobierno para ser consultados y opinar sobre aquellos, debiendo el Estado respetar opiniones de la ciudadanía<sup>4</sup>.

Desde este punto de vista la consulta previa es mecanismo de limitación a la acción del estado respecto de aquellos proyectos que puedan afectar a las comunidades. La

---

2 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, *VARIOS AUTORES MONOGRAFÍAS*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2009. p 19.

3 B. LONDOÑO TORO, *Nuevos Instrumentos de Participación Ambiental*, Consultoría Ambiental y Colectiva, Universidad Javeriana de Colombia. Bogotá, 1998, pp. 91

4 G. BADENI, *Tratado del Derecho Constitucional*. ed. 1, BOSH, Buenos Aires, 2005. p. 303.

consulta se traduce en un procedimiento que es obligatorio por mandato constitucional y legal, su efecto debería equivaler a un veto que impida la ejecución de las obras de impacto negativo.

Este mecanismo fue consagrado desde la Constitución de la República del Ecuador de 1998, en el Art. 84 N.- 5, que manifestaba que el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con la Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

“N.-5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen”

Además, en el art 88 manifiesta que.- “toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación”<sup>5</sup>. Como podemos ver se reconocía la consulta previa como un derecho colectivo indígena.

La actual Constitución también se refiere a la consulta previa en su Art. 57 # 7 y 8:

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: N.- 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; y el N.- 8 Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la

---

5 Constitución de la República del Ecuador del año 1998.

participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.<sup>6</sup>

### **1.7 Consulta de ejecución.**

El Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial de 9 de mayo del 2008 regula la aplicación de los arts. 28 y 29 de la ley de Gestión Ambiental. Consta de cuatro títulos que tratan sobre las siguientes materias:

**A.-** El Título I, “Preliminar”, contiene algunas definiciones entre las cuales es importante destacar la de participación social: “Son los mecanismos para dar a conocer a una comunidad afectada/interesada, los proyectos que puedan conllevar riesgo ambiental, así como sus estudios de impacto, posibles medidas de mitigación y planes de manejo ambiental”

**B.-** El título II, relativo a su *Ámbito*, señala además su objeto y finalidades.

Respecto al objeto el art. 3 dispone que “El objeto principal de este Reglamento es contribuir a garantizar el respeto al derecho colectivo de todo habitante a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación.”

En Cuanto a la finalidad, el art. 4 menciona las siguientes:

- a) “Precisar los mecanismos determinados en la Ley de Gestión Ambiental a ser utilizados en los procedimientos de participación social;
- b) Permitir a la autoridad pública conocer los criterios de la comunidad en relación a una actividad o proyecto que genere impacto ambiental;
- c) Contar con los criterios de la comunidad, como base de la gobernabilidad y desarrollo de la gestión ambiental; y,
- d) Transparentar las actuaciones y actividades que puedan afectar al ambiente, asegurando a la comunidad el acceso a la información disponible”

**C.-** El título III, trata sobre la participación social y aborda entre otras materias, la oportunidad que debe llevarse a efecto, sus mecanismos y sujetos:

En el art. 6 menciona que la participación social tiene por objeto el conocimiento, la integración y la iniciativa de la ciudadanía para fortalecer la

---

<sup>6</sup> Constitución de la Republica del Ecuador del año 2008.

aplicación de un proceso de evaluación de impacto ambiental y disminuir sus márgenes de riesgo e impacto ambiental.

En su art. 7 trata sobre el ámbito y menciona que la participación social se desarrolla en el marco del procedimiento “De la Evaluación de Impacto Ambiental y del Control Ambiental”, del Capítulo II, Título III de la Ley de Gestión Ambiental.

Al hablar sobre los mecanismos, el art. 8 dispone 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, 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 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”

**D.-** El título IV menciona respecto a las veedurías ciudadanas, en el art 23, que “Con el fin de monitorear y exigir la rendición de cuentas a la gestión ambiental, los sujetos de participación social podrán conformar veedurías ciudadanas”.

**E.-** Finalmente el título V contempla las garantías del cumplimiento de la participación social, y se refiere en particular a la inejecutabilidad de actos y contratos que afecten al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, así como los actos y contratos que se deriven de la misma, serán inejecutables si no cumplen con uno o más de los requisitos del procedimiento de participación social regulado en este instrumento. Los perjuicios que causen a terceros se hallan sujetos a la responsabilidad que establecen los artículos 20 y 91 de la Constitución Republica (art. 24 de. 1040), para los casos de de consulta de los pueblos indígenas y afroecuatorianos.

El decreto contiene además tres disposiciones finales relativas a:

a.- Su aplicabilidad limitada a los proyectos y actividades nuevas o estudios de impacto ambiental definitivos.

b.- A los estudios de impacto ambiental ex-post, el proponente difundirá los resultados del estudio a los sujetos de participación social del área de influencia de la actividad o proyecto y sus sugerencias podrán ser incluidas en el plan de acción siempre y cuando sean técnica y económicamente viables.

c.- A las derogatorias de los decretos ejecutivos 1897, Registro Oficial 380 del 19 de octubre del 2006 y Decreto Ejecutivo 3401, Registro Oficial 728 del 19 de diciembre del 2002; los artículos 9 del Decreto Ejecutivo 1215, (Registro Oficial 265 del 13 de febrero del 2001) y 21 del Decreto Ejecutivo No. 1761, (Registro Oficial 396 del 23 de agosto del 2001); y 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.

Regula la participación social tanto para proyectos de desarrollo como para proyectos ya concluidos, en el se establece como momento de participación social que se la debe hacer previo a la entrega del Estudio de Impacto Ambiental, es decir de su borrador. Establece también que será el Ministerio del Ambiente, en calidad de Autoridad Ambiental Nacional, quien coordine el proceso de participación social para lo cual tendrá una lista de facilitadores calificados que se encargará de llevar a cabo el mencionado proceso.

## **1.8 Consentimiento Previo Informado.**

Para los Pueblos Indígenas, el Derecho al **Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI)** constituye una necesidad, un requisito esencial y el ejercicio del derecho fundamental e inherente a la libre determinación, según se define en el derecho internacional. CLPI empezó como término médico que se refería al deber de garantizar los derechos de los pacientes a dar su consentimiento informando antes de que les dieran cualquier tratamiento médico o droga medicinal. Ahora está reconocido como un derecho político que se aplica, asimismo, a muchas otras situaciones, como es el caso del derecho de los pueblos indígenas, materia de este trabajo.

El consentimiento libre, previo e informado es un elemento básico y fundamental de la capacidad de los pueblos indígenas para celebrar y ejecutar tratados y convenios, para ejercitar la soberanía y proteger sus tierras y recursos naturales, y para crear y participar en procesos que reparen las violaciones cometidas contra sus derechos a la tierra y contra los derechos acreditados en los tratados. Este derecho es esencial para el establecimiento de condiciones y criterios que sean aceptables en las negociaciones con los estados y más asuntos que conciernen a las tierras y a la forma de vida de los pueblos.

### **1.8.1 ¿Qué significa Consentimiento Libre, Previo e Informado?**

**Consentimiento** es un acuerdo de voluntades encaminado a la de decisiones, en este caso de los pueblos indígenas, de conformidad con sus procesos tradicionales de deliberación. Estos acuerdos deben contar con la participación plena de los líderes autorizados, los representantes o las instituciones responsables de la toma de decisiones que hayan determinado los mismos pueblos.



**Libre** significa ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios (amenos que formen parte de un acuerdo sobre compensaciones económicas destinadas a mitigar los posibles impactos ambientales) y las tácticas de “dividir para conquistar”. Significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o de represalias implícitas si la decisión final es negativa.

**Previo** significa que debe ser anterior a cualquier proyecto que pueda ser una amenaza que pueda constituir una amenaza para medio ambiente y la forma de vida; y con el tiempo suficiente para la adecuada información y debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir presiones para precipitar las decisiones o limitar los tiempos necesarios para adoptarlas. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado.

El tiempo necesario para la consulta debe variar de acuerdo al caso específico y a la normativa vigente pero debe ser un espacio razonable para que no sólo de lugar al debate, información y asesoramiento en torno a la consulta sino también para que tenga lugar una preconsulta acerca de los mecanismos de la consulta en sí, una negociación y diálogo al respecto y para la difusión de estudios y escenarios sobre los posibles efectos.

**Informado** significa la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales.

## **1.8.2 Condiciones que debe reunir la consulta previa**

### **1.8.2.1 Debe garantizar los pueblos de los pueblos**

Antes, durante y después del proceso el Estado deberá garantizar los derechos humanos y el cumplimiento de las leyes y políticas tendientes a garantizar

el respeto a la cultura y organización de los pueblos y nacionalidades indígenas y otros grupos humanos. Entre otras cosas deben tender a fomentar el autogobierno.

### **1.8.2.2 La Consulta Previa es Obligatoria**

Debe recurrirse a la consulta previa cada vez que exista una afectación directa sea por proyectos de legislación y actividades extractivas u otras similares, cualquier medida con efectos de este tipo aunque en los proyectos no se haga mención directa de la influencia que tendría en la comunidad o grupo a ser consultado.

### **1.8.2.3 La Consulta Previa debe realizarse sobre asuntos que impliquen afectación directa**

La consulta previa sólo debe realizarse cuando por su naturaleza, circunscripción territorial, forma de aplicación o grupo poblacional al que va dirigido el proyecto, afecte directa y específicamente al grupo, comunidad o pueblo que debe ser consultado o de alguna manera amenace alguno de sus derechos, particularmente sus derechos fundamentales.

De no tener afectación directa los pueblos indígenas, la consulta a los pueblos indígenas no es obligatoria, pero sí deben ser parte del debate nacional, y su participación en el debate, negociaciones y aplicación, debe ser garantizada por el Estado.

La afectación directa no implica necesariamente que la medida administrativa o legislativa deba estar dirigida expresamente o únicamente a pueblos indígenas.

### **1.8.2.4 La Consulta Previa debe realizarse con la finalidad de alcanzar el consentimiento de los pueblos consultados**

La consulta previa no debe ser una simple formalidad, es decir, debe llevarse a cabo de buena fe y con la finalidad de respetar e incluir los resultados en la decisión acerca de lo consultado o de servir de cimiento en un proceso de negociación acerca de la forma, el fondo y los efectos de lo que se desea implementar.

La finalidad de la consulta debe ser alcanzar el consentimiento del pueblo consultado.

#### **1.8.2.5 La Consulta Previa debe llevarse adelante mediante mecanismos apropiados**

Los mecanismos de la consulta deben ser coordinados y sistemáticos, parte de un proceso gradual y que sean los lógicos en cada caso. El proceso de consulta debe ser oportuno, tanto en el tiempo como en la forma, es decir, debe darse en un contexto pacífico y de tal forma que los resultados conduzcan a medidas efectivas.

El proceso debe comprender una preconsulta e información previa, la consulta misma y la aplicación o la viabilidad de lo enunciado durante la consulta. Si bien deben estar dentro de un marco estándar que, generalmente responde a la legislación nacional, deben flexibilizarse en cada caso en atención a la especificidad de cada comunidad participante y de la naturaleza de la decisión a tomar, dentro del marco de las normas nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos y la integridad de los pueblos indígenas.

Estos mecanismos deben tender a garantizar el diálogo de buena fe y que pueda ser ratificado de forma democrática. Los mecanismos de la consulta previa deben permitir que la comunidad sea un ente participativo, es decir, si bien debe ser clara en cuanto a los aspectos a consultar, debe tener espacio para que los pueblos o comunidades afectadas propongan opciones de forma y fondo en lo consultado.

#### **1.8.2.6 La Consulta Previa debe realizarse a través de los representantes legítimos de la comunidad**

Tanto por parte del estado, de las comunidades, pueblos o nacionalidades consultadas las personas que llamen a la consulta, las que difundan información, pasen por el proceso de negociación y quienes sean consultados, deben ser representantes electos de forma legítima, directa y global por el sector al que representan, tendiendo a la democracia pero respetando las estructuras particulares de acuerdo a la visión cultural y política de los pueblos que deben ser consultados.

Se debe realizar un proceso de preconsulta en donde se determine quienes y de qué manera se elegirán a los representantes y las condiciones en que estos participaran en el proceso de consulta o en las negociaciones anteriores o posteriores

Estos representantes deben ser delegados de cierto poder para la negociación y la toma de decisiones.

#### **1.8.2.7 La Consulta Previa debe ser efectiva**

Los resultados de la consulta deben poder influir de forma efectiva en la toma de decisiones subsecuente, no sólo en el caso específico, sino que debe tender a dar indicios que permitan crear políticas públicas, legislativas y tener efectos jurídicos futuros.

Así mismo, las negociaciones y debates antes, durante y posteriores a los resultados de la consulta deben permitir al pueblo o comunidad consultada tener un carácter propositivo, es decir presentar inquietudes, opciones y recibir información respecto a la consulta. Para ello se deben dar los mecanismos adecuados en el proceso de consulta tanto en el tiempo como en el contexto en que debe realizarse.

El estado debe garantizar la efectividad de los resultados de la consulta, en un marco de buena fe de ambas partes, que significa la intención real de llegar a un consenso. La normativa de la consulta previa deberá especificar el carácter jurídico que se le dará a sus resultados.

