

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LA CONSULTA PREVIA A LOS
PUEBLOS INDÍGENAS COMO EL MECANISMO PARA LLEGAR A
ACUERDOS O BUSCAR EL CONSENTIMIENTO EN CASO DE
EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NO RENOVABLES**

AGUSTÍN ACOSTA CÁRDENAS

Tesina para la obtención del título de Abogado de las Cortes y Tribunales de la República del
Ecuador.

Enero del 2010

©Derechos de autor

AGUSTÍN ACOSTA CÁRDENAS

2010

A mis padres por apoyarme a crecer con mis propias experiencias...

Resumen

En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a auto determinarse, teniendo en cuenta su permanencia ancestral en los territorios que habitan. La exploración y explotación de recursos no renovables dentro de estos territorios genera un conflicto de derechos, entre los pueblos indígenas y el Estado. La mediación puede ser el mecanismo utilizado dentro de la Consulta Previa para equilibrar los distintos derechos y llegar a acuerdos justos teniendo en cuenta los derechos colectivos reconocidos en la Constitución, y sin dejar de lado los beneficios que esos recursos pueden otorgar a todos los ecuatorianos.

Abstract

The Convention 169 of the International Labour Organization, recognize to indigenous and tribal people the right to auto determine themselves, taking in consideration their ancestral permanency in the territories in which they live. Exploration and exploitation of none renewable resources generated inside those territories produce conflicts between indigenous people and State authorities. Mediation can be the mechanism use as part of a Previous Consultation to build and equilibrium between parties so they can achieve agreements having in consideration their collective rights recognized in the Constitution, without leaving aside the benefits that those resources can produce to all Ecuadorians.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	...vi
CAPÍTULO I EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SER CONSULTADOS	...15
1.1 Antecedentes históricos de los pueblos indígenas relacionado con la extracción de recursos no renovables	...15
1.2 El Territorio según los pueblos indígenas	...18
1.3 Fuentes del derecho a ser consultado previamente a la realización de un proyecto de exploración y explotación de recursos no renovables	...24
1.3.1 En el ámbito nacional	...25
1.3.1.1 Según la legislación infra-constitucional	...26
1.3.1.2 Según los reglamentos aplicables	...29
1.3.1.3 Según la Constitución vigente	...31
1.3.2 En el ámbito internacional	...37
1.3.3 La Consulta Previa en los países vecinos	...43
CAPÍTULO II EFICACIA DE LA CONSULTA PREVIA	...49
2.1 ¿Qué es la Consulta Previa?	...49
2.2 ¿Cómo se realiza la Consulta Previa?	... 54
2.2.1 ¿Cuándo se da la Consulta Previa?	...56
2.3 La participación en la Consulta Previa?	...59
2.3.1 Legitimación de los participantes en la Consulta Previa	...64
2.4 Consulta libre, previa, informada y de buena fe	...66

CAPÍTULO III LA MEDIACIÓN COMO EL MECANISMO PARA LLEGAR A ACUERDOS BUSCAR EL CONSENTIMIENTO	...70
3.1 La mediación como un método alternativo para solucionar conflictos o prever los mismos	...70
3.2 El mecanismo de mediación	...74
3.3 Aplicación de la mediación en al Consulta Previa	...76
3.4 El proceso de mediación en la Consulta Previa	...79
3.4.1 El mediador en la Consulta Previa	...79
3.4.2 Confidencialidad y voluntariedad	...81
3.4.3 Fin del proceso de mediación en la Consulta Previa	...84
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	...92
BIBLIOGRAFÍA	...102

INTRODUCCION

Los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y de otros lados del mundo han vivido en sus propios territorios desde tiempos inmemorables. Colonizadores, aventureros y viajeros llegaron a sus territorios hace miles de años, y siguen llegando. Estas personas se establecieron en tierras que les pertenecían a los pueblos indígenas, y poco a poco, por inercia o de manera impositiva, han influido en la forma de vivir de los indígenas. Esta influencia, ha tenido como consecuencia el cambio de sus costumbres o en algunos casos, inclusive la desaparición total de pueblos indígenas.

Recién en el año de 1989 se suscribió el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales. En dicho Convenio se estableció ciertos principios y derechos con la idea de buscar el reconocimiento y el respeto que debieron tener desde hace miles de años los primeros extranjeros que se establecieron en tierras de otros; hoy en día, ese reconocimiento y respeto debe darse por

parte de las personas que no somos parte de un pueblo o nacionalidad indígena, pero que convivimos con ellos dentro de un mismo Estado.

Un derecho muy importante que se estableció a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, es el de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas.

Artículo 6

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

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

El propósito por el cual se creó el concepto de Consulta Previa fue para precautelar los derechos de las pueblos y nacionalidades indígenas frente a los posibles daños ecológicos, culturales o sociales, producidos debido al desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables o producidos por el desarrollo de proyectos industriales en las áreas donde habitan estas comunidades indígenas. Por otro lado, la Consulta Previa también ha sido utilizada como un mecanismo para determinar la participación de la comunidad en los beneficios que generen la realización de estos proyectos; así como también, para ser indemnizadas por los perjuicios socio ambientales que se produzcan del proyecto.

El Ecuador ratificó dicho Convenio 169 de la OIT el 15 de mayo de 1998, pero su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 296 se dio el 7 de junio de 1999. Durante ese tiempo, entre la ratificación y la publicación, se dictó la Constitución Política del

Ecuador en el año de 1998. En dicha Constitución se recogió el principio de la Consulta Previa y se lo incluyó dentro de los Derechos Colectivos.

Lamentablemente no fue hasta el 8 de mayo del 2008 con la expedición del Decreto Ejecutivo 1040, publicado en el Registro Oficial 332 en que se reglamentó, de manera general para toda actividad económica, el procedimiento para realizar la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Se reglamentó de manera general para toda actividad económica puesto que anteriormente a la expedición de Decreto 1040, existían dos reglamentos de Consulta Previa, pero para actividades específicas. Uno de estos reglamentos específicos para cierta actividad era: el “Reglamento de consulta en caso de actividades hidrocarburíferas”, el cual fue emitido mediante el Decreto Ejecutivo 3401 publicado en el Registro Oficial 728 el 19 de diciembre del 2002. Por otro lado, para cumplir con normas ambientales se publicó el 19 de octubre del 2006 en el Registro Oficial 380, el Decreto Ejecutivo 1897 el cual regulaba el artículo 28 de la ley de Gestión Ambiental. Estos dos reglamentos eran las únicas normas legales que se utilizaban para cumplir, de cierta manera, el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado por el Ecuador.

El procedimiento actual para cumplir lo estipulado en el Convenio 169 se dio con la creación del “Reglamento de Participación establecidos en la Ley de Gestión Ambiental” mediante el Decreto Ejecutivo 1040 publicado el 8 de mayo del 2008 en el Registro Oficial 332. Este Reglamento hace mención a los mecanismos que se deben utilizar para cumplir lo determinado en el artículo 88 de la Constitución de 1998,¹ así como para cumplir los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental.²

¹ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998. Artículo. 88.- 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.

² Ley de Gestión Ambiental, codificación 19, registro oficial suplemento 418 de 10 de septiembre del 2004. Artículo. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas. El incumplimiento del

De manera muy ligera se menciona en el artículo 26 del Reglamento, que también se aplicará dicho procedimiento para cumplir con los artículos 84 y 85 de la anterior Constitución.³ En el numeral 5 del artículo 84 se menciona el derecho a la Consulta Previa de las comunidades. Este Reglamento expedido en el año 2008 derogó los dos reglamentos anteriores para actividades específicas. Pero se debe mencionar que tiene como base principal en el Reglamento del 19 de octubre del 2006 que regulaba el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental.

Debemos tener en cuenta que el Reglamento de participación establecido en la Ley de Gestión Ambiental sigue vigente aún con una nueva Constitución. Podemos considerar que se dio una reforma tácita, por el hecho de que este se emitió teniendo en cuenta ciertos artículos de Constitución anterior; artículos que guardan el mismo espíritu que los artículos de la actual Constitución. Por lo tanto, en vez de hacer mención a los artículos 88 y 84 de la Constitución Política emitida en 1998; debe mencionar al numeral 7 del artículo 57, y al numeral 3 del artículo 395, como también el artículo 398 de la Constitución del Ecuador publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

Luego de analizar el proceso de Consulta Previa a las comunidades indígenas, he llegado a considerar que existen algunos problemas para la aplicación práctica de lo que señala la Constitución y el Convenio 169 de la OIT. Considero que este hecho se da porque

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. Art. 29.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.

³ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998. Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Numeral 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. Art. 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.

el Reglamento de Participación establecido en la Ley de Gestión Ambiental fue elaborado específicamente para cumplir lo establecido en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental; mas no, para cumplir concretamente con el propósito de la Consulta Previa a las Comunidades como determina el Convenio 169 de la OIT.

El propósito del Convenio 169 de la OIT es el de llegar a acuerdos, entre Comunidad y Estado, o buscar el consentimiento de la Comunidad con respecto al proyecto a realizarse.

Por lo tanto, el problema sobre el cual se elaboró esta tesina, es que el Reglamento de Participación establecido en la Ley de Gestión Ambiental mediante el Decreto Ejecutivo 1040, no satisface el propósito para lo cual fue creada la Consulta Previa a las comunidades, como determina el Convenio 169 de la OIT en el numeral segundo del artículo sexto.⁴

Se puede afirmar que con el Reglamento actual simplemente se busca socializar o difundir un proyecto de extracción de recursos naturales no renovables, con los pueblos indígenas que habitan dentro del área de influencia de ese proyecto; luego de la socialización del proyecto el promotor del mismo incluirá los criterios junto con los estudios de impacto ambiental para que la autoridad competente decida sobre su viabilidad. De esta forma se da cumplimiento a un requisito fundamental para seguir con la ejecución del proyecto, más no se lo realiza para respetar el derecho de autodeterminación reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

Este procedimiento omite totalmente los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas reconocidas por la Constitución como la libre determinación, el respeto a sus creencias y sobre todo el derecho a participar con Consultas Previas en la decisión de proyectos que puedan producir impactos a sus comunidades. Además, con el procedimiento

⁴ Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999. Artículo 6 numeral 2. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

reglamentado por el Decreto Ejecutivo 1040, no se cumple el propósito del Convenio 169 de la OIT que es el de llegar a acuerdos o buscar el consentimiento.

Considerando esa falencia del Reglamento, se propone, que teniendo como base el mismo Reglamento, se utilice un mecanismo existente en la legislación ecuatoriana como el procedimiento de Participación Social adecuado para cumplir con el propósito de llegar a acuerdos o buscar el consentimiento del proyecto propuesto. Este mecanismo que se plantea es la Mediación.

Hasta llegar a demostrar que la mediación es el mecanismo adecuado, que permita generar confianza entre las partes, para que los verdaderos intereses salgan a la luz y de esa manera se llegue a acuerdos sobre el proyecto a realizarse entre los pueblos indígenas y el Estado; se empezará en el primer capítulo demostrando el fundamento legal e histórico por el cual las comunidades indígenas tienen el derecho a ser consultados previamente a la ejecución de un proyecto de extracción de recursos no renovables. La intención de este primer capítulo es para concienciar al público en general, que en este mundo debe haber un poco más de consideración y respeto entre todos sus habitantes.

Luego, en el segundo capítulo, se entrará a analizar el Reglamento antes considerado; el cual, será analizado indirectamente con la Consulta Previa. El único fin de dicho capítulo, es para comprender los principios por el cual debe ser realizada la Consulta Previa a los pueblos indígenas; y de esa manera, percibir que en el Reglamento se debe incluir un mecanismo adecuado para tratar de satisfacer los intereses de las Comunidades Indígenas consultadas y de esa manera tratar de llegar a acuerdos o a un consentimiento sobre el proyecto a realizarse.

Por último, en el tercer capítulo, se tratará el proceso de mediación; y se darán pautas, desde mi punto de vista, de cómo debe ser aplicado como un procedimiento de participación determinado en el Reglamento. Con esto demostraré que la mediación puede ser un mecanismo adecuado para cumplir con el propósito de llegar a acuerdos o buscar el consentimiento de la Comunidad en relación al proyecto. Como conclusión se probará que

el mecanismo a utilizarse es adecuado para realizar la Consulta Previa, de una manera ágil y oportuna como señala la Constitución de la República.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SER CONSULTADOS

1.1. Antecedentes históricos de los pueblos indígenas relacionado con la extracción de recursos no renovables.

Desde hace más de 500 años, con la Conquista Española empezaron los conflictos entre los pueblos indígenas de América y los conquistadores. En ese entonces el impacto

producido por los colonizadores para poder explotar las minas de oro y plata, fue brutal y directo contra el ser humano. Los indígenas eran tratados cruelmente y sin ningún respeto sobre su vida, su territorio y peor sobre su medio ambiente. Un concepto que para ese entonces no tenía ninguna valoración o respeto.

Durante la Colonia Española, en el territorio que hoy consideramos Ecuador, el aprovechamiento sobre las comunidades indígenas para explotar los minerales fue sanguinario en las llamadas mitas de minas⁵. Existe una carta de un sacerdote que envió al Rey de España en la cual se corrobora la manera como se explotaba a los indígenas y a los recursos naturales.