#### **1.8.2.8 La Consulta Previa debe realizarse con información y asesorías adecuadas.**

La consulta debe de realizarse en un plazo razonable que permita recabar información autorizada y asesoría profesional tanto por los pueblos consultados, cuanto por parte del Estado.

La información recabada, especialmente en cuanto a informes técnicos de los efectos de la medida, debe ser de libre conocimiento por las partes y debe abrirse espacios para la discusión y difusión de la misma. Durante la preconsulta deben

tenerse en cuenta los mecanismos de recabar y reunir información dentro de estas negociaciones y el Estado está en la obligación de garantizar la transparencia y objetividad en este proceso.

#### **1.8.2.9 La Consulta Previa debe respetar la integridad y el autogobierno de los pueblos**

Los mecanismos y las medidas implementadas dentro de la consulta, y la representatividad con que esta se lleve a cabo, la consulta deben tender a fortalecer la integridad de los pueblos, su autonomía y su autogobierno.

Así mismo, se deben respetar las formas de organización y el derecho consuetudinario con que estos pueblos lleven a cabo su participación en la consulta y los procesos anteriores y posteriores.

## **CAPÍTULO II**

### **ENFOQUE DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL IMPACTO AMBIENTAL**

#### **2.1 Delimitaciones doctrinarias de la participación social**

Es necesario establecer que uno de los mecanismos de la sociedad para intervenir en asuntos de importancia, es la participación social como elemento que conforma el Estado, ya que se establece el tratamiento de relaciones entre el poder y la sociedad.

Cuando la sociedad logra tener espacios de poder se hace posible manejar situaciones que únicamente pueden consolidarse a través de la fuerza estatal. Este acceso al poder político realizado a través de la participación social adecuadamente sirva para realizar cambios que se aspiran.

El poder político no es jamás totalmente distinto de otros poderes, que existen estados nacionales en vías de formación y otros en trance de descomposición y que siempre está situado en un campo de fuerzas al que tiende a ordenar en un determinado sentido, aso el poder político el que habitualmente toma las decisiones históricas más importantes. Aquí reside la esencia de la especificidad del poder político: la capacidad de tomar decisiones de alcance histórico, vale decir, las decisiones que cambian de manera durable el destino del grupo humano que ese poder estatal dirige y organiza<sup>7</sup>.

Es elemental entonces buscar espacios de poder político que permitan que los organismos estatales conozcan con profundidad las verdaderas necesidades de la sociedad.

Es necesario determinar que la sociedad entera está involucrada en temas de participación social, pero no todas las formas conocidas son realmente útiles al momento de generar alternativas de solución a los problemas que enfrenta un grupo especial de la sociedad, o la sociedad entera. Para establecer claras formas idóneas es necesario que se conozca con profundidad que tipo de participación social necesitamos cuando se trata de aplicarla específicamente sobre temas ambientales.

Participar no es sólo colaborar, ni opinar sobre una determinada actuación. Participar supone un plus de voluntad de intervención, un sentimiento de pertenencia a un colectivo, a una ciudad en este caso. Es por ello que pese al impacto de los canales diseñados por los poderes públicos, no puede olvidarse la importancia de la vida asociativa en las ciudades y sus posibilidades, que pueden ir más allá de una participación limitada a la emisión de opiniones respecto a las actuaciones administrativas.<sup>8</sup>

La participación social permite establecer una identificación entre necesidades y soluciones a los problemas que se enfrentan, el aprovechamiento mejor de los recursos de la comunidad; responsabiliza y compromete a los ciudadanos, desterrando el paternalismo e interesándolos en el mantenimiento de las obras construidas con su propio esfuerzo, favoreciendo el desarrollo individual y comunitario.

LUIS VERDESOTO CUSTODE plantea que la participación social es una cuestión que se encamina hacia los puntos:

- a) Intervención en la preparación de decisiones.
- b) Influencia y como especie de consulta.

---

<sup>7</sup> G. LAVAU, *Las Ciencias Sociales en causas específicas del poder político*, Cedis, París, 1966, p. 187.

<sup>8</sup> M. GONZALES, *Participación Social*, publicado por democracia, Quito, 2006, p. 28.

- c) Reconocida como delegación.
- d) La participación como control.
- e) Intervención en las decisiones.
- f) Participación política.
- g) Actitudes específicas del poder político.

Este autor pone énfasis en la consulta como un medio de participación social, que

resulta una variante institucionalizada de la participación como influencia, se considera la presencia de los subordinados en organismos de asesoría y consulta reconocidos por la autoridad, los que son empleados para lograr información, intercambio de opiniones y previsión de actitudes respecto de posibles decisiones. A través de estos procedimientos el poder precisa las consecuencias de las opciones alternativas, identifica o genera consensos y facilita la ejecución de las decisiones<sup>9</sup>.

La participación social como forma de recolectar criterios permite influir también en la vida política de un Estado, pues mediante su aplicación se permite hacer de la sociedad un elemento de crítica y de vigilancia de los intereses y necesidades de la población.

Este distanciamiento entre el poder central y los ciudadanos ha permitido que los órganos de control sean concebidos únicamente desde el Estado como parte de su estructura y dirigidos a hacer control de los bienes públicos en sentido restringido, es decir, solamente de aquellos que le pertenecen o donde tiene participación económica<sup>10</sup>.

La Participación, es un mecanismo amplio que permite que las personas puedan presentar sus proyectos e inquietudes a los diversos organismos del sector público, sin embargo es necesario que estos mecanismos sean guiados.

La vigilancia que la sociedad realice sobre los diversos organismos del Estado se denomina control social, que para muchos es un tema de reciente data en nuestro país a pesar de que en otros países es una situación más común de lo que se piensa, en la actualidad el control social se plantea como una institución que nace de estamentos gubernamentales, que tiene características jurídicas y administrativas que la hacen una de las funciones más importantes en la actualidad, recordemos que el control involucra la revisión

---

9 L. VERDESOTO CUSTODE, *El control social desde la gestión pública*, Abya-yala, Quito, 2000. pp. 11,12 y 13

10 A. PERALTA, *La Sociedad en Movimiento: Veedurías Ciudadanas, Sistematización de la Experiencia*, Comisión de Control Cívico de la Corrupción, s/e, Quito, 2003 p. 22



constante y rendición de cuentas. Nuestra visión del control social a los poderes públicos y específicamente a las autoridades electas implica: un principio de la democracia participativa y del buen gobierno, un derecho político reconocido en la Constitución vigente y un proceso de aprendizaje que involucre a todos los elementos sociales, además mencionan los organismos del poder autónomo que se requiere una categoría de la sociología política o una institución del nuevo andamiaje del Estado. Es una práctica democrática en construcción permanente dentro de la cultura política de las sociedades modernas, de modo particular en una sociedad como la nuestra, acondicionada históricamente a delegar a los mandantes la potestad de ejercer por sí y ante la gestión de gobierno<sup>11</sup>.

La participación además, es un derecho de la ciudadanía que debidamente organizada puede y debe conocer sobre las acciones que sobre su desarrollo se llevan adelante. Se trata sin duda, de una forma extraordinaria por la cual se puede evaluar todas las acciones que las autoridades están llevando adelante, además de lograr concertar puntos que quizás pasan inadvertidos para los entes de gobierno y que para la población son de extrema importancia, tal y como ocurre, por ejemplo, en el tema ambiental en el cual la visión y estudios llevados adelante por el gobierno nunca podrá igualar a la comprensión que del ambiente tienen los pobladores de una región. Como se puede evidenciar se trata de formas de comunicación que permiten concertar y dialogar.

La participación de la sociedad en temas de importancia tiene profunda relación con el sistema democrático. Este poder único de la ciudadanía permite que las inquietudes lleguen a quienes puedan hacer verdaderos cambios por ello se habla de un interés general.

Hoy la definición de interés general de una colectividad realizada exclusivamente por el poder político resulta insuficiente, por más que éste provenga de la expresión de la voluntad de la mayoría. Se corre el riesgo de que las decisiones públicas carezcan de aceptación. En sentido contrario, cuando una colectividad participa activamente en los proyectos colectivos, no sólo está colaborando a la existencia del delicado sistema de contrapesos del sistema democrático, sino que contribuye a la gobernabilidad del sistema político. Y ello porque la gestión de lo público implica un permanente ejercicio de realización de intereses generales que, en ocasiones, pueden

---

11 *GOBIERNOS AUTÓNOMOS DEL ECUADOR, Participación ciudadana*, los talleres de rendición de cuentas de las autoridades locales, Talleres Gráficos del Ministerio de Ambiente. p. 10

colisionar entre sí. De esta manera, la participación ciudadana pasa a ser un requisito para la eficacia de la democracia, pues cada vez es más evidente que los poderes públicos han de contar con la participación de todos los colectivos, que representan intereses diversos, en el proceso de delimitar lo que es el interés general y en las vías para llevarlo a efecto.<sup>12</sup>

La democracia es un sistema que históricamente se fue configurando históricamente a través de los aportes de los ciudadanos, que se involucraban en la tarea de conducir los destinos de la sociedad. La forma en la cual se iban involucrando se denominó participación social, como se afirma en los estudios realizados por ALEJANDRO ROJAS Y RICARDO COLINA<sup>13</sup>. La Participación se reflejaba a través de mecanismos que facilitaban su desarrollo, como: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, la revocatoria del mandato y otras formas de participación social. Estas formas se inclinan a cumplir con el objetivo constitucional de que todas las personas se involucren en temas de interés social y político que afectan la vida y el progreso de los habitantes de un país.

Existen ciertos mecanismos de interacción social que permiten establecer un diálogo permanente entre autoridades y sociedad civil, en donde se manifiestan las inquietudes y necesidades de la comunidad; y permiten obtener mayores resultados para la participación social. Estos mecanismos son:

- a) Respetar las formas y canales de comunicación propios de la comunidad
- b) Mantener un ambiente de confianza, respetando tradiciones, valores y costumbres.
- c) Establecer contacto con los líderes formales e informarles.
- d) Elaborar los mensajes con un lenguaje sencillo y comprensible.
- e) Realizar campañas, consultas públicas y asambleas informativas.
- f) Crear un área administrativa exclusiva de promoción social.
- g) Establecer módulos de información a la ciudadanía.
- h) Mantener informada a la comunidad de las acciones realizadas conjuntamente con las autoridades.
- i) Aclarar siempre que sea posible, las dudas que se presenten.

---

12 M. GONZALES, *Participación Social*, publicada por democracia.CM, Quito, 2006

13 R. ROJAS, A. Y COLINA, *la participación ciudadana*, M.G. B OSH, Chile, 2007, pp. 25 y 27.

j) Instalar periódicos murales en lugares estratégicos.

El desarrollo democrático al que aspiramos comprende la participación social organizada de los ciudadanos como un aspecto fundamental en la toma de decisiones. La sociedad y sus organizaciones deben tomar parte en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, así como en las tareas de contraloría social sobre el desempeño de los servidores públicos. De igual manera, propone establecer una política de firme aliento a la participación de los ciudadanos y de las organizaciones civiles en diversas áreas de la administración pública.

La participación social exige que los involucrados, los sujetos activos de la petición sepan a carta cabal que es y para qué sirve el mecanismo puesto que su norte debe estar fijado previamente ya que la participación también significa concertación, así la participación implica el reconocimiento de intereses y la capacidad de actuación para resolver los problemas, para que de estos problemas puedan también orientarse las posibles soluciones.

En tal sentido, se trata de “una forma de intervención social que le permite a los individuos reconocerse como actores que, al compartir una situación determinada tienen la oportunidad de identificarse a partir de intereses, expectativas y demandas comunes y que están en capacidad de traducirlas en formas de actuación colectiva con una cierta autonomía frente a otros actores sociales y políticos”<sup>14</sup>

La incorporación de la participación ciudadana en los procesos de decisión de desarrollo está basada en el reconocimiento de este principio y en la necesidad de instrumentar la intervención ciudadana en los asuntos de interés público, como un ejercicio de democracia más allá del voto<sup>15</sup>.

En los últimos 15 años, el tema de la participación pública en la gestión o manejo de los recursos naturales ha tenido un rol central en la definición de modelos o formas de gobernanza ambiental. La participación pública se ha visto como eje principal en la toma de decisiones que afectan la calidad ambiental y la construcción de sociedades sustentables. Es así como en la Cumbre de la Tierra en 1992, el foro Global de organizaciones No Gubernamentales (ONG) reunió a cerca de 2.500 organizaciones con el propósito de

---

14 S. ORTIZ CRESPO, *Participación ciudadana: Análisis y propuestas para la reforma del Estado*, Abya-Yala, Quito, 1998, p. 38.

15 V. POTES:, *La Participación Ciudadana en el desarrollo energético sustentable en América Latina y el Caribe*, FLACSO, Quito, 2003, p. 9.

tener una voz directa en los procesos de negociación internacional en materia ambiental. La agenda 21 que se constituyó como declaración formal e instrumento para la acción de la cumbre, incluye el fortalecimiento de los principales actores del desarrollo sustentable entre los que se cuentan los pueblos indígenas, los sindicatos, las mujeres, los jóvenes, los científicos, entre otros. Asimismo, la Cumbre del 92 establece los llamados 11 principios de Río, en los que se incluye el principio 10 referente al derecho de acceso a la información sobre temas ambientales, a la participación y a la justicia ambiental, como requisitos básicos de la sustentabilidad ambiental<sup>16</sup>.

Es importante además establecer que la gran parte de autores dejan abierta la posibilidad para conocer otras formas de participación social, que se presentan de acuerdo a la forma en la cual las personas se van organizando.

Autores como Gloria Camacho sostiene que los objetivos de la participación social son muchos, sin embargo en el campo ambiental las más importantes son:

- Movilizar a la ciudadanía para promover la declaración de un espacio como área natural protegida con categoría de reserva....además de crear política de beneficio de la misma comunidad y del ambiente<sup>17</sup>.

La participación como mecanismo permite además saber que los derechos de los ciudadanos están siendo respetados y que efectivamente se están elaborando normas de acuerdo a las necesidades más urgentes de la población.

## 2.2 Evaluación del Impacto Ambiental

La Evaluación de Impacto Ambiental constituye un instrumento central de la gestión ambiental. Es de naturaleza preventiva, antes que correctiva, y está destinado a generar en la autoridad a su cargo elementos suficientes para un proceso informado de toma de decisiones en el titular del proyecto; brindar conocimiento sobre los potenciales y previsibles impactos que la ejecución de este puede generar y ayudar a la planificación de las medidas a adoptar a fin de prevenir, disminuir, mitigar o en la medida de lo posible, eliminar esos impactos. Para el ciudadano, la Evaluación del Impacto Ambiental es fundamentalmente una herramienta de información oportuna, adecuada y suficiente para el conocimiento de las características ambientales y sociales del proyecto; momento en el cual puede y debe

---

16 M.ESPINOSA, *Reflexiones sobre participación social y gestión ambiental en Ecuador* en Participación y Consulta en la Gestión Ambiental, FLACSO, Quito, 2005, p. 69

17 G. CAMACHO, *Buenas prácticas en participación*, CEPLAES, Quito, 2008. p. 111

ser consultado sobre sus preocupaciones, inquietudes, aprehensiones respecto al proyecto propuesto.

Es en ese sentido que la Evaluación de Impacto Ambiental debe responder a ciertos elementos claves:

1. Constituye un proceso compuesto por diversas fases.
2. Es un instrumento de gestión ambiental preventivo.
3. El proceso es previo al inicio o desarrollo de la actividad sujeto a sus reglas y procedimientos.
4. Constituye un instrumento fundamental en el proceso de toma de decisiones.
5. Forma parte del proceso típico de planificación de un proyecto.
6. Es un proceso eminentemente participativo.

Es el componente de la Participación Ciudadana de la EIA la que la vincula a otras diversas facetas y derechos ciudadanos, como son el derecho a un ambiente saludable, la gobernabilidad como requisito para la toma de decisiones, la responsabilidad compartida, la transparencia y el respeto por los aportes del público. Principios y derechos, concernientes tanto a la EIA como a la Participación Ciudadana, permitirán garantizar el cumplimiento de los objetivos que llevaron a su desarrollo político y en muchos casos legislativo. Sin embargo, ambos presentan en la actualidad, problemas de aplicación a lo largo del hemisferio, cuyo análisis forma parte de esta publicación.

Por su lado, la ciudadanía ha perdido confianza en la Evaluación de Impacto Ambiental como instrumento determinante para una decisión creíble, o como decisivo en la determinación de los verdaderos impactos de la actividad a lo que podemos agregar que en muchas cosas su desarrollo ha estado al margen de conceptos de sostenibilidad al no incorporar el análisis social, ni criterios de gobernabilidad.

Respecto a la participación, la incorporación de herramientas que la garanticen de manera efectiva y eficaz ha sido resultado, en muchos casos, no de la voluntad de los gobiernos, quienes en muchos casos no llegan a reconocer las ventajas que representa dotar al ciudadano de información adecuada, suficiente y oportuna y de espacios en que pueda expresarse sin obstáculos; sino de iniciativas de los propios ciudadanos que entienden que la participación ciudadana no se limita al

ejercicio ciudadano de aquello que la ley permite, sino al ejercicio de toda acción lícita que pueda tener por objeto tomar conocimiento adecuado de la iniciativa que pretende desarrollarse.

Cuando incorporamos la participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental debemos tener en cuenta todas estas variables, y las razones para ello son múltiples; en consideración a la naturaleza de los proyectos resulta fundamental incorporar la variable social; sea por factores éticos; para mejorar el diseño del proyecto o actividad que se pretenda desarrollar; para disminuir los procesos de corrección y reparación; para eliminar los riesgos ambientales; para garantizar una mayor equidad social o para evitar costos innecesarios en tiempo y dinero.

Sin embargo, la realidad viene confirmando la ausencia de estos elementos, desnaturalizando el objeto de la Evaluación. En Montana, las organizaciones que suscribieron un "Acuerdo de Buena Vecindad" con la empresa minera Stillwater, que constituye un ejemplo de participación del ciudadano en el proceso de toma de decisiones, lo hicieron luego que las autoridades habían aprobado un Estudio de Impacto Ambiental, siguiendo todos los procedimientos establecidos por las leyes federales y del Estado de Montana. Este Estudio generó no sólo el rechazo de la población, sino también la preparación de acciones judiciales para impugnarlo.

Ambiental. La razón no es obviamente, que la población no desee conocer los impactos ambientales que una actividad minera en esa localidad pueda causar. Temen, más bien, que la finalización del Estudio de Impacto Ambiental determine la autorización definitiva de un proyecto al que se oponen, por la amenaza de una actividad que se desarrollaría al interior de la propia localidad y es que el Estudio de Impacto Ambiental ha pasado a ser un informe para obtener permisos y no un documento que constituya parte integral de la planificación del proyecto.

Esta situación de debilidad en la participación ciudadana, es reconocida por los propios operadores mineros. Como parte de la encuesta 2001 de sostenibilidad de minería y minerales elaborada por Pricewaterhouse Coopers, se destacaba una cita (sin identificar la fuente) en donde se indicaba que "la industria no tiene las habilidades de comunicación adecuadas no sabe cómo formular un mensaje

positivo. La Percepción es un asunto importante porque el público ve a la minería como es: minería la minería es mala y no importa de qué minería estemos hablando”

El problema, sin embargo, no se puede resolver analizando los instrumentos de participación ciudadana y la evaluación de impacto ambiental desde un enfoque exclusivamente legal ambientalista.

Los problemas, conflictos, expectativas, escapan a este nivel de análisis. Esta ha sido justamente la premisa del proyecto y de este reporte. Salir del nivel formal, del simple análisis legal, para identificar otros factores que pueden incidir al funcionamiento de estos.

Por ello, como resultado de los estudios de caso, del análisis de la legislación y de los mecanismos formales e informales de participación ciudadana, se obtuvieron una serie de conclusiones cuyo detalle aparece en la publicación:

- a) La evaluación del impacto ambiental como instrumento preventivo de impactos.
- b) La influencia que en su eficacia tiene la participación ciudadana.
- c) El proceso de toma de decisiones.
- d) La autoridad a cargo del proceso.
- e) La organización política.
- f) Las condiciones de pobreza de la población.

En este escenario, el proyecto se hizo una pregunta clave: cuánto podía contribuir la participación ciudadana dentro del proceso de Evaluación del Impacto Ambiental a corregir o limitar los impactos descritos.

Las respuestas a esta interrogante son variadas y forman parte de la publicación y de lo que de manera integral vienen trabajando parte de las organizaciones ejecutoras del proyecto. Los resultados constituyen iniciativas de políticas concretas, algunas de las cuales se han venido incorporando como mecanismos formales derivados de modificaciones legislativas y otros son aportes para el desarrollo de mecanismos no formales que permitan balancear la participación de la ciudadanía frente al nivel de participación del Estado y las propias empresas.

Estas propuestas políticas concretas están referidas a:

1. Mecanismos formales:

- a. Legitimación para acceder al proceso administrativo.

- b. Acceso a la información y a la justicia.
- c. Consulta pública y elementos básicos de oportunidad y extensión.
- d. Audiencias públicas, cómo garantizar la incorporación de los aportes
- e. Publicidad del proceso. Aviso oportuno.
- f. Mecanismos internacionales, el uso de foros internacionales.
- g. Programas de participación. Guías metodológicas. Participación ciudadana temprana.
- h. Consulta normativa.
- i. Iniciativa legislativa.
- j. Comités Asesores y Grupos Técnicos.
- k. Acceso a la tierra.
- l. Referéndum.
- 2. Mecanismos no formales:
  - a. Activismo público.
  - b. Acuerdo de buena vecindad.
  - c. Mesas de concertación, mesas de diálogo.
  - d. Talleres, grupos o subgrupos de trabajo.
  - e. Campañas de difusión y generación de conciencia.
  - f. Encuestas.
  - g. Informes técnicos.

En ese sentido, esta publicación, resultado de un análisis concreto del grado de participación ciudadana como parte de la evaluación del impacto ambiental, pretende constituir un aporte que no se limite a mejorar este importante instrumento de gestión, sino que, reconociendo el contexto dentro del cual estos instrumentos operan, permita generar un mayor grado de confianza de los ciudadanos en ambos, único medio a través del cual se podrá cumplir con el objetivo de prevención que persiguen.

### **2.3 Ley de Gestión Ambiental ley No. 37. Registro Oficial 245 de 30 de Julio de 1999**

Debemos saber que esta ley fue promulgada para poder establecer los principios y directrices de política ambiental, ya que determina las obligaciones, responsabilidades, niveles de participación de los sectores público y privado en la



gestión ambiental y señala los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia.

Esta ley es promulgada con la Constitución anterior respecto al Art 88 de la misma, pero contiene el mismo derecho que constituye nuestra actual Constitución como es el Art 57 # 7 y 17, por lo tanto podemos ver la inconstitucionalidad del mismo

La Ley de Gestión Ambiental determina sobre los mecanismos de participación social lo siguiente: art. 28 de dicha ley menciona que.- 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 perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

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

En el art. 29 de La Ley de Gestión Ambiental.- 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 esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes. Esta información proporciona a la persona los instrumentos adecuados para que el derecho y en particular su formulación como política ambiental, sea resultado y síntesis de las demandas sociales dinámicamente articuladas, así como de las posibilidades reales del medio natural de atender a las necesidades de la sociedad. Para ello nada mejor que las estrategias de participación abierta, búsqueda de diálogo y cabildeo transparente de intereses legítimos y, mejor aún, si ello ocurre como parte de una experiencia de concertación multisectorial que involucra a todos los actores que operan en la realidad.

## **CAPITULO III**

### **EL DERECHO COMPARADO FRENTE A LA CONSULTA PREVIA**

#### **3.1 La Consulta Previa en Latinoamérica**

El instrumento jurídico de la consulta previa tiene singulares características, no es una invención de nuestros juristas, es una herramienta necesaria, básica para lograr que todos los ciudadanos se comprometan con los temas relacionados con el desarrollo de la nación.

La consulta previa, es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre medidas (judiciales o administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica para así garantizar el derecho a la participación.

La visión internacional enfoca la participación así:

- a) En Argentina se determina, que todos los instrumentos de participación (entre ellos la Consulta Previa), tienen el objetivo de “propiciar la

participación de la comunidad por intermedio de las instituciones privadas del campo del bienestar y la acción social en la formulación de propuestas”<sup>18</sup>. propuestas que deben ser coincidentes con las necesidades primarias de la población.

- b) En El Salvador, la participación ciudadana es altamente fomentada en sectores que, por sus características geográficas y de marginalidad no acceden ni siquiera a los adelantos de la tecnología, para así comprender la importancia de los mecanismos de participación ciudadana incluida también el de consulta previa, se debe indicar que en este país los problemas suscitados a raíz de la guerra es que varios sectores de la comunidad se organicen en lo que la

Iglesia Católica conoce como Comunidades Eclesiales de Base (CEB) que son espacios que, consolidaban y expandían a la iglesia local; los partidos políticos de oposición organizaron cooperativas e instancias de masas rurales como las FECCAS y la UTC, y amplias organizaciones de masas con predominio urbano, como el BPR; FAPU; las Ligas 28 de Febrero y otras<sup>19</sup>.

- c) Colombia, es un país que enfoca el tema de la consulta previa como un elemento de cambio en la comunidad, de fomento de actividades de todo tipo, pero sin duda, que el tema del Desarrollo y el Ambiente es su principal preocupación; el marco legal que enfoca este tema principalmente es la Constitución Política de Colombia mencionados en los Artículos 2, 7, 330 y 332, el Convenio 169 OIT, entre otros. Uno de los fundamentos en los cuales se basa la consulta previa es, la buena fe con la cual procedan los solicitantes, pues de esta manera es evidente que este factor mejora de sobre manera el que esta valiosa herramienta no sea mal utilizada por las personas que pretenden hacer de los mecanismos de participación social instrumentos de publicidad o propagandismo.