Sírvase V. Majestad de considerar lo mucho, que los indios padecen en las minas de Huancavelica, así por ejemplo el rigor del trabajo, que tiene que entrar quinientas y cincuenta varas debajo de la tierra, como en quebrantar la dureza del metal, enfermar y morir del polvillo, que sale al golpe de la barreta, y les entra por la respiración de la boca y las narices y salir cargados del mismo metal de aquella profundidad, donde jamás se ve la luz del sol, abierto el pecho, cubierto de sudor de sangre, que muchos echan de la boca el aire de allá dentro, como nunca corre es espeso, enemigo de la vida humana y a todos los almadea; y el que sopla, y baña cuando llegan a la boca del socabón, como es delgado los traspasa y mata; el agua que beben cuando salen sedientos, es frigidísima; y sobre todo el rigor, y crueldad, y de muchos mestizos que es codicia violenta, y conocida tiranía, que le saca la sangre.⁶

Aparte de los inhumanos tratos que mantenían los colonos con los indígenas, también se emitieron como parte de Las Leyes de Indias, las Reales Ordenanzas en los Virreinos de la Corona las cuales contenían la Teoría del Dominio Público. Dicha Teoría limitó el dominio de casi todos los indígenas por sobre las tierras que les pertenecían. Desde estas Reales Ordenanzas, con la Teoría del dominio público, de hace casi 500 años hasta la Constitución actual de la República del Ecuador se determina que el dominio del subsuelo pertenece al Estado.⁷ Esta teoría tiene su fundamento actualmente porque los recursos

⁵ Cfr. TINCUI- CONAIE (editor), *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, Cayambe, ABYA-YALA, 1989 p. 24

⁶ TINCUI- CONAIE (editor), *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador...* op.cit. pp. 24-25.

⁷ Cfr. E. GUERRA, "Propiedad de la tierra y riqueza del subsuelo. Un regazo colonial", en GUILLAUME FONTAINE (Editor), *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, Quito, FLACSO, 2003. pp. 109-110

naturales son de todos los ecuatorianos y las riquezas obtenidas deben ser repartidas entre toda la nación.

Al introducirse Las Leyes de Indias, que forman parte de lo que se conoce como el Derecho Indiano, se permitió que ciertos grupos de indígenas tengan la propiedad de la tierra. Esta propiedad se consideraba total sin ninguna limitación relacionada a la teoría del Dominio Público, por lo tanto ciertos indígenas tenían el dominio sobre lo que está en el suelo y subsuelo de su territorio. En la época republicana estas leyes entraron en análisis puesto que el Estado quería los beneficios de los recursos que se pueda obtener del subsuelo.⁸

Al terminar la Colonia Española e instalarse la República, no se produjeron mayores cambios sociales que beneficien a las comunidades indígenas, simplemente fue un cambio de gobernantes Españoles a Criollos. En la etapa Republicana la situación indígena, con respecto a la explotación de recursos no renovables, mejoró. Esta mejoría se dio por que durante la etapa Republicana se dejó de lado las minas por la producción de nuevos productos comerciales como el cacao o la industria textil.

No es hasta los años sesentas y setentas en que se vuelve afectar de manera directa a las comunidades indígenas del Oriente ecuatoriano, específicamente con la presencia de compañías petroleras; es por esto que luego de más de 400 años, varias organizaciones que agrupaban pueblos Quichuas, Shuar y Achuar se constituyen con el fin de luchar de una manera más orgánica por la solución de los problemas que afectan a las nacionalidades de esta Región. Estas agrupaciones se siguieron desarrollando y en 1980 se realizó el Primer Congreso Regional de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana. De ese Primer Congreso se obtuvo la conclusión que “un pueblo sin cultura no puede existir, un pueblo sin territorio no puede vivir, un pueblo sin idioma que es parte de su cultura, no sería pueblo.”⁹

⁸ E. GUERRA, “Propiedad de la tierra y riqueza del subsuelo...” op.cit. pp. 114-118

⁹ TINCUI- CONAIE (editor), *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, op cit., p.101

En 1982, 1984, 1986 se dieron, respectivamente, el Segundo, Tercero y Cuarto Congreso de las Nacionalidades Indígenas de la Amazonia, en éstos se habló por primera vez del impacto causado por las multinacionales, que se asentaron en sus tierras y produjeron graves daños ecológicos. Se concluyó que se debe pedir al Estado una participación de los fondos provenientes de la explotación minera y petrolera para la realización de programas de salud, educación, producción e infraestructura; como también se rechazó toda forma de invasión, trátase de colonos o empresas trasnacionales.¹⁰

Las Nacionalidades Indígenas, luego de permanecer durante los ochentas en gran evolución organizativa, se plantearon el proyecto de autodeterminación, con el cual se buscó desarrollar los sistemas de producción para las comunidades, mejorar las condiciones de vida en estas y mantener el desarrollo cultural propio. Este proyecto trató de obtener la autonomía en los espacios que ellos consideraban que les corresponde. Hay que tener en cuenta que desde el principio se planteó dentro de los Congresos de las Nacionalidades Indígenas, que con el proyecto de autodeterminación no se busca la apropiación de los recursos del subsuelo, lo que se quiere, es que los beneficios obtenidos de dichos recursos se destinen en primer lugar a las zonas de donde se extrajo los recursos.¹¹

“Es, por decir lo menos, impresionante el camino político trazado por los pueblos indígenas e tribales de todo el mundo para defender su supervivencia y reivindicar su derecho a resistir a los procesos de colonización y desarrollo nacionales. Sometidos, exterminados y forzosamente integrados a un modelo de desarrollo ajeno, estos pueblos lograron, durante la segunda mitad del siglo 20, conformar movimientos políticos regionales para articular sus reivindicaciones políticas en el discurso jurídico de los derechos humanos.”¹²

1.2 El Territorio según los pueblos indígenas

¹⁰ Cfr. TINCUI- CONAIE (editor), *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, op cit., pp. 99 - 108.

¹¹ Cfr, A. KOWII , El Derecho internacional y el derecho de los pueblos indígenas en *Pueblos Indios, Estado y Derecho*. Jorge Ortega (editor), Cayambe, Editorial Abya-Yala, 1992. p. 67

¹²F. ISABELA *La consulta previa con los pueblos indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Red Jurídica para la Defensa de la Amazonia. Quito mayo 2009. p 7

Territorio es un concepto que nace como relación a una organización de carácter público como los Estados o Municipios, en el cual rige determinada normativa.¹³ En la actualidad se considera al territorio como un espacio tridimensional, puesto que no solo tiene longitud y latitud sino también tiene profundidad en el cual se incluye al Espacio adyacente y a los yacimientos subterráneos.

CABANELLAS en su *Diccionario Jurídico Elemental* define al Territorio como: “parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado, provincia, región o municipio. La base geográfica de una nación, comprendida dentro de sus fronteras, el espacio sometido a su imperio y el sujeto a su jurisdicción.”¹⁴

El concepto Territorio se encuentra en 43 ocasiones dentro de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008. A mi parecer, la mención más importante de este concepto se da en el artículo cuarto, puesto que nos otorga un alcance de que es Territorio.

Artículo 4.- El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este territorio comprende el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio suprayacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes.

El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable.

Nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión.

La capital del Ecuador es Quito.

El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geoestacionaria, los espacios marítimos y la Antártida.¹⁵

El artículo cuarto de la Constitución del Ecuador nos deja bien claro en qué consiste y qué es el territorio ecuatoriano.