---

18 A. PISCITELLI, *Formación para la participación ciudadana*, Luwen Humani, Buenos Aires, 2000 p. 247

19 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Programas sociales pobreza y participación*, Lummix, Washintong. 2000. p. 6

- d) Perú, también determina que la Consulta Previa es un elemento importante para lograr la participación de sus habitantes, el tema de la protección ambiental sin duda es el elemento básico. En este país existe la Ley de Consulta Previa, la cual determina que las empresas que deseen realizar actividades de explotación deberán informar periódicamente a los habitantes de la zona, en la cual realizarán su actividad.
- e) Bolivia, un país que cuenta con un gran número de población indígena, la Ley de Consulta Previa aún está en estudios. Pero su Constitución determina que los pueblos y nacionalidades tiene derecho a “Ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetara y garantizara el derechos a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos no renovables en el territorio que habitan”

Existen legislaciones como la norteamericana que determina que la consulta previa no es “sino una fase anterior a la realización del estudio de impacto donde la administración ambiental recoge opiniones en base a la memoria técnica para conocer los elementos y problemas a los que el estudio de impacto se tendrá que dirigir y profundizar”<sup>20</sup>.

Para una y otra legislación lo más importante, es verificar si las comunidades afectadas por proyectos de explotación minera están siendo tomadas en cuenta, y si su opinión tiene peso el momento de realizar una explotación de esta naturaleza. Es importante además mencionar que a pesar de los esfuerzos de varios Estados, es casi imposible pensar que la opinión de los pueblos y comunidades pueda pesar más que los intereses económico de las naciones y en forma particular de los gobiernos de turno. Para todos los países la consulta previa es un mecanismo de valiosa importancia, tal es así que, se organizan desde pequeñas bases hasta llegar a formar criterios uniformes que nacen luego del análisis mesurado.

---

20 M. PARDO BUENDÍA, *La evaluación del impacto social y social para el siglo XXI*, Fundamento, España, 2008, p 15

Es imposible pensar que éste mecanismo que se constituye como la conciliación, que proviene del análisis de los impactos sociales, culturales, económicos y ambientales pueda parar el proyecto exploratorio que desee realizar el Estado, o poner medidas para mitigar dichos impactos; pues al momento de mencionar que el Estado, al establecer que las autoridades tendrán la última decisión, de alguna forma desconocen los derechos de los ciudadanos a ser tomados realmente en cuenta.

La consulta previa además de ser un instrumento de participación, es un instrumento de ejercicio real de la autonomía de los pueblos indígenas y de las comunidades negras. Un ejercicio de autogobierno que se puede dar es la articulación con los proyectos de desarrollo nacional, con sus planes propios de vida y sus modelos económicos que no están basados en la economía de mercado. Tiene esa doble connotación y por eso la interculturalidad debe ser también un criterio fundamental de fondo en los procedimientos de la consulta.

La “consulta previa tiene como objetivos lograr información e indicios de los problemas sociales que de otra forma no se obtendrían; la forma cómo se perciben estos problemas en la comunidad”<sup>21</sup>.

La consulta previa se constituye en un derecho establecido por las naciones del mundo, para los pueblos y nacionalidades indígenas que han sido los directamente afectados por la industrialización, proceso que en nuestro país ha estado presente y ha sido el principal motivo para terminar con las costumbres y tradiciones de cientos de nacionalidades, especialmente de la zona de amazónica que desde la fecha de la explotación petrolera recibió destrucción y nada de políticas de conservación del ambiente; hacia este punto es donde la orientación del tema apunta; hacia la conservación de territorios que irracionalmente han sido explotados, sin tomar en cuenta los derechos que se han ganado por el simple hecho de ser ciudadanos, para que de esta manera puedan ser escuchados por los organismos estatales.

La consulta como parte de los mecanismos de participación tiene el objetivo de dotar de capacidad de influencia a la población, permitiendo lograr decisiones

---

21 M. PARDO BUENDÍA, *La evaluación del impacto ambiental para el siglo XXI*, Productivo Brasil, Brasil, 2010, p. 234

más equitativas del poder, incrementar la capacidad de los beneficiarios y mejorar la eficacia<sup>22</sup>.

### **3.2 Normas Internacionales sobre la Consulta Previa**

Bajo este título comprendo el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas del año 2007, La resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que año, para el Informe del 2003 para el Relator Especial sobre pueblos indígenas y la Declaración de Río de 1992

El núcleo duro de la normativa internacional sobre el medio ambiente correspondiente a la protección de los intereses fundamentales de la humanidad aceptados y reconocidos por la Comunidad internacional en su conjunto se configura así como un auténtico *ius cogens*. Las obligaciones jurídicas dimanadas de tal normativa presentan a su vez una dimensión *erga omnes*, y generan “derechos de protección correspondientes.....que tienen asimismo un alcance jurídico universal<sup>23</sup>.

#### **3.2.1 Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. Río de Janeiro de junio de 1992.**

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. La consulta previa, desde el sentido más amplio de protección a los pueblos y nacionalidades indígenas, se constituye como un derecho que debe ser estructurado en debida forma, no como un simple trámite administrativo, sino más bien como una herramienta práctica que hace de los pueblos partícipes de su desarrollo y de la conservación del ambiente. La Declaración de Río sobre Medio Ambiente de 1992 que hace mención a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general.

---

22 L. VERDESOTO CUSTODE, *El control social desde la gestión pública*, Abya-yala, Quito, 2000. Pp18

23 J. RUIZ, *Las obligaciones Erga Omnes en Derecho Internacional Público*, Estudios de Derecho Internacional, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 219-233

“El Desarrollo Sustentable es el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”<sup>24</sup>.

En la Doctrina internacional, la preocupación del Derecho Ambiental se centra en darle mayor realce a la fundamentación del tema para llegar a convertirse en principio constitucional, como consecuencia de aquello se menciona que:

La justificación de llevar las preocupaciones ecológicas al articulado de la norma jurídica del Estado, encuentra diversos sustentos, como por ejemplo; el primero es la necesidad, no sólo del país, sino de todo el globo terráqueo de frenar el proceso de destrucción de la naturaleza y de los ambientes. El segundo se centra en las variadas especies que en materia de fauna y flora presenta la ecología patria, así como su abigarrada variedad climática, sus bosques y selvas y sus potenciales en materia de aguas y de mares<sup>25</sup>.

La norma internacional que se encuentra mencionada, centra sus esfuerzos en la protección de los pueblos y nacionalidades indígenas, por los problemas ambientales suscitados a nivel mundial, las grandes potencias y la inconsciencia del hombre han ocasionado que los daños ambientales sean en muchos casos irreparables, en consecuencia se trata de proteger a una parte de la población que lamentablemente ha sufrido embates terribles a partir de la exploración y explotación minera, no solo en la actualidad, sino desde hace mucho tiempo atrás llegando en casos extremos como en varias culturas a perder su identidad, disgregándose por el mundo perdiendo su total integridad cultural.

### **3.2.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo 20 de febrero del 2000.**

Abarcar el estudio del Derecho Internacional en la perspectiva y enfoque de la Consulta Previa, es señalar el Convenio 169 de la O.I.T., el cual señala al respeto lo siguiente:

- a) En el art. 6 del Convenio de la O.I.T., tenemos la Responsabilidad de los Gobiernos donde manifiesta que se debe establecer medios que permitan a

---

24 S. EL SERAFY, *Sostenibilidad, Medida del Ingreso y Crecimiento*, en Desarrollo Económico Sostenible Uniandes, Bogotá, p. 107

25 D. YONUNES MORENO, *Derecho Constitucional Colombiano*, Ed. 1, Biblioteca jurídica, Diké, Colombia, 1993, p. 155

los pueblos interesados participar en la toma de decisiones; y consultar a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas.

- b) El art. 7 del mismo, menciona que los gobiernos deben 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. Deben considerarse los resultados de los estudios como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas y por último, los gobiernos deben tomar medidas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios habitados por los pueblos interesados
- c) El art. 15 # 2 del mismo Convenio alude que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultados de esas actividades.

Este Convenio 169 de la OIT, sobre la responsabilidad de los gobiernos expresa que estos 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;
- 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...

Literal 2: Las consultas llevadas a cabo en la 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” (art. 6). Además, el artículo 13 dice que "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 u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación".

El carácter de buena fe, genera un ambiente de confianza y respeto que hace posible un intercambio fluido y transparente de ideas. Tal es así, que durante el proceso de consulta las partes deben cumplir con todo aquello a lo que se han comprometido. En ese sentido la buena fe requiere de la existencia de un cierto nivel de acuerdo.

Estas determinaciones hacen que la población de zonas que van a ser explotadas o en su caso que ya están siendo explotadas, deban estar constantemente pendientes del trabajo que se realiza, no únicamente de los posibles efectos que se producirán sobre el ambiente, sino sobre la proyección de la actividad a largo plazo, esto requiere tal y como lo señala la OIT revisarse la proyección de acciones.

El Convenio 169 es una de las fuentes internacionales que ha contemplado un mayor número de situaciones en las que debe consultarse a los pueblos indígenas y, en ese sentido, ha sido uno de los instrumentos más protectores de este derecho de las comunidades. Paulatinamente, las situaciones contempladas en este Convenio han sido adoptadas por otros instrumentos jurídicos y pronunciamientos de las instancias internacionales. En algunos casos, éstos han contemplado nuevas situaciones en las que existe el deber de consultar a las comunidades o han delimitado con un mayor grado de especificidad las situaciones en que deben llevarse a cabo las consultas.

Dentro del texto del Convenio se señala precisamente que se deberá **consultar** a los pueblos y nacionalidades indígenas sobre asuntos relacionados con temas de diversa naturaleza especialmente sobre aquellos que vayan en contra de su hábitat y de sus costumbres.

Es importante además dejar sentado el hecho de que, el impulso internacional se da también por las disposiciones de las Naciones Unidas, que como otras normas de esta naturaleza se enfocan en la protección ambiental, en reforzar el Derecho Ambiental que es relativamente nuevo; es por ello que se habla del derecho ambiental como "un conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas

humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tiene lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente”<sup>26</sup>, a pesar de ser un derecho nuevo, el alcance actual debido a los problemas ambientales que se suscitan provoca que a la luz sigan saliendo mayor cantidad de normas de esta naturaleza que protejan el medio ambiente. Los problemas ambientales que se producen por el descuido del hombre no logran ser superados, y por el contrario, estos han ahondado la miseria y la pobreza de muchos habitantes del mundo, debiendo llegar a presentar enfermedades y todo tipo de problemas genéticos que sin duda son una amenaza de extremo cuidado.

El deber del Estado como tal, debería hacer que se respete y de cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, a la Constitución y a las demás normas sobre la Consulta Previa; e implementar su aplicación real y efectiva.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos tradicionales, es una de las bases para la construcción de un país, donde se fortalezcan los mecanismos de solución pacífica y se garanticen a través del ejercicio del derecho, la participación de la comunidad para adopción de decisiones, y de esta manera se respete la autonomía de los mismos.

Este Convenio redactado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, procura que sus normas se aplique a los pueblos y nacionalidades indígenas, obliga de alguna forma, que los Estados al estudiar en forma detallada cuales son los problemas que pueden aquejar a estos pueblos y nacionalidades, se enfoque principalmente a crear una conciencia de responsabilidad hacia quienes por cientos de siglos se han visto relegados del desarrollo económico y social.

En varios artículos ya mencionados señala que, entre las obligaciones de los Estados se encuentra la protección de: cultura, bienes y medio ambiente de los pueblos, así como la búsqueda de mecanismos adecuados que favorezcan su desarrollo en sus territorios ancestrales, debiendo permitir en cada momento su participación en temas de interés para la comunidad y en los cuales consideren que

---

<sup>26</sup> R.GUTIÉRREZ NÁJERA, *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*, ed. 2, Porrúa, México, 1999. p. 112

se los está afectando para que de esta manera se sepa que es lo que la comunidad necesita y por qué se afectada.

Nuestro país ratificó este Tratado, el cual posee normas de carácter internacional, que reconoce derechos humanos, que siendo mayores en sus alcances a las normas de carácter Constitucional deben prevalecer, inclusive sobre los actos de autoridades que consideren que su criterio esta sobre lo acordado a nivel internacional, estas normas además tienen como meta principal: permitir que los pueblos y nacionalidades indígenas puedan participar activamente de los procesos económicos, en los cuales las afectaciones sobre sus bienes y territorios ancestrales son una constante. Este es el más puro sentido de la participación social, que se expresa en la consulta previa como forma de reclamo, de solicitud de revisión de los procedimientos que se están llevando adelante.

### **3.2.3 Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las naciones unidas año 2004.**

Realiza observaciones conclusivas al último Reporte presentado por el Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Destaca en dichas observaciones, la expresa referencia a la falta de una completa implementación en la práctica, del derecho de las comunidades indígenas a la tierra y a ser consultadas antes de que recursos naturales sean explotados en sus territorios. Señala, además que el Estado Ecuatoriano ha entregado concesiones extractivas de recursos naturales en territorios comunitarios indígenas, 'sin el pleno consentimiento de las comunidades afectadas'. (Párrafo 12). En el Párrafo 35 de las Observaciones, el Comité 'enérgicamente urge' al Estado a asegurar que los indígenas participen en las decisiones que afecten sus vidas y "particularmente requiere" que el estado consulte y "busque el consentimiento" de los pueblos indígenas respecto a proyectos extractivos y políticas públicas que los afecten.

### **3.2.4 Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos Indígenas aprobada en el 2007**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en el año 2007 en su artículo 19 dice que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

### **3.2.5 Caso Saramaka vs. Surinam de junio del 2006**

El 23 de junio de 2006, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") presentó ante la Corte una demanda en contra del Estado de Surinam (en adelante "el Estado" o "Surinam")

La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka - una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 21 (Derecho a la Propiedad) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de varias medidas de reparación pecuniaria y no pecuniaria.

El Estado presentó el escrito de contestación de la demanda y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante, "contestación de la demanda"). En

dicho escrito, el Estado alegó que “no es responsable por la violación del derecho de propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, porque el Estado reconoce a la comunidad Saramaka [un privilegio sobre la tierra que] ha ocupado y usado tradicionalmente; que no ha violado el derecho a la protección judicial porque la legislación de Surinam dispone de recursos legales efectivos, y el Estado ha cumplido con sus obligaciones conforme a los artículos 1 y 2 de la Convención y, por ello, no ha violado dichos artículos”.

El artículo 44 de la Convención señalado también como fundamento de la petición del pueblo de Saramaka expresa que “Cualquier 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.

La petición además señala en repetidas ocasiones la violación a los artículos 21 y 25 de la Convención que manifiestan: Artículo 21, derecho a la propiedad de los territorios que han sido “habitados por quienes tienen privilegio sobre la tierra por la han ocupado y siguen en ella”, este reconocimiento a la propiedad se lo realizó pensando precisamente en la personalidad y reconocimiento jurídico de las tribus y nacionalidades indígenas, el artículo 25 hace referencia a la protección judicial, es decir todo habitante que se considere afectado en sus derechos tiene derecho a buscar protección judicial sea dentro de su territorio o como en el caso presente a las instancias internacionales.

Y resuelve lo siguiente:

- 1) El Estado debe 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.
- 2) El Estado debe 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.

- 3) El Estado debe 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, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales
- 4) El Estado debe 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
- 5) El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e 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.
- 6) El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka

los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal, en los términos de los párrafos 177 a 185 y 194(f) de esta Sentencia.

Partiendo desde los puntos establecidos como principales, la decisión de la Corte Interamericana en el presente caso, nos queda claro que la intención del Estado al afectar los territorios de ese pueblo le significaron el deterioro de su imagen a nivel internacional y como no el acatar la disposición hizo que sus normativas deban modificarse. La inconstitucionalidad que se plantea en el caso del Ecuador tiene similares características de ahí que se haya dejado con anterioridad este texto, puesto que estamos frente a situaciones similares en las cuales, el Estado con todo su poder se convierte en juez y parte, en autoritario, desconociendo por ende los derechos de los ciudadanos, que en este caso en particular, tiene relación con la protección de las tierras y de los recursos, no desde el punto de vista comercial sino humano, de tradición y de búsqueda, por ende de una conciliación entre las nacionalidades y los demás ciudadanos, el que un organismo internacional falle de esta forma debería ser también una base para que el Estado ecuatoriano no cometa los mismos errores y sobre todo para que en forma mesurada vaya analizando los proyectos de explotación minera e hidrocarburífera que se realizan o se piensan realizar, recordemos que nuestro país es petrolero y que el gran porcentaje de los ingresos corresponde a este rubro de ahí; que lo más conveniente sea respetar los territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas reduciendo al máximo los impactos ambientales de proyectos industriales, de igual forma es deber del Estado, estar en contacto permanente con la comunidad pudiendo conocer los puntos de vista de los mismos, no reconocer sin embargo la tradición de un pueblo sobre su territorio es como lo reafirma el caso mencionado faltar a varios principios nacionales e internacionales de preservación, respeto y sobre todo de búsqueda de un desarrollo sustentable.

La Corte Interamericana determina, que en este caso hubo una violación al derecho a la propiedad colectiva privada, entendiendo que el artículo 21 de la Convención Americana debe interpretarse armónicamente con otros instrumentos jurídicos, en particular el Convenio 169 de la OIT. Para la Corte, el derecho de

propiedad colectiva se deriva del estrecho vínculo de la comunidad con el territorio y se aplica para los territorios tradicionales, recursos naturales y elementos incorporales relacionados con ello. Por ello, declaró que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana.

El ser humano y su entorno, es y debe ser lo más importante para el Estado y todas sus entidades, no puede ser indolente, ni debe ser cómplice de la violación de los derechos fundamentales (la vida y medio ambiente) que no son meros enunciados, y por el contrario, deben ser aplicados y tener vigencia en la práctica, sin que autoridad alguna pueda violarlos.

El vínculo especial y colectivo de los pueblos indígenas con sus territorios, ha sido reconocido por la mayoría de pronunciamientos de derecho internacional sobre el tema indígena y es fundamental para comprender los impactos de los proyectos y medidas sujetos a consulta previa sobre los pueblos y comunidades indígenas, así como los efectos de la consulta previa misma.

La Corte Interamericana ha señalado que de este vínculo dependen, entre otras cosas, las tradiciones, las expresiones orales, las costumbres y lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos relacionados con la naturaleza, las artes culinarias y en general todo el patrimonio cultural que se trasmite de generación en generación en función del entorno ambiental. El territorio de los pueblos y comunidades indígenas, es respetado en todos los instrumentos internacionales y con ello su modo de vida y costumbres, pero al dejar libre el espacio para que el Estado pueda violentar la tranquilidad de estos pueblos se está afectando sus derechos y como no liquidando su existencia, en la actualidad en nuestro país se está iniciando el proyecto ITT, que comprende la explotación minera e hidrocarburífera más grande de todos los tiempos y pretende ser la cubierta para que se violenten los territorios de nuestras nacionalidades del Oriente ecuatoriano, ante este proyecto y otros de similar naturaleza se estaría cruzado de brazos puesto que el inconstitucional Decreto Ejecutivo 1040 no permite realizar acciones de verdadera conciliación entre el ambiente y la explotación, sino más bien se limita a establecer las responsabilidades del Estado.



Para las comunidades indígenas la relación con la tierra, no es meramente una cuestión de posesión y producción sino, un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

Los daños ambientales sufridos por cientos de poblaciones y comunidades de todo el mundo, ha dejado sentados pésimos precedentes sobre el control de las autoridades, es por ello, que se trata de que se facilite también la labor del Estado que por más esfuerzos que realice es imposible que ubique a personal para supervigilar las actividades de las empresas que generalmente son de minería o petroleras.

En el mismo orden de ideas, también se han dado algunos avances en el desarrollo del concepto de consentimiento en algunas fuentes de derecho. Por su parte, el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, en su informe temático de 2003, enfatizó que “todo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación.

El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales adecuados para abordar esas cuestiones<sup>27</sup>.

Los organismos internacionales coinciden en señalar como puntos medulares de estudio y de tratamiento, el tema ambiental, pero además se centran en la protección a las nacionalidades y pueblos de todos los países del mundo, de su territorio, por ende de sus costumbres. Es importante además, señalar que los organismos internacionales centran sus normas en la utilización de mecanismos, que no sean lesivos al medio geográfico. Además es determinante señalar que el tema de

---

27 BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Programas sociales pobreza y participación*. Washintong, 2000, p. 25.

la remediación o reparación ambiental, es el elemento más importante de las normas puesto que exigen a los Estados realizar acciones para llegar a cumplir con este fin. La remediación ambiental, como se la conoce en el país, obliga a quienes afecten el ambiente que paguen al Estado, a los habitantes de las zonas comprometidas y que además se trate en la medida de lo posible de reparar los daños al ambiente.

## CAPITULO IV

### INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1040

#### 4.1 Obligaciones del Estado respecto a la Consulta Previa.

La Constitución de la República, primera norma del Estado que contiene los parámetros legales en los cuales se desenvuelve el Estado, especifica también la forma en la cual las personas participarán en las actividades relacionadas con su bienestar, mucho más cuando se trate de temas relacionados con el desarrollo sustentable y la participación ciudadana, que es un tema desarrollado en la norma a partir de la observación y análisis de normas internacionales.

Los principios constitucionales nos inclinan hacia la contemplación de los sistemas de biodiversidad y recursos naturales, hacia la participación activa de los ciudadanos en los temas de derecho al agua, a la alimentación y al ambiente sano. Sin duda que se trata de conocer con mayor profundidad los derechos que se fundamentan ahora en los siguientes principios básicos de comprensión de la naturaleza y el buen vivir, que describe RAMIRO ÁVILA:

- a. La descripción detallada de una lógica administrativa y judicial en la prevención y articulación de la naturaleza,
- b. Reparación integral de ecosistemas dañados.
- c. Imprescriptibilidad del delito ecológico.
- d. Indemnización de comunidades.
- e. Generación de mecanismos de participación e implicación activa de individuos y comunidades.
- f. Consulta informada y reglada a la comunidad sobre cualquier acción del Estado que pudiera modificar el hábitat.
- g. Prohibición de la propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales colectivamente adquiridos.
- h. Intangibilidad industrial extractiva de las áreas naturales protegidas, cláusula de cierre en contra de la forma de cualquier instrumento internacional que comprometiera alguno de los supuestos del sistema<sup>28</sup>.

Las tareas del Estado, desde la perspectiva de la Constitución, se fundamentan en el respeto a los derechos; de ahí que el Decreto Ejecutivo 1040 ha encontrado resistencia en sectores ciudadanos involucrados directamente con el tema, puesto que a su juicio la conservación y la protección del agua, suelo y personas se distorsiona si de alguna forma se dictan reglas que limitan la participación ciudadana haciendo perder su protagonismo.

En consecuencia las obligaciones del estado en esta materia se concentran fundamentalmente en:

- a.- Reconocer y garantizar el derecho constitucional contemplado en el art 57. 7 en reconocer y garantizar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a la consulta previa, en la forma que se ha venido comentando en el presente trabajo.
- b.- El derecho a la participación, a la comunidad a participar en el establecimiento y ejecución de programas que aseguren la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad, art. 57. 8

---

28 R.AVILA SANTAMARIA, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, Quito, 2008, p. 25.

Se puede llamar la atención que el derecho constitucional a la consulta previa se limite únicamente 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.

Que, en el caso concreto que nos ocupa se expresa en la consulta previa a los pueblos y comunidades eventualmente afectados cuando se traten de proyectos, actos y contratos que puedan producir impactos ambientales negativos; y asegurar la reparación en aquellos casos previstos en el art. 57. 7 de la Constitución

Las acciones propuestas desde el campo de la reparación llegan a ser insuficientes si se plantea el reconocimiento a una norma como el Decreto Ejecutivo 1040 en el cual la reparación y cierre de las empresas se limita a esperar informes técnicos que se darán luego de conocer por parte de la población si la actividad les afecta, lo valioso de la norma sería permitir a la comunidad ejercer su derecho al buen vivir pero con la finalidad de frenar estas acciones.

Las reparaciones ambientales y el engranaje jurídico alrededor forman parte del Derecho Ambiental que es delimitado así:

Es un derecho de vital importancia para la supervivencia del planeta, es un derecho en construcción pues depende de la solución de otros grandes problemas de la humanidad como la pobreza y el crecimiento demográfico; y que su eficacia es aún débil porque a su vez depende de una reorientación de los valores de la humanidad frente a su relación con la naturaleza que desplace el antropocentrismo hacia el justo medio en palabras de OST y que sienta las bases del Desarrollo Sustentable<sup>29</sup>.

Si bien el sistema garantiza la participación de los ciudadanos se critica de alguna forma este modelo que se convierte en centralizador de derechos, estamos en la

Revolución de los derechos humanos desde la filosofía de la historia...los derechos humanos en relación al Estado invierten el punto de vista del análisis y de la centralidad del Estado-persona. La era de los derechos es un tiempo distinto al de las obligaciones. Lo

---

29 R. CRESPO PLAZA, *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*, Abya-Yala, Quito, 2003 p.98

importante no es el derecho sino la persona, no son las obligaciones sino los derechos, no es el poder de incidir en el comportamiento del otro sino el históricamente sometido<sup>30</sup>.

Teniendo garantías en la Constitución lo que se logra es que el poder del ciudadano llegue a todas las instancias de poder, pudiendo influenciar de forma directa en las decisiones del Estado, esto es lo fundamental llegar a modificar aquello sobre lo cual estamos en desacuerdo, como factores de decisión que pueden llegar a las autoridades y demostrar que la participación es un mecanismo que permite modificar las normas, la vida y sustentar que la organización es un mecanismo y no un fin de un Reglamento o cualquier otra norma.

La consulta y participación son derechos básicos de los pueblos indígenas, reconocidos en la legislación internacional como el convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Art. 6 y 7) y en la Constitución Política del Ecuador (Art. 84, 5.), entendiéndose que estos derechos básicos deben ser aplicados en todos aquellos asuntos que afecten a los pueblos indígenas, incluyendo los proyectos de desarrollo, de investigación, así como en la adopción de políticas, medidas legislativas y administrativa”<sup>31</sup>

No se debe dejar el hecho que la consulta debe darse por parte del Estado siguiendo los estándares internacionales de buena fe. Ésta requiere de un clima de confianza tanto en los espacios gubernamentales como en los comunitarios en dinámicas de respeto mutuo personal, profesional, temporal y geográfico. La consulta de buena fe debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos, a la luz de los derechos nacional e internacionalmente reconocidos.