¹³Cfr. M. SORENSEN, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura económica. 1978. p 53

¹⁴ G. CABANELLAS, “territorio” en *Diccionario Jurídico Elemental*. 14ed. Buenos Aires, Heliasta, p 381

¹⁵ Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

En cuatro otras oportunidades dentro del Capítulo IV, de la Constitución de la República, correspondiente a “Los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” se menciona el termino Territorio. La primera vez que se lo hace es en el numeral 5 del artículo 57 que dice: “Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener sus adjudicación gratuita”, la segunda vez la encontramos en el numeral 9 del artículo 57 el cual dice: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”¹⁶. La tercera y la cuarta vez que encontramos el término Territorio es el numeral 20 y 21 del mismo artículo 57, en los cuales se menciona respectivamente sobre “la limitación de las actividades militares en sus territorios”¹⁷ y que “los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible...”¹⁸

Debemos tener en cuenta que el artículo 4 menciona los elementos del territorio que conforma el Estado ecuatoriano, mientras que el artículo 57 menciona ciertas características especiales del territorio que poseen los Pueblos Indígenas.

El territorio de las comunidades indígenas se compone de una extensión de tierra el cual es considerado como un bien inmueble por naturaleza¹⁹. Sobre esta extensión de tierra, las comunidades indígenas tienen un derecho real de dominio el cual es reconocido por la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 4 del artículo 57 que dice: “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que sean inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasa e impuestos.”²⁰

El instituto Interamericano de Derechos Humanos ha determinado que “territorio se refiere a un área geográfica o un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia

¹⁶ Constitución Política del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano*, Quito, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, p. 24

²⁰ Constitución Política del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

cultural y el control político de un pueblo. Tierra se refiere a la porción dentro de ese espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica”²¹.

El territorio nacional expresado en la Constitución, “encarna la idea de un patrimonio colectivo, asumido en forma absoluta, exclusiva y perpetua pero de un modo que supera el contenido de la propiedad puesto que es, además, indivisible conceptualmente, inapropiable e indisponible individualmente, libre y autónomo en su administración interna y en la distribución de sus beneficios y responsabilidades.”²²

Es necesario hacer una diferenciación entre territorio y propiedad, puesto que la propiedad se relaciona con lo privado, mientras que el territorio se relaciona con lo público. El mismo CABANELLAS define a la propiedad como “la facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa objeto del derecho de dominio.”²³

Debemos dejar claro que las tierras que poseen las comunidades indígenas son de propiedad de los pueblos y nacionalidad indígenas. Estas tierras son territorios que pertenecen a una colectividad de indígenas y han sido reconocidas por el Estado por ser territorios ancestrales. Estas propiedades sobre sus territorios tienen ciertas limitaciones puesto que por lo general se encuentran sobre o dentro de bienes nacionales de uso público y bienes fiscales que son de pertenencia del Estado. Entre los bienes nacionales de uso públicos se encuentran: carreteras, calles, puentes, ríos, lagos, lagunas, etc. Mientras que bienes fiscales podemos encontrar: minas, todo tipo de yacimientos, patrimonio forestal, patrimonio de áreas naturales por su flora y fauna.²⁴

²¹ R. DE LA CRUZ, los derechos de los indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza. Instituto interamericano de derechos humanos p 8.

²² L. LA TORRE LÓPEZ, Derechos territoriales frente a las actividades petroleras: un reto para la gobernabilidad democrática. en GUILLAUME FONTAINE (Editor), *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, Quito, FLACSO, 2003 p. 135

²³ G. CABANELLAS, “propiedad” en *Diccionario Jurídico Elemental*. 14ed. Buenos Aires, Heliasta, pp. 324-235

²⁴ Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de derecho civil...* op. cit. p. 26

Muchas veces, estas tierras han sido adjudicadas a las Comunidades indígenas, por estar consideradas como tierras ancestrales, y por lo tanto tienen el derecho a que esas tierras les sean entregadas aunque estén dentro de bienes fiscales.

Todo lo analizado anteriormente, correspondiente al territorio, es razonado según la influencia del Derecho Romano; por su parte, los indígenas consideran al territorio como una unidad con su pueblo o nación, ya que se define de su historia, de su cultura, de su organización y de su entorno que les rodea. Para los indígenas al igual que para los Estados, el territorio es el elemento básico para identificarse como soberano, puesto que sin territorio no se pudiera subsistir como pueblo, comunidad o como Estado.

El territorio indígena tiene un carácter originario, dicha visión del territorio indígena se reconoció con el Convenio 169 la OIT, pues antes no se conocía ciertos derechos colectivos fundamentales para mantener el respeto, simplemente se les concedía un territorio con carácter derivativo de las leyes, cuando en verdad, los indígenas estuvieron ahí antes del conquistador que les imponga leyes y les defina su territorio. Por lo tanto en el numeral 2 del artículo 13 se determina que: “La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”²⁵

Las comunidades indígenas, sostienen que tienen el dominio de sus tierras, por su permanencia desde tiempos inmemoriales; además, consideran que su relación con su territorio se dio por todo lo que ellos han vivido teniendo que adaptarse a su hábitat para luego desarrollarse en él.

En la concepción jurídica occidental, la propiedad tiene como razón de ser su función económica: hacer que el bien sea útil al propietario, y la función económica de la propiedad predial en los sistemas occidentales se refiere a un determinado pedazo de la corteza terrestre, el suelo agrícola, destinado a generar productos y frutos mediante la industria del hombre. En el caso de los territorios indígenas esta forma de percibir la naturaleza del bien, lo desnaturaliza, le priva de significado y, los

²⁵ Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999.

pueblos están teniendo serios problemas para el pacífico disfrute, a gestión y el control de sus territorios por esa desintegración jurídica de su patrimonio territorial.²⁶

La concepción de los indígenas, consiste en aprovechar lo que la naturaleza les da, manteniendo un fuerte respeto sobre ella, puesto que ellos han dependido y seguirán dependiendo de ella por el resto de sus vidas. Mientras que el Estado, tiene una visión de la naturaleza como un bien que es parte del territorio, el cual crea una oportunidad de lucrar y por eso debe ser regulado su uso y explotación.

Desde la Conquista española, se impusieron leyes y creencias nuevas, por sobre las leyes y creencias con las cuales los indígenas vivían. Por el hecho que la concepción de territorio derivado del Derecho Romano, prevalece por sobre el concepto de los indígenas sobre territorio; es que el Estado, con la intención de generar mayores recursos que beneficien a todos los ciudadanos, oferta concesiones sobre territorios indígenas, aunque estos territorios se encuentren reconocidos como territorios indígenas ancestrales.

LILY LA TORRE, nos comenta en su artículo titulado “Derechos territoriales frente a las actividades petroleras: un reto para la gobernabilidad democrática”, lo que los pueblos indígenas pueden considerar al encarar un proyecto de extracción de recursos no renovables en sus territorios.