Varios son los autores que consideran que la consulta previa y los demás instrumentos ni siquiera deberían ser pronunciados puesto que se trata de acciones que no tienen efectos sobre la acción destructora del hombre se trata de “democracia maquillada, con la que los Estados signatarios permiten que los

---

30 N. BOBBIO, *La era de los derechos*. En el Tercero Ausente. Cátedra. Bogotá, 1997, p. 154

31 R. DE LA CRUZ, *La Consulta y Participación para Pueblos Indígenas en Participación y Consulta en la Gestión Ambiental*, FLACSO, Quito, 2005, p. 90.

pueblos indígenas se pronuncien sin tener que renunciar a su prioridad económica que es seguir ampliando la frontera petrolera”<sup>32</sup>.

## 4.2 Garantías establecidas para el ejercicio de los derechos

Dentro de un país, los ciudadanos poseen garantías que aseguren nuestros derechos, es por ello, que la Constitución consagra derechos y obligaciones.

a) El artículo 10 de la Constitución dispone que las personas, comunidades pueblos colectivos son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución e instrumentos internacionales (inciso primero).

b) El artículo 11.1. Agrega que estos derechos pueden ejercerse promoverse y exigirse en forma individual o colectivas, ante las autoridades competentes que deben garantizar su cumplimiento.

c) Adicionalmente el mismo artículo 11 en su numeral 3 agrega que los derechos y garantías constitucionales, tanto como los contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, cualquiera sea su jurisdicción (inciso 1), y que no pueden exigirse condiciones o requisitos distintos a los establecidos en la Constitución y la ley (inciso 2)

d) Los derechos son plenamente justiciables, de manera que no pueden alegarse falta de norma para justificar su violación o desconocimiento o para desechar la acción por esos hechos (artículo 11.3)

e) El artículo 11. 5 garantiza, en casos de conflictos de leyes y de interpretación, la aplicación que más favorezca a la vigencia efectiva del derecho.

f) Es estado, sus delegatarios, concesionarios y en general, toda persona que actué en ejercicio de un potestad publica están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares (artículo 11 inciso 2)

g) El artículo 57 Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos,

---

32 L. FERNÁNDEZ, *Ecología Política*, ICARIA, BARCELONA-ESPAÑA, 2009, p. 150

convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos, entre otros el derecho colectivo a la administración y recursos art 57. 6 “Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras” y el derecho a la consulta previa informada art. 57. 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; participa 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.

h) a su vez el art 28 de la ley de gestión ambiental completa este cuadro de garantías consagrando el derecho de toda persona jurídica o natural de participar en la gestión ambiental a través de consultas y otros mecanismos que establezca el reglamento. En idéntica dirección el artículo 29 de la misma ley garantiza aquella participación consagrando el derecho a ser informado sobre las actividades de las instituciones públicas que puedan tener un impacto ambiental negativo, para lo cual puede formular peticiones y ejercitarse acciones de forma individual o colectiva.

Finalmente el título v del decreto 1040 contempla dos disposiciones garantistas de estos derechos, a saber:

1.- la inejecutabilidad de las actividades, proyectos, actos y contratos que puedan generar impacto ambiental cuando no cumplan con los requisitos de procedimiento de participación social (artículo 24)

2.- aplicación de las sanciones que establecen la Ley de Gestión Ambiental y más leyes aplicables para los casos de incumplimiento del proceso de participación social por parte de una autoridad o funcionario público.

### **4.3 Fundamento de la protección jurídica a los pueblos y nacionalidades indígenas.**



Es evidente que el reducto cultural del país se encuentra en gran medida en los pueblos y nacionalidades indígenas, que los que se encargan de conservar gran parte del territorio con todas las especies naturales y vegetales, así “la degradación de la tierra, la disminución en la producción provocada por la erosión, la salinización y la desertificación”<sup>33</sup>. Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. (Principio 22, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Río de Janeiro, junio de 1992). Parte de este y otros fundamentos la importancia de que estas poblaciones quienes tengan el apoyo del Estado para que su propiedad no sea vulnerada, puesto que se está hablando de recursos no renovables, es decir de aquellos que no pueden ser reemplazados.

El Convenio 169 de la OIT es muy enfático en este sentido, pues su artículo 13.1 manifiesta que “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”.

Para la Corte Interamericana de Justicia “el derecho de propiedad colectiva se deriva del estrecho vínculo de la comunidad con el territorio y se aplica para los territorios tradicionales, recursos naturales y elementos incorporeales relacionados con ello. Por este motivo declaró que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> R.GOODLAND, Desarrollo Económico Sostenible. *“El Argumento según el cual el mundo ha llegado a sus límites”*, Uniandes, 1994, p. 37

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA. Repertorio de resoluciones. 2009, p. 50.

Las comunidades indígenas deben ser partícipes de la democracia, así lo expresa JOSÉ LUIS CORAGGIO puesto que la democracia es una consecución de varias

luchas sociales e incluso enfrentamientos bélicos, de autoritarismo, totalitarismos y otras aberraciones, hasta que la democracia como sistema político típico del capitalismo maduró y abarcó de facto mayorías cada vez más grandes (tanto en su modo de funcionamiento como en su aceptación–legitimación). “La temática de la “transición a la democracia” desarrollada en América Latina a partir de una época de predominio de modelos políticos autoritarios, también se centra –desde una perspectiva política– en la búsqueda de nuevas relaciones entre Estado y Sociedad Civil<sup>35</sup>.

Por su parte el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, establece que

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”. En su interpretación del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido al artículo 27 del documento, como una fuente de protección del **derecho a la consulta previa** de los pueblos indígenas. Junto con el reconocimiento del derecho a la libre determinación, en el artículo primero del documento, el artículo 27 ha jugado un papel importante en el debate planteado sobre el significado del término “pueblos<sup>36</sup>.

Los estados en la actualidad apuntan hacia la eliminación de la idea de la “ciudadanía integral que niega los derechos a las minorías y que pretenden su integración en la sociedad nacional a través de un proceso integrador debe existir la ciudadanía diferenciada”<sup>37</sup>.

La protección a los pueblos y nacionalidades indígenas como se puede evidenciar es todo un proceso que ha exigido, como en Capítulos anteriores se evidenció, el requerimiento a la justicia internacional para hacer efectivos sus derechos, de ahí que los mayores fundamentos jurídicos partan desde la Corte

---

<sup>35</sup> J. CORAGGIO. “*Política Económica, Comunicación y Economía Popular*” en Seminario Internacional Participación, Democracia y Desarrollo, Quito, 1988, p.3

<sup>36</sup> E. AYALA, *Patria de Todos*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Nacional, 2004, p. 19

<sup>37</sup> V. CABEDO MALLOL, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, UPV, Artes Gráficas, Madrid, 2004. p. 19

Interamericana de Justicia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta previa. En general, las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado; desarrollan el concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura; y, entre otros aspectos, desarrollan el tema de reparaciones más que la mayoría de las fuentes de derecho internacional, ordenando la devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como las indemnizaciones. La doctrina jurisprudencial de la Corte es vinculante para los Estados partes. Un ejemplo particular sobre la protección ancestral sin duda que lo constituye el pueblo de Saramaka versus Surinam que ya se ha explicado en anteriores líneas de la investigación.

Conocer el concepto de territorio, tierras y recursos que han adoptado los diferentes pronunciamientos del derecho internacional, los derechos que han otorgado a los pueblos indígenas sobre éstos y correlativamente los deberes que les han atribuido a los Estados es pertinente para comprender las situaciones en que debe realizarse la consulta previa y los efectos que de ella se esperan. Este texto busca aclarar este contexto, y con este fin cuenta con dos partes. En primer lugar, se analizarán los derechos de los grupos indígenas sobre sus tierras y territorios y los deberes del Estado con respecto a la protección de estos derechos. Luego, se presentará el tema de los derechos sobre los recursos existentes en estos territorios y tierras.

#### **4.4 El derecho de los pueblos y nacionalidades del mundo a la consulta previa.**

El derecho internacional al igual que nuestra Constitución establecen la importancia de que la **consulta previa, que** en el ámbito nacional consta en el artículo 57 de la Constitución.

En el ámbito internacional el deber de consultar a las comunidades indígenas sobre situaciones que puedan afectarlas se encuentra claramente contemplado, han establecido unos parámetros generales, como el deber de realizar las consultas de buena fe y la necesidad de que éstas se lleven a cabo antes de adoptar una medida susceptible de afectar a las comunidades. No obstante, estos parámetros siguen dejando vacíos sobre aspectos prácticos puntuales, como cuánto debe durar un proceso de consulta y qué pasos deben seguirse en su realización.

Desde la visión del mundo indígena, no existe el concepto de recursos naturales, porque éstos forman parte de la pacha mama o ñi nunke<sup>41</sup> en términos Shuar, por tanto no son susceptibles de extracción y de comercialización. Sin embargo la Constitución ecuatoriana de 2008, al igual que la anterior de 1998, al regular los recursos naturales existentes en los territorios de las colectividades indígenas, subdivide en: Recursos naturales renovables y recursos naturales no renovables<sup>38</sup>.

De forma general, como se ha dicho la consulta debe ser realizada de buena fe, cumpliendo los indicadores establecidos como parámetros legales, para que no se vulneren principios de protección a los pueblos y nacionalidades indígenas. El aspecto más polémico de la consulta previa es el efecto que esperan las partes, o el impacto de los resultados de la consulta en la realización de la medida o el proyecto. El debate oscila entre la posibilidad de los pueblos indígenas de incidir en el proyecto o medida en tanto se tenga en cuenta su opinión o en su posibilidad real de vetarlo en caso de estar en desacuerdo con su realización. Los pueblos indígenas han luchado por lograr que se reconozca la necesidad de contar con su consentimiento previo, libre e informado antes de tomar una medida o realizar un proyecto que pueda afectarlos para que no sólo sean consultados antes de la adopción de dicha medida, sino que, además, ésta no pueda llevarse a cabo sin su aprobación. Así, el lenguaje del consentimiento previo que ha sido incorporado, por ejemplo, en la Declaración de los Pueblos Indígenas, plantea el poder de veto de las comunidades frente a una medida que las afecte. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho internacional sobre el tema incorporan el lenguaje de consulta previa, sin

---

<sup>38</sup> CONAIE, *Formas de organización social comunitaria o colectiva*, citado por Guillermo Churuchumbi, *Propuesta sobre gobiernos comunitarios de los pueblos Kichwas*, Fundación Kawsay-ECUARUNARI, Quito, 2006, p. 90.

exigir que los Estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que provoca en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener en el contenido y la realización de los proyectos y medidas consultadas.

En el caso de ocurrir una violación del derecho a la consulta previa, bien sea por la realización de una consulta inadecuada o por la omisión completa de una consulta de la población afectada por una medida o proyecto, tanto la violación del derecho a la consulta como la consiguiente violación de otros derechos relacionados, tales como los derechos al territorio, a la participación, a la autodeterminación y a la identidad cultural, resultan en una obligación de reparar las víctimas de dichas violaciones. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos del derecho internacional como el Pacto de los Derechos del Hombre, las Declaraciones de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, etc., y adquiere ciertas características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones a sus derechos.

#### **4.5 Inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 1040 que excluye la consulta previa de los mecanismos de participación social.**

Para cualquier Estado la importancia de la existencia de una norma Constitucional es fundamental, así se debe tener en cuenta que no por “nada es la norma suprema del ordenamiento jurídico no es una afirmación gratuita, en primer lugar porque no siempre ha sido así, aunque hoy nos resulte un lugar común en el pensamiento jurídico, siendo así la fuerza de la norma se ratifica cuando actúan los jueces y autoridades públicas”<sup>39</sup>.

Ya se señaló el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador establece claramente que uno de los mecanismos de mayor importancia para conocer el criterio de la población es la **consulta previa**, Sin embargo, al expedirse el Decreto Ejecutivo 1040 y establecerse los mecanismos de participación social, se excluye la misma y con ello se desconocen sus efectos y sobre todo la

---

39 M. ARAGON REYES, *La Constitución como Paradigma*, Teoría del Neoconstitucionalismo, Bosh, Madrid, 2007, p. 32

fortaleza que este mecanismo tiene en el ámbito internacional para que los pueblos y nacionalidades puedan ser resarcidos cuando se los afecte en cualquier aspecto.

El catálogo de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, referido en el acápite anterior, no es cerrado. El artículo 57 de la Constitución de 2008 establece que el Estado ecuatoriano, además de los derechos reconocidos en forma expresa, reconoce los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas contenidos en “pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Del artículo 57 se desprenden tres fuentes de derecho internacional de rango constitucional en materia de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas:

- a) los tratados internacionales (pactos y convenios);
- b) las declaraciones internacionales de derechos; y
- c) los “demás instrumentos internacionales”.

Respecto a los tratados internacionales, se entiende que se encuentra incorporado a la Constitución el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual fue ratificado por el Estado Ecuatoriano en 1998. La justicia constitucional ecuatoriana ha reconocido al Convenio de la OIT de manera tímida. Así encontramos referencias al mismo en los considerandos de resoluciones del Tribunal Constitucional pero no en la *ratio decidendi* de las mismas. La segunda fuente de derecho internacional son las declaraciones, en esta materia la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuyo debate participó el Estado de Ecuador, que además votó por su aprobación. Esta Declaración contiene el derecho al consentimiento libre, informado y previo, que no fue reconocido de forma expresa (sino como fin deseable de la consulta previa) en la Constitución de 2008. Se entiende entonces que dicho derecho se encuentra vigente en nuestro país. La tercera fuente es la más problemática, pues la expresión “los demás instrumentos internacionales de derechos humanos” en muy amplia y se entiende que excluye a las anteriores (tratados y declaraciones). En virtud del principio *pacta sunt servanda*, y realizando una interpretación conservadora de esta norma, se entendería que estos instrumentos internacionales serán los emitidos por instancias de las cuales Ecuador es parte por medio de un tratado ratificado o una

declaración aprobada: la Comisión Interamericana de derechos Humanos del 2010 menciona lo siguiente.

- a) Las observaciones generales y los informes de las relatorías del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en virtud de que Ecuador es parte de los dos pactos internacionales de derechos humanos;
- b) Las resoluciones de los comités de quejas de la OIT sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT;
- c) Los informes de la CIDH y de las observaciones generales y sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de que Ecuador es parte de la CADH, del Protocolo de San Salvador y de todos los demás tratados que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

De lo antes expuesto cobrar especial importancia las sentencias de los casos Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Pueblo Saramaka vs. Surinam, Comunidad Moiwana vs. Surinam, Comunidad Indígena Sawhoiyamaya Vs. Paraguay, Yatama vs. Nicaragua, Aloboetoe vs Suriname y Pueblo Saramaka vs. Surinam, de la Corte Internacional de Derechos Humanos en las que mediante la interpretación de las disposiciones de la CADH se desprenden derechos específicos de los pueblos indígenas, los cuales estarían integrados al ordenamiento jurídico del Estado con rango constitucional. Cabe señalar además que, según el artículo 424 de la Constitución de 2008, en materia de derechos humanos, entre una norma constitucional y una de derecho internacional, será aplicable la norma que establezca un punto favorable. La normativa *infra* Constitucional no se encuentra acorde, además, a los derechos reconocidos mediante las fuentes de derecho internacional, en especial el derecho al territorio y al consentimiento libre, informado y previo, lo que, además de configurar una violación al artículo 2 de la CADH, podría ser considerado por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de peticiones individuales, como violaciones a los artículos 4 y 21 de la CADH por la sola aplicación de dicha normativa.

Además del Art. 57. 7, el Artículo 398 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: *“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente*

*deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta”.<sup>40</sup> (...)*

Así pues la Constitución establece dos categorías de consulta: la primera que se refiere a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general; y, la segunda que hace referencia a la consulta para actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas.

El Decreto Ejecutivo 1040, expedido el 22 de abril de 2008 y publicado en el Registro Oficial No. 322 del jueves 8 de mayo de 2008, contiene el Reglamento que regula la aplicación de los mecanismos de participación social previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental. El literal a) de su artículo 4, declara que busca “precisar los mecanismos determinados en la Ley de Gestión Ambiental a ser utilizados en los procedimientos de participación social”. Sin embargo, excluye la consulta entre dichos mecanismos, lo cual, vulnera derechos consagrados en la Constitución.

Según el literal b) del artículo 4, el Reglamento menciona que pretende “permitir a la autoridad pública conocer los criterios de la comunidad en relación a una actividad o proyecto que genere impacto ambiental”, y en el literal c) “contar con los criterios de la comunidad, como base de la gobernabilidad y desarrollo de la gestión ambiental”. Sin embargo, el Reglamento excluye la consulta que es precisamente el mecanismo que con mayor precisión le permitiría cumplir con esos fines. El artículo 26

*PROCEDIMIENTO PARA PUEBLOS INDIGENAS Y AFROECUATORIANOS.- El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos afro ecuatorianos.*

Al definir el alcance de la participación social, lo hace restringiéndolo arbitrariamente. Así, mientras el Artículo 88 de la Constitución establece, que “toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente

---

<sup>40</sup> Constitución de la Republica del Ecuador del 2008.



con los criterios de la comunidad”, de una manera amplia, sin restringir el ámbito en que dichos criterios deban ser tomados en cuenta, el referido artículo 9 los limita a “las variables ambientales relevantes para el estudio 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”. Presupone el artículo que las actividades o proyectos se llevarán a cabo de cualquier suerte y a la ciudadanía solo le quedaría dar su criterio sobre los estudios ambientales.

Ese alcance que se quiere dar a la participación social no está acorde con la letra y el espíritu del art. 88 de la Constitución, que busca que la comunidad se pronuncie, sobre la realización o no de una actividad o proyecto que pueda afectar al ambiente, antes de que la decisión de hacerla sea tomada por el Estado. Peor aún, el Decreto 1040 va mucho más allá es que corresponde un reglamento en materia de Derechos Constitucionales, cuando pretende definir la participación social en la gestión ambiental como “un esfuerzo tripartito entre los siguientes actores: a) las instituciones del Estado; b) la ciudadanía; y, c) el promotor interesado en realizar una actividad o proyecto.” Ello no es conforme con las normas internacionales y la propia Constitución en materia del deber de consulta del Estado. En la Constitución (Artículo 88), la participación es un derecho que tenemos los ciudadanos y que el Estado está obligado a garantizar. No es “un esfuerzo tripartito”, es un derecho y por tanto es deber exigible por parte de los ciudadanos al Estado. En esa relación, las corporaciones u otras entidades interesadas en determinado proyecto no deben tener nada que decir.

Si el Reglamento aprobado por el Decreto 1040 no considera la consulta, menos va a considerar el derecho al Consentimiento Informado Previo. Por eso, candorosamente, incluye el Artículo 22 que dice que si los sujetos de la participación social se opusieren a la actividad o proyecto, “ésta no podrá llevarse a cabo, a menos que la autoridad competente insista en su realización, lo cual será resuelto por la instancia superior”. Esta norma no llega a ser ni siquiera una buena intención pues queda claro que se trata de proyectos ya decididos por el Estado y sobre los cuales no se quiere considerar realmente ninguna opinión en contrario.

La Sentencia SU-039/97 correspondiente a la Acción de Tutela instaurada por el Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Pueblo Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc., señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las comunidades. La Corte Constitucional deja claro que la consulta previa se constituye en un derecho fundamental cuando manifestó que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un **derecho fundamental** para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.

De esta forma el Reglamento de consulta contiene una serie de violaciones a principios constitucionales y a derechos fundamentales de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador: (i) el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, ya que el Reglamento no se basa en una ley previa que establezca los alcances, el procedimiento y las garantías del derecho a la consulta previa;

- a) confunde el derecho a la consulta previa ambiental (de todas las personas que cuyo ambiente puede ser contaminado) y el derecho a la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas;
- b) desnaturaliza el derecho al limitar el efecto de las decisiones del grupo consultado cuando estas sean “técnica y económicamente viables”; y,
- c) no reconoce los efectos de la falta de consentimiento de las comunidades.

La constitución del 2008 avanza en establecer la forma como deberá consultarse a dichas comunidades y establece que la consulta previa debe ser libre e informada, dentro de un plazo razonable, y que deben realizarla las autoridades competentes de

forma obligatoria y oportuna. Es decir, se incluye el elemento de temporalidad como forma de garantizar que dichas consultas no se conviertan en transmisión de información de proyectos ya decididos en última instancia. Sin embargo, los aspectos contenidos en el Decreto Ejecutivo 1040 no establecen ninguna disposición que haga aplicable los alcances de la consulta para Pueblos Indígenas establecidos en la Constitución de la República. Tampoco conocemos de iniciativa por parte de la función ejecutiva o legislativa para reformar dichas disposiciones o crear una ley que regule de forma adecuada las disposiciones sobre consulta a Pueblos Indígenas.

El artículo 10 expresa la protección a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, como también a la naturaleza a la cual se le concede también derechos, el limitar la consulta previa en leyes de menor jerarquía que la Constitución es limitar el derecho de todos los ciudadanos a intervenir en asuntos relacionados con la protección a su propia integridad y a la naturaleza que es parte de la personalidad e integridad de cientos de comunidades del país.

El artículo 11 numeral 8 de la Constitución, considera que lo que vaya en detrimento de los principios Constitucionales y cause por ende su disminución será considerado como Inconstitucional, es evidente que si esta norma reconoce a la consulta previa como una herramienta valiosa no es menos cierto que el desconocer su vigencia e importancia en mediante un Decreto es simplemente desconocer la aplicación de principios que son en jerarquía más importantes.

Uno de los artículos de mayor envergadura y que sin duda forma parte de los elementos para demandar la inconstitucionalidad es el 57 numerales 7 y 8, no solo por cuanto propugnan la consulta previa como uno de los mejores mecanismos para lograr conservar los recursos naturales, sino que también establece los parámetros en los cuales se la realizará; la consulta es una de las mejores herramientas para que la opinión de la ciudadanía tenga fuerza, y es algo incomprensible que mediante un Decreto se pretenda desconocer la fuerza legal de la consulta previa dejándola de lado inclusive en normas de carácter ambiental.

Es evidente que la inconstitucional va también por el lado de la limitación de la participación social efectivamente comprendida, puesto que el Decreto Ejecutivo

1040 dejar por fuera la consulta previa y como es evidente limita la participación de los ciudadanos en asuntos de interés nacional.

Al no proteger adecuadamente a la naturaleza y al ser humano como parte integral de la misma se está faltando a uno de los principios básicos establecidos en el artículo 395 de la Constitución, los numerales de este norma que centran su atención en la protección a la naturaleza y la participación en actividades que vayan a generar impactos ambientales. Claramente el Decreto Ejecutivo limita la participación social y deja de lado la consulta previa es decir falta al principio de intervención de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Uno de los principales fundamentos para la declaratoria de inconstitucional se fundamenta en la participación activa de los pueblos y nacionalidades en los asuntos que por su naturaleza deben ser informados y sobre todo del conocimiento profundo de ellos, razón por la cual es completamente inconstitucional no delimitar la consulta previa dentro de los mecanismos de participación social es una clara inconstitucionalidad en la que cae el Decreto Ejecutivo 1040.

Observando los dos párrafos anteriores fácilmente se podría enfocar una problemática jurídica de importancia, sin embargo, el problema es mucho más importante, puesto que se trata de principios constitucionales que están siendo violados por este Decreto Ejecutivo 1040, se trata de aquellos que como el artículo 57 y otros de la norma Constitucional garantizan la participación activa de los pueblos y nacionalidades en asuntos de importancia, además, consagran principios como el respeto a la diversidad, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es decir, una serie de normas que están siendo desconocidas con la vigencia de este Decreto.

La participación como mecanismo de comunicación entre el gobierno y los ciudadanos, es el punto fundamental que se trata en este estudio, de ahí parte todo cuanto se estructura en cada uno de los capítulos, coincidiendo además con la importancia que tiene encontrar todos los fundamentos que apoyen la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1040. ¿Es Es Inconstitucional el Decreto Ejecutivo 1040 que se refiere a consulta previa y participación social?

La investigación que se desarrolla dentro de varios capítulos; pretende abordar todos estos temas, partiendo desde un punto esencial que no debe quedarse

fuera de la misma, se trata de la participación social y la consulta previa, así pues se denomina el Primer Capítulo, dentro del cual se establece la importancia de la comprensión del término participación social y consulta previa, es así que se pretende relacionar los Derechos Humanos en el campo de la protección internacional, puesto que este Decreto Ejecutivo 1040, violenta varios derechos constitucionales que son el claro reflejo de las normas internacionales, es evidente que este contraste no sería suficiente sin analizar lo que precisamente se estudia en la última parte del Capítulo relacionada con el tema ambiental. Son temas sin duda que trata de abordar la forma como los ciudadanos se pueden expresar en forma libre, sobre los temas que consideren les están afectando. El objetivo primordial de este Capítulo es conocer de qué y para qué sirve la participación social orientando además la investigación hacia la temática ambiental que es vital para el desarrollo del Ecuador.

Capítulo Segundo, con el título de Derecho Comparado frente al tema de la consulta previa, se desarrollan la temática desde el enfoque que hacen varias naciones, colocando en evidencia que esta figura en muchos países representa un gran espacio de información y de discusión; por ende, representa un espacio que no puede, ni debe ser reemplazado con otra forma de participación social, este tema está reforzado en su importancia por el tratamiento con el que se abordan en los Tratados Internacionales este tema, claro está entonces que el Derecho Ecuatoriano estaría desconociendo inclusive el derecho internacional con el desconocimiento de la consulta previa y su concepto, y sobre todo con el desconocimiento de que los pueblos y nacionalidades si tienen el poder para detener acciones que afecten sus derechos legítimamente reconocidos, sin duda, tratándose de una norma que se enfoca desde tantos puntos de vista es necesario también analizarlo, estamos hablando del Decreto Ejecutivo 1040 en su extensión, sin tratar en ningún momento de parecer desmesurado en el tema lo que se trata de enfocar es su importancia

## CONCLUSIONES

- La participación social en la gestión ambiental es un derecho, este se encuentra limitado en el Decreto Ejecutivo 1040 puesto que no permite que se concrete el derecho de participación y por ende se falta al principio constitucional establecido en el artículo 398 de la Constitución del Ecuador. La Participación Social enfocada en el Primer Capítulo permite encaminar todas las inquietudes de la sociedad en los distintos campos, estableciendo límites entre lo que se quiere del gobierno y lo que se está consiguiendo; es una forma de intervención de la sociedad en los asuntos de importancia del Estado. La Participación Social es un derecho de los ciudadanos y un deber de parte del Estado.
- Los tipos de Participación como la Consulta Previa analizada es un mecanismo que forma parte de la participación social, por ende cumple con la misión de llevar las inquietudes del pueblo hacia sus gobernantes; pero la consulta previa además, es una sólida institución que durante mucho tiempo en el derecho nacional e internacional ha permitido que los derechos de los

pueblos y nacionalidades sean respetados especialmente cuando se trata de proyectos que involucran su hábitat. Este mecanismo es sin duda el principal motor de la investigación puesto que se está claramente ignorando una herramienta contemplada en la Constitución en sus artículo 57 numeral 7 y 8, constituyéndose como el fundamento para la acción de inconstitucionalidad puesto que se limita la participación social.