Para los pueblos indígenas, esta concesión no representa solamente un permiso para pasar libremente por sus tierras hacia el lugar donde se encuentra el yacimiento o la cesión de una pequeña área para las labores de producción. Lamentablemente, son muchos los derechos de los que se ven despojados al introducirse las empresas, algunos tan fundamentales como la salud, el control autónomo de sus territorios ancestrales, el disfrute de la paz, tranquilidad y seguridad, su vida espiritual, el desarrollo de su cultura y de su identidad, su independencia, su alegría, su orgullo y el disfrute de sus recursos en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida con calidad humana. Y por supuesto, la dignidad.

Sin embargo, uno de los derechos más avanzados en el que los pueblos indígenas amazónicos pusieron sus esperanzas para poder afrontar el ingreso de las empresas

²⁶ L. LA TORRE LÓPEZ, Derechos territoriales frente a las actividades... op. cit. p. 138

petroleras fue el derecho de Consulta Previa establecido por el Convenio 169 que al no ser vinculante no permite el resolver con equidad este problema.²⁷

Por último hay que recordar que en el año 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció,

Declarando que: la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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.²⁸

1.3 Fuentes del derecho a ser consultados previamente a la realización de un proyecto de exploración y explotación de recursos no renovables.

La Consulta Previa a las Comunidades Indígenas ha sido incorporada en nuestra legislación nacional y en legislaciones de países vecinos de Colombia, Perú, Brasil; así como también en países con similares situaciones económicas y sociales como Bolivia, Venezuela, Nicaragua y en países tan avanzados como los Países Bajos, Dinamarca, España o Noruega.²⁹ Hasta el momento, según la pagina web de la Organización Internacional del Trabajo, 20 países de todas partes del mundo han ratificado dicho Convenio, como un mecanismo para precautelar los derechos colectivos que poseen las comunidades frente a los posibles daños ecológicos, culturales o sociales que se puedan producir, debido al desarrollo de proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables o desarrollo de proyectos industriales en las áreas donde habitan estas comunidades, como también por medidas legislativa o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas.

1.3.1 En el Ámbito Nacional

²⁷ L. LA TORRE LÓPEZ, Derechos territoriales frente a las actividades... op. cit. p 139.

²⁸ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Comisión Interamericana de D.H. Ser. C No. 79, en párr. 149 (31 de agosto de 2001).

²⁹ Veasela lista de los países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, en la pagina institucional de la Entidad, disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, ILOLEX consultado el 20 noviembre de 2008.

El derecho de los pueblos indígenas del Ecuador a ser Consultados Previamente, no se dio inicialmente con la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales, del 15 de mayo de 1998 que fue publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999. Este Derecho que señala el Convenio 169 a que los pueblos indígenas participen a través de un Consulta Previa, en proyectos que puedan afectar sus comunidades, se vio plasmado por primera vez dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano con la Constitución Política del año 1998.

Aunque el Convenio 169 fue ratificado, y se supone que una vez publicado en el Registro Oficial el convenio es conocido por todos los ecuatorianos porque pasa a ser parte del ordenamiento jurídico del País, estos derechos a favor de los pueblos indígenas fueron plenamente conocidos con la Constitución del 1998, casi un año antes que la publicación en el Suplemento del Registro Oficial. Los derechos ratificados por nuestro país integraron parte de esa Constitución dentro del Capítulo V que tiene el título “De los Derechos Colectivos”.

Por esta gran influencia del Convenio 169 de la OIT en la Constitución del 98, se incluyó de forma detallada, derechos sociales y colectivos, que amparan los derechos de los pueblos indígenas. Entre los grandes beneficios que se introdujeron, se señaló a la Consulta Previa como un mecanismo obligatorio, exclusivo para los pueblos indígenas en ciertos casos, para la protección de sus tierras ancestrales y el beneficio de la comunidad.

La Constitución del 98 incorpora por primera vez la vigencia de los derechos colectivos con aplicación sobre los temas ambientales, el consumo y los derechos de las minorías étnicas y pueblos ancestrales. Igualmente, declara al Estado Ecuatoriano como pluri-cultural y multiétnico y acepta que en su interior coexisten diversas cosmovisiones que inciden sobre la forma que los grupos quieren construir su futuro y aprecian el desarrollo. Estos derechos difusos tiene un carácter colectivo y su ejercicio supone que, en general, los ciudadanos pueden asumir la defensa de los mismos cuando aprecian cualquier tipo de afectación de estos derechos.³⁰

³⁰ J. ALBAN, “Participación, Consulta Previa y participación petrolera”, en GUILLAUME FONTAINE (Editor), *Petróleo y desarrollo sostenible en Ecuador*, Quito, FLACSO, 2003. p. 143

Hay que tener en cuenta, que la Constitución publicada en el Registro Oficial 1 del 11 de Agosto de 1998 establecía dos tipos de consulta, la primera era sobre cualquier actividad en general que puedan tener incidencia ambiental.

Art. 88.- 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.

El segunda tipo de consulta el cual se encontraba en la Constitución del 98 corresponde a una consulta por posibles proyectos o programas de explotación de recursos no renovables que pueda alterar la forma de vida de las comunidades indígenas.

Art. 84: El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Numeral 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.

1.3.1.1 Según la legislación infra-constitucional

El derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas no se encuentra regulada con una ley específica que trate sobre la Consulta Previa a comunidades indígenas en caso que su entorno de vida se vaya a ser alterado, pero existe la ratificación al convenio 169 de la OIT el cual tiene fuerza supra legal. Además en la propia Constitución Política de la Republica del Ecuador publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998, como en la Constitución vigente, consta la obligación de garantizar a todos los habitantes del Ecuador los derechos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos

internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.³¹

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.³²

En el ordenamiento jurídico de nuestro país se que recoge el principio de Consulta Previa establecido en el Convenio 169 de la OIT dentro de algunas leyes. Una de ellas es la Ley de Gestión Ambiental, codificada y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.418, de 10 de septiembre de 2004. En esta ley se ratifica el principio de consultar previamente a la comunidad y establece la obligatoriedad del Estado de realizarla. Este tipo de Consulta Previa se relaciona con la Consulta por temas ambientales determinada en el artículo 88 de la Constitución Política del año 1998.

El Artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental dice:

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

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

El Artículo 29 de la Ley de Gestión Ambiental dice:

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

³¹ Constitución Política de la Republica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 01 del 11 de agosto de 1998.

³² Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

las autoridades competentes.

Otra de las leyes que incluye al derecho de Consulta Previa como parte de su normativa, es la Ley de Hidrocarburos publicada en el Registro Oficial 711 mediante Decreto Supremo 2967 el 15 de noviembre de 1978. Esta ley agregó como parte de su normativa el derecho de Consulta Previa de los pueblos indígenas, el 18 de agosto del 2000 mediante el artículo 40 de la ley No. 000 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 144.

La reciente Ley de Minería publicada..., es otra normativa que trata el tema de la Consulta Previa dentro del artículo 87 y siguientes del Capítulo III el cual se titula “De la gestión social y participación de la comunidad”. Los artículo 89 y 90 de la presente Ley son los que más relevancia tienen como parte de esta tesis.

Art. 89.- Procesos de Participación y Consulta.- La participación ciudadana es un proceso que tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero, dicho proceso deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley.

Art. 90.- Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.

Estas tres leyes que mencionan sobre la Consulta Previa que se debe realizar a los pueblos indígenas que habitan dentro del área de influencia del proyecto a realizarse, no son más que meras referencias a este derecho reconocido desde la Constitución del 98 puesto que todavía no existe una ley específica que regule el ejercicio de la Consulta Previa a los pueblos indígenas.

1.3.1.2 Según los Reglamentos aplicables

Desde la implementación del derecho de Consulta Previa en la Constitución del 98 han tenido vigencia tres Reglamentos los cuales han tratado de regular este derecho. El

primero de estos Reglamentos se promulgó luego de 4 años desde que se incluyó el derecho a la Consulta Previa a las comunidades indígenas en la Constitución del 98. El ex Presidente Gustavo Noboa Bejarano mediante el Decreto Ejecutivo 3401 del 2 de diciembre de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 728 del 19 de diciembre del 2002 emitió el Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíficas. Supuestamente dicho Reglamento se realizó teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT, “que dispone que la Consulta Previa debe realizarse mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”.³³

El motivo por el cual se dictaminó el Reglamento fue para dar cumplimiento al artículo 9 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíficas que establecía que “previamente al inicio de toda licitación petrolera estatal, el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones petroleras aplicará en coordinación con el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio del Ambiente los procedimientos de consulta previstos en el reglamento que se expida para el efecto”³⁴

Según DAVID CORDERO dicho Reglamento contenía inconstitucionalidades de fondo y de forma, puesto que la Constitución del 98 establecía la facultad reglamentaria al Presidente de la República única y exclusivamente para aplicar leyes sin contravenirlas. El Reglamento como determinamos anteriormente no era un reglamento de aplicación de una ley, sino de aplicación del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíficas.³⁵

Algunas de las inconstitucionalidades de fondo que consideraba CORDERO sobre el Reglamento ya derogado, es que este “no recogía el espíritu de la normativa constitucional e internacional en el desarrollo de sus normas. Los artículos 14 y 30 del Decreto 3401

³³ Reglamento de Consulta de Actividades Hidrocarburíficas. Publicado en el Registro Oficial 728, el 19 de diciembre del 2002 mediante el Decreto Ejecutivo 3401. Preambulo.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ D. CORDERO, Implementación del Derecho de Consulta Previa a los Pueblos Indígena en Ecuador, en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislaciones y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Red jurídica para la Defensa de la Amazonia, Quito, 2009 p. 120

permitían la clasificación de los obtenidos como información reservada por contrato o acuerdo confidencial. Esto obstaculiza el acceso a la información y la posibilidad de que la consulta sea sustancial,” o que “la integralidad de la reparación se restringía no al daño ambiental sino a las áreas de educación y salud.”³⁶

Un segundo Reglamento que tuvo una vigencia de apenas dos años fue el Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental. Dicho reglamento fue emitido por el ex Presidente Alfredo Palacios mediante Decreto Ejecutivo 1897 el 19 de octubre del 2006 el cual fue publicado en el Registro Oficial 380. Dicho reglamento se refería específicamente a la consulta previa en materia ambiental.

Por la corta vigencia que tuvo el Reglamento del 2006, y además porque el actual Reglamento es casi una copia idéntica del Reglamento del 2006, solo se analizará brevemente ciertos aspectos en los cuales se cambia el actual Reglamento.

En la legislación ecuatoriana, se encuentra en vigencia el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental; dicho reglamento fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 332 del 8 de mayo del 2008. El Reglamento se realizó con el fin de regular los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, antes mencionados en esta tesis. El propósito del Reglamento es el de garantizar el respeto a los ciudadanos a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y sin contaminación.³⁷

Aunque la finalidad del reglamento fue para regular los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, artículos que fueron desarrollados a partir del artículo 88 de la Constitución de 1998; debemos tener en cuenta, que el artículo 26 del mismo Reglamento, expresa que este procedimiento de participación también se aplicará a la consulta que hace referencia el artículo 84 de la Constitución promulgada el 11 de agosto de 1998 en el suplemento del Registro Oficial No. 1.

³⁶ D. CORDERO, Implementación del Derecho de Consulta Previa... op. cit. pp.122- 123

³⁷ Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, publicado en el suplemento del Registro Oficial 332 del 8 de mayo del 2008

Entre el Reglamento del 2006 y el Reglamento vigente, claramente uno se puede observar que se simplificó notablemente el procedimiento, puesto que el Reglamento del 2006 tenía casi el doble de artículos. Aunque se simplificó el procedimiento en cuanto a la cantidad de artículos, se incluyó ciertos criterios muy importantes como que “la participación social se efectuara de manera obligatoria para la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental.”³⁸ Otro criterio muy interesante tiene que ver con la forma como se proporcionará la información a la comunidad. Esta será según lo que determina el artículo 9 del Convenio 169: “en función de las características socio-culturales y deberá responder a criterios tales como: lenguaje sencillo y didáctico, información completa y veraz, en lengua nativa, de ser el caso; y procurará un alto nivel de participación.”

1.3.1.3 Según la Constitución vigente

Luego de diez años de ratificar el Convenio 169, en la actual Constitución publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, como ejes transversales encontramos: el respeto y aplicación de los Derechos Humanos, la protección del medio ambiente y la participación ciudadana. Esto quiere decir que todos los derechos o áreas que legisla nuestra Constitución deberán respetar e incluir dentro de la aplicación de los principios que señala la Constitución los ejes transversales antes mencionados.

Los artículos de la Constitución de la República que hacen mención a lo antes indicado son el artículo 11 el cual expresa:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

³⁸ Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999. Artículo 10.

Numeral 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.³⁹

El artículo 14 que dice:

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

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.⁴⁰

Por último, de la participación, podemos decir que se incluye en casi cada aspecto de la Constitución; en el tema relevante a esta tesis debemos considerar artículos 61 y 57, que serán analizados más adelante a lo largo de esta tesis.

Artículo 61: Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

2. Participar en los asuntos de interés público.
3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.
4. Ser consultados.⁴¹

Estos ejes transversales de la Constitución refuerza la necesidad de la Consulta Previa a las comunidades, teniendo como base la participación social en defensa de la comunidad y el medio ambiente, dentro de los objetivos de un Estado soberano.

³⁹ Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

⁴⁰ Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

⁴¹ *Ibíd*em

Dado que el valor de la Consulta Previa a las comunidades, adquirió más fuerza en los últimos años, en la Constitución actual se incorpora la Consulta Previa ampliando el ámbito sobre la cual se la introdujo en 1998. Expresamente señala en su artículo 57.

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

Numeral 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.

Numeral 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos⁴²

La diferencia con la Constitución de 1998, es que incorpora las características esenciales de la Consulta Previa, al señalar que debe ser libre e informada, dentro de un plazo razonable y realizado por la autoridad competente. También, se indica la superioridad de Constitución y la ley en caso de que no haya consentimiento de la comunidad, como una posible solución para proseguir con el plan consultado sobre los recursos no renovables. Por último en la Constitución vigente se da el reconocimiento del derecho a la Consulta Previa en temas pre-legislativos.

Si bien el texto de dicha Constitución *del 98* no recoge plenamente el contenido del derecho a la consulta, sobre todo en lo que se refiere a la referencia expresa a la consulta pre-legislativa...⁴³ (El énfasis es mío)

⁴² Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008.

⁴³ D. CORDERO, Implementación del Derecho a la Consulta... op. cit. p. 117

Como analizamos anteriormente el artículo 84 de la anterior Constitución y el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución de la República actual, guardan el mismo espíritu porque fueron creados por el mismo propósito, influenciadas por el mismo Convenio 169 de la OIT; por lo tanto, una parte del reglamento debe ser reformado y se debe cambiar de número 84 en el artículo 26 por el número 57 correspondiente a la Consulta Previa a la comunidades indígenas. Sin importar eso, podemos decir que existe una reforma tácita al Reglamento, y en vez hacer mención al artículo 88, debe hacer mención al artículo pertinente de la actual Constitución, que es el artículo 57 numeral 7.

Al parecer el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, es de gran ayuda para realizar la Consulta, pero desde mi punto de vista no es suficiente para que los criterios de la comunidad sean tomados en cuenta. El fundamento por lo expuesto se lo analizará en los siguientes capítulos de la presente tesis.

De este análisis realizado en orden cronológico sobre las normas existentes en nuestro país se puede concluir que el derecho de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas a ser Consultados Previamente está en pleno desarrollo, y cada vez se le está otorgando más importancia al tema. Sobre todo por la relevancia que la Constitución le ha concedido directamente en ciertos artículos como el 57 y el 398, e indirectamente en el artículo 426.

Este desarrollo, e importancia, que se está dando al derecho de Consulta Previa, lo podemos observar al comparar dos casos relacionados con concesiones mineras. Una de ellas conocido como el caso Nangaritza, el cual consta en la Resolución No. 334 del Tribunal Constitucional publicada el 22 de octubre de 2003 en el Registro Oficial 195, en la cual la Sra. Dina Yolanda Reyes y otros

interpone acción de amparo, contra el Director Nacional y el Director Regional de Minería, que entregaron la denominada concesión Melisa (código 5000337.1), solicitando que se suspenda todo tipo de actividad de exploración, explotación o servidumbre para la ejecución de tareas mineras, que la concesionaria repare e indemnice los daños contra el medio ambiente y las propiedades de los afectados producidos por sus actividades, que se declare la nulidad de la concesión minera y que

se disponga e cese definitivo del acto administrativo que concede el área de actividad minera denominado Meliza...⁴⁴

Dicha acción de amparo la interpusieron puesto que una vez concedida la Concesión, los afectados por el proyecto a realizarse manifestaron en una audiencia de conciliación sobre una demanda de servidumbre “que esa actividad produciría daños materiales y ambientales que no se podrán recuperar sino después de varios siglos, siendo un peligro para la vida humana, animal y vegetal por lo que se negaban al otorgamiento de la servidumbre”⁴⁵. Esta afirmación la sustentaron con una cantidad de normas que forman parte de los fundamentos de derecho presentados. Entre las normas invocadas consta: “los artículos 3, numeral 3, 16, 17, 23, número 6 y 86 de la Constitución que consagran el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; los artículos 1, inciso segundo, 26 y 88 del texto constitucional y 28 de la Ley de Gestión Ambiental, sobre el derecho a la consulta previa y contar con los criterios de la comunidad”⁴⁶. El Tribunal negó el amparo interpuesto haciendo un análisis de apenas medio párrafo sobre los fundamentos de hecho y derecho presentados por las partes relacionados con la Consulta Previa y la afectación a la comunidad, cuando el análisis entero del Tribunal es de dos páginas y media.

Otro caso más reciente en el cual el Tribunal Constitucional resolvió conceder parcialmente la acción de amparo constitucional solicitada, fue la Resolución No. 544 publicada en el Suplemento del Registro Oficial 58 del 5 de abril del 2005. El accionante de la acción de amparo solicitó que se declare la nulidad del otorgamiento del Título de Concesión Minera denominada YUMA. Sus fundamentos de derecho consistían entre otros en violación a los artículos 88 y 3 de la Constitución. También alegaban como fundamentos de hecho que “tampoco se ha realizado la consulta previa en el artículo 88 de la Constitución Política de la

⁴⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, Registro Oficial 195, Resolución No. 334 publicada el 22 de octubre del 2003.

⁴⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, Registro Oficial 195, Resolución No. 334 publicada el 22 de octubre del 2003.

⁴⁶ Tribunal Constitucional del Ecuador, Registro Oficial 195, Resolución No. 334 publicada el 22 de octubre del 2003.

Republica.”⁴⁷ En dicha resolución el Tribunal resolvió “suspender provisionalmente la explotación minera en el área Yuma en protección de los derechos ambientales afectados.”⁴⁸ Uno de los considerandos en el cual el Tribunal baso su dictamen fue el considerando noveno en el cual se determina que “siendo la naturaleza un bien bajo tutela del Estado, el mismo que está obligado a tomar medidas de prevención y precaución para enfrentar el impacto o las consecuencias ambientales negativas de algún acto u omisión humana”; otro considerando que hace relación con esta tesis es el considerando decimo primero, el cual considera “la alegación por parte de los accionantes de la existencia de daños ambientales ocasionados por la falta de cumplimiento por parte del concesionario del área minera YUMA del Plan de Manejo Ambiental aprobado para dicha área...”⁴⁹.

Como podemos percatarnos de la Resolución del tribunal Constitucional en el caso Nangaritza del año 2003, a la resolución del caso YUMA del año 2007; ha existido un gran avance al considerar los impactos ambientales producidos por un proyecto de explotación de recursos no renovables, como suficientes para poder conceder una acción de amparo constitucional y ordenar la suspensión de la actividad. Al momento no existe un análisis por parte del Tribunal Constitucional en que considere el Convenio 169 de la OIT para suspender una actividad.

1.3.2 En el Ámbito Internacional

Como se ha mencionado anteriormente, la base para desarrollar el derecho a que los pueblos indígenas sean consultados previamente a la ejecución de cualquier proyecto de explotación o exploración de recursos no renovables que pueda afectar su medio ambiente o su cultura, es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos

⁴⁷ Tribunal Constitucional del Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No. 58, Resolución No. 544 publicada el 5 de abril del 2007.

⁴⁸ Tribunal Constitucional del Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No. 58, Resolución No. 544 publicada el 5 de abril del 2007.

⁴⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No. 58, Resolución No. 544 publicada el 5 de abril del 2007.

indígenas y tribales. Dicho convenio se suscribió en Ginebra el 27 de junio de 1989 durante la 76 Conferencia Internacional del trabajo.

Se debe señalar que la OIT, siendo un organismo especializado de los trabajadores, también se ha dedicado a analizar y defender los derechos de los pueblos indígenas. En el año de 1930, emitió las primeras medidas de protección para trabajadores indígenas nativos en ciertas colonias europeas. En 1957, se elaboró el primer Convenio relacionado con las poblaciones indígenas, el cual fue el convenio 107, sobre las Poblaciones indígenas tribales y semitribales de los países independientes, suscrito el 26 de junio de 1957.⁵⁰ Este primer convenio al momento se encuentra ratificado por 18 países, mientras que nueve países lo han denunciado. La denuncia que la han realizado estos Estados, incluyendo el Ecuador, tiene sustento en la ratificación del Convenio 169 de la OIT. ARIRUMA KOWII considera que el Convenio 107 “se dictó con tintes paternalistas, integracionistas y de asimilación, se dictó sin la participación de los pueblos indios”⁵¹

El Convenio 169 de la OIT es la base por la cual el Estado ecuatoriano tiene la obligación de realizar la Consulta Previa, por lo tanto cabe analizar ciertos artículos del mismo, con el objetivo de conocer sus derechos.

Haciendo una breve explicación debemos decir que según el artículo dos de dicho Convenio los Gobiernos tienen la obligación de garantizar la integridad territorial de los pueblos indígenas. Es muy importante mencionar, que el concepto de territorialidad indígena, según su forma de vivir, es aceptado por este Convenio ya que el artículo quinto expresamente indica:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en

⁵⁰ Véase la lista de los países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT, en la página institucional de la Entidad, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>, ILOLEX, consultado el 20 noviembre de 2008.

⁵¹ Cfr. A. KOWII, “El Derecho internacional y el derecho de los pueblos indígenas”, en *Pueblos Indios, Estado y Derecho*. JORGE ORTEGA (editor), Cayambe, Abya-Yala, 1992.

consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.⁵²

Es fundamental, este artículo quinto, porque para aplicar lo que el Convenio 169 dispone se debe reconocer, proteger y respetarse todos los valores, prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales; por lo tanto al momento de realizar la consulta, esta debe ser ejecutada teniendo en cuenta las creencias indígenas, y no solamente el concepto que anteriormente se los describió como un concepto de territorialidad evolucionado del derecho romano.

Respecto de los recursos no renovables, el Convenio 169 reconoce que los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, como es en el caso de nuestro país; y en caso, de querer explotarlos, se deberá consultar previamente a las comunidades a fin de conocer los criterios de las mismas con respecto a las posibles afectaciones que se puedan dar.

Artículo 15 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

⁵² Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicado en el suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999.

El propósito de la Consulta Previa como determina el artículo sexto numeral segundo es el de “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas.”⁵³ El llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de la comunidad, tiene que ver con la aceptación total del o parcial del proyecto a realizarse.

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

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

b) **establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente,** por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

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

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

Aparte del Convenio 169 de la OIT, se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, la cual fue aprobada por la resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007.

Esta Declaración es de mucha importancia para los pueblos indígenas, porque plantea ciertos derechos que aunque no son plenamente aceptados por todos los Estados, da el primer paso para que algún momento luego de debates y estudios se incorpore en los marcos normativos. De esa manera los indígenas podrán hacer que su decisión sobre la realización de un proyecto sea vinculante para los Estados.

⁵³ Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicado en el suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999.

PASTOR, afirma que las resoluciones de la Asamblea General no son obligatorias para los Estados miembros, puesto que la Asamblea General no es una entidad legislativa mundial, porque la Carta de las Naciones Unidas no se expresa en tal sentido.⁵⁴ Aun así, las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se las considera derecho blando o *soft law*, las cuales no tienen la fuerza necesaria para crear normas positivas obligatorias de derecho internacional, pero si son una fuente del derecho en cual se la utiliza como referencia por su carácter técnico y científico.⁵⁵

El hecho de que la Declaración de los Pueblos Indígenas no sea vinculante para el Ecuador no quiere decir que no debemos considerar ciertos aspectos de la misma que no se contradigan con la normativa interna, puesto que simplemente pueden sustentar los principios vigentes.

Primero debemos analizar que en esta Declaración en el artículo 26 expresa que los pueblos indígenas tienen derecho a “poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional”⁵⁶. Este artículo se puede dar para muchas interpretaciones, una de ellas puede ser que los pueblos indígenas tienen control por sobre todos los recursos renovables y no renovables, puesto que en dicho artículo se habla de recursos y no especifica de que tipo. Pero recordando el análisis según el concepto de territorio para los pueblos indígenas, los recursos son aquellos bienes que la naturaleza les ha otorgado para su satisfacción. Por lo tanto, los recursos no renovables como petróleo y ciertos minerales no son recursos que los pueblos indígenas hayan necesitado para su sobrevivencia según sus costumbres.

Una vez comprendido el alcance de lo que la Declaración trata de que se reconozca como derechos de los pueblos indígenas en relación al territorio, debemos analizar el artículo 18 que es el relevante al tema de esta tesis. Este artículo es muy importante puesto que habla

⁵⁴ J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 8va. ed., Madrid, Tecnos, 2002. pp. 153-154

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007.

de la participación de los pueblos a través de sus representantes en cuestiones que afectan sus derechos. La segunda parte de este artículo hace mención a las consultas que el Estado debe realizar con los pueblos antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas. Hasta este momento el artículo expresa lo mismo que determina el Convenio 169 de la OIT con relación a la Consulta Previa, pero en su parte final dice “para obtener su consentimiento libre, previo e informado”⁵⁷.

Al incluir al consentimiento libre previo e informado como indispensable para tomar decisiones administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas, se está perdiendo totalmente la soberanía del Estado. La Consulta Previa con el fin de llegar a acuerdos o buscar el consentimiento, ya es una gran cesión que el Estado realiza para respetar los derechos de los pueblos indígenas, pero hay que tener en cuenta el interés general por sobre el interés particular o minoritario que representa una comunidad indígena.

Debemos recordar que tanto en la Constitución de 1998, como en la Constitución actual en su artículo 426⁵⁸, se reconoce y se debe aplicar directamente derechos reconocidos por los instrumentos internacionales que sean más favorables que a Constitución. Por lo tanto, en el futuro los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador pudieran fundamentarse en el artículo 426 de la Constitución para que su decisión sobre un proyecto a realizarse dentro de su territorio sea vinculante según lo determina la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, la cual fue aprobada por la resolución de Asamblea General de las Naciones Unidas 13 de septiembre de 2007.

⁵⁷ Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicado en el suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999.

⁵⁸ Constitución del Ecuador, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre de 2008. Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para llegar al desconocimiento de tales derechos.

Debo mencionar que aparte del Convenio 169 de la OIT y anterior a la Declaración antes analizada, existe la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en junio del año 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Esta declaración tiene como objetivo “alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema y de desarrollo mundial”⁵⁹. De entre los tantos principios que se expresan a lo largo