- Los Instrumentos Internacionales analizado en el Capítulo Tercero es uno de los instrumentos mayormente utilizados en todo el mundo, basta con analizar las legislaciones de América latina para comprender que este instrumento debe ser orientado dentro de la legislación del país, uno de los objetivos primordiales establecidos en las legislaciones vecinas es precisamente el respeto a la autodeterminación y territorios de los pueblos y nacionalidades ancestrales.
- Estos Instrumentos Internacionales son sin duda los de mayor envergadura en el mundo tienen entre sus mecanismos de participación social a la consulta previa, los organismos a nivel internacional la van consolidando como una de las formas más rápidas y efectivas de ayudar a la población de las minorías y en general a todo el planeta puesto que su principal finalidad es detener las acciones destructivas en contra del ambiente.
- El caso Surinam vs. Surimaka, mencionado en el Capítulo tercero denota la importancia que para el Derecho Internacional tiene la consulta previa, pero más allá de cualquier aspecto demuestra el cuidado y límites que se ponen a las acciones cuando se trata de proteger a las nacionalidades y pueblos del mundo, no solo por su integridad cultural, sino por la reserva de especies que representan para todos los habitantes del país.
- La inconstitucionalidad analizada en el Capítulo Cuarto es una más de las facultades del Estado, pero ésta en definitiva tiene dos objetivos primordiales reconocer el derecho que se ha lesionado y con ello conseguir que se deje sin efecto una norma. Este pedido en el caso específico se inclina hacia la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 1040 que desconoce el derecho de los pueblos y nacionalidades a presentarse con verdaderas propuestas que

se tomarán en cuenta, si el Estado los protege y garantiza en más de una norma cómo es posible que se limite la participación social a meras opiniones. Es innegable que por ello el estudio se lo realiza desde varios aspectos pero en forma principal analizando la protección ambiental, los principios de respeto hacia los pueblos y nacionalidades como también su derecho a participar activamente en asuntos que le sean de su conveniencia, de ahí que el Decreto Ejecutivo 1040 sea inconstitucional desde esta visión por contrariar lo estipulado en los Arts.10, Art. 11 # 8, Art.14, Art. 57 # 7, 8, Art. 95, Art. 395 #1, 3, y principalmente en el Art. 398 de la Constitución de la República del Ecuador.

- El Decreto Ejecutivo 1040, es un instrumento legal que por su forma es completamente constitucional, es más muchos de sus aspectos favorecen la participación social a través de distintos mecanismos; sin embargo, se olvidan los legisladores que la consulta previa es uno de los mecanismos más efectivos de participación y que además es un instrumento conocido por los pueblos y nacionalidades, que incluso está reconocido por varias legislaciones del mundo debido todo a su aplicación y a los efectos que produce. Se observa entonces el desconocimiento de la norma constitucional que establece como de importancia la consulta previa.
- La protección a los pueblos y nacionalidades analizada en el Capítulo Cuarto no es sino el reflejo de los instrumentos internacionales y de la justicia en general que trata de hacer que las minorías tengan reconocimiento pleno de sus derechos, además que puedan hacerlos efectivos mediante todos los instrumentos de justicia nacionales y en algunos casos acudir a las instancias internacionales para que se les reconozca tales derechos. De igual manera este principio es vulnerado por cuanto se desconoce la protección establecida en la Constitución a los pueblos y nacionalidades que no solamente forman parte de las minorías sino que son nuestro reducto cultural, y que están protegidos en el artículo 10 y otros de la norma suprema



## RECOMENDACIONES

- Los legisladores deben analizar la verdadera importancia de la participación social, deben establecer claramente las prioridades del pueblo en relación al cuidado ambiental y manejo de recursos, siendo coincidentes entre las disposiciones de la Constitución y las leyes de menor jerarquía o en su caso los reglamentos, o decretos que se dicten con posterioridad.
- La Consulta Previa debe ser institucionalizada no a través de un nuevo Decreto sino que se redacte una Ley que contemple todo el procedimiento que todos los ciudadanos puedan realizar para detener si fuese del caso la acción destructiva en contra de su hábitat. Esta ley debe contener además las limitaciones respecto al territorio e integridad de los pueblos y nacionalidades del país.
- Los instrumentos nacionales guarden armonía con la legislación internacional, especialmente con aquellos de los organismos internacionales de los cuales el país es miembro.
- Los instrumentos internacionales deben establecer como prioridad el cuidado ambiental, debido a los constantes problemas ocasionados por el cambio climático que se derivan de la falta de cuidado, a la vez deben exigir a los Estados partes que se comprometan a fomentar leyes de esta naturaleza.
- Analizar casos como el de Surinam vs. Surimaka, que son muestras de que los Estados pueden olvidarse de sus responsabilidades y destruir parte del

hábitat de pueblos y nacionalidades, es evidente además que este caso no es el único y que incluso nuestra legislación tiene casos similares.

- El Decreto Ejecutivo 1040, sea reformado o en su caso se lo derogue y expida la Ley de Consulta Previa, que contengan todo lo relacionado con este mecanismo y por qué no impulsar la creación de una norma de Participación Social que enfoque medidas efectivas en contra de la destrucción del ambiente.
- Los pueblos y nacionalidades indígenas del país deben realizar constantemente talleres y seminarios en los cuales conozcan las formas de participación ciudadana y consecuentemente la manera en la cual pueden acudir a las autoridades antes y durante el proyecto del cual se sientan afectados.

## BIBLIOGRAFIA

- ALGARRA, P, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y las personas*. Porrúa, Madrid, 1995.
- AIDÉ PERALTA, ROXANA SILVA Y ESTHELA PADILLA, *La Sociedad en Movimiento: Veedurías Ciudadanas, Sistematización de la Experiencia*, Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Quito, 2003
- AYALA ENRIQUE, *Patria de Todos*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- BERRIZ, R. *Términos para la Educación Ambiental*. La Haba, Madrid, 1997.
- BONTEMS, PHILIPPE. *Economía del Ambiente*, Lemix, Quito-Ecuador, 1997.
- CALVO, S, *Educación Ambiental: Conceptos y Propuesta*; CCS, Madrid-España. 1994.
- CABEDO MALLOL, VICENTE, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, UPV, Artes Gráfica,, Madrid, 2004.

- CABANILLAS, S, *La Responsabilidad Civil por inmisiones y daños al medio ambiente;* Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, Ecuador, 1996.
- CORAGGIO, JOSÉ LUIS, “*Política Económica, Comunicación y Economía Popular*” en *Seminario Internacional Participación, Democracia y Desarrollo*, Quito, 1998
- CASTRO, R. F. *Ciencia, Tecnología y Sociedad; compilación de discursos (1959-1989)*, Política, La Habana, 1991.
- COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho Ambiental Cubano*; ed 1. La Habana, 2000.
- CONAIE, *Formas de organización social comunitaria o colectiva*, citado por Guillermo Churuchumbi, *Propuesta sobre gobiernos comunitarios de los pueblos Kichwas*, Fundación Kawsay-ECUARUNARI, Quito, 2006
- CRESPO RICARDO Plaza, *Perspectivas Futuras del Derecho Ambiental*, ABYA-YALA, Quito, 2003
- HEREDIA, D, *Implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en Ecuador*, Red Jurídica Amazónica, Quito, 2008.
- CUÉLLAR MONTOYA, H. *La legislación de los recursos naturales y medio ambiente: realidad y perspectivas*. Porrúa, Bogotá. 1979.
- DE MIGUEL PERALES, C. *Derecho español del medio ambiente*, ed.2. Madrid – España, 2002.
- DE MIGUEL PERALES, C. *La responsabilidad por daños al medio ambiente*, ed. 2, Madrid, 2002.
- DELGADO VERGARA, T. *La responsabilidad civil derivada del ejercicio abusivo de derechos*, ed. 1. La Habana, 2000.
- DELGADO, J. C. *En busca de un modelo para la sustentabilidad en el siglo XXI*, Edit. José Martí, La Habana, 1999.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003
- DE KLEMM, C, “*La implementación de los convenios sobre Diversidad Biológica*” Seminario sobre Derecho y Política ambiental en América Latina y el Caribe, Porrúa, Santiago, 1993

- ESPINOSA M, *Reflexiones sobre participación social y gestión ambiental en Ecuador en Participación y Consulta en la Gestión Ambiental*, FLACSO, Quito, 2005
- FALCONÍ, E, *Red de participación y consulta en la gestión ambiental*. Quito. 2006.
- FERNÁNDEZ, LUIS, *Ecología Política*, ICARIA, BARCELONA-ESPAÑA, 2009
- GUARANDA MENDOZA, W. *La consulta previa y el derecho a la resistencia en: nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Inredh, Quito, 2009
- IZCO XAVIER, *La consulta previa petrolera en los bloques 20 y 29 de la Amazonía ecuatoriana: entre el desafío y la nostalgia*, Revista Universidad Politécnica Salesiana- Conflictos y Urgencias Medioambientales, Año III, No 4, 2004.
- JUSTE RUIZ JOSÉ. “*Las obligaciones Erga Omnes en Derecho Internacional Público*”, Estudios de Derecho Internacional, Tecnos, Madrid, 1999
- LAVAU G, *Las Ciencias Sociales en causas específicas del poder político*, Cedis, Paris, 1966.
- LLASAG, FERNÁNDEZ, R, *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora* en Ramiro Ávila Santamaría, Neo constitucionalismo y sociedad, serie justicia y derechos humanos, No. 1, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- MELO, M. *De la consulta previa informada al consentimiento previo informado: un camino que urge recorrer. el caso ecuatoriano*, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), Quito, 2004.
- MINDIOLA, *Gobernabilidad y consulta previa a los pueblos indígenas*, Fundación Canadiense para las Américas, Guatemala, 2006.
- ORTIZ, GONZALO, *Las Tareas Inconclusas de Nuestra Historia* a propósito de la Plurinacionalidad y el Movimiento Indígena, cita a AYALA, R. de la Cruz y otros, *Pueblos Indios Estado y Derecho*, Corporación Nacional, CS, Quito, 1994.
- PARDO BUENDÍA M, *La evaluación del impacto ambiental para el siglo XXI*. Productivo Brasil, Brasil, 2010
- POTES VERÓNICA, *La Participación Ciudadana en el desarrollo energético sustentable en América Latina y el Caribe*. FLACSO, Ecuador, 2003.

- PUMPIDO TOURON C, *La protección civil del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, Quito, 1992.
- REAL LÓPEZ, B., *Manual de procedimiento forestal*. ed.1. *Proyecto de asesoramiento en política forestal*, Quito, Ecuador, 1996.
- RENGEL ESPINOSA J., *Desarrollo nacional de la minería*, Escuela Politécnica del Litoral, Guayaquil, 1985.
- REICHEL-DOLMATOFF, G. *Discurso pronunciado, al recibir el doctorado honoris causa de la universidad nacional de Colombia*, Bogotá, Colombia, 1987.
- RODRÍGUEZ, GLORIA, A, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Universidad del Rosario, Colombia. 2008.
- S. RODRÍGUEZ, *Mecanismos Jurídicos de la Protección Ambiental*, Jurídicas de Gustavo Ibáñez, Colombia. 1997.
- SALAH EL SERAFY, *Sostenibilidad, Medida del Ingreso y Crecimiento*, en Desarrollo Económico Sostenible, Uniandes, Bogotá. 2004.
- SÁENZ DE TEJADA, *El distrito aurífero de Zaruma*, publicado en forma de folleto en la nación de Guayaquil, Ecuador, 1981.
- SÁNCHEZ, V Y GUIZA. B, *Glosario de términos sobre medio ambiente*, Lexis, Santiago de Chile, 1989.
- SANTANDER MEJÍA. E, *Instituciones de derecho ambiental*, Bogotá, Colombia, 1992
- SHRECKINGER. I., *Minería y medio ambiente*. ed. 1, Quito, Ecuador. 1990.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *VARIOS AUTORES Monografías*. Bogotá. Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia. 2009
- WALSH, C., *Plurinacionalidad e interculturalidad*, Elementos para el debate constituyente, Universidad Andina, Ecuador, 2008.
- WEISS E. BROXN, *Global Environmental Change and International Law: the Introductory Frame Directrice de Publicación*, UNESCO, París, 1987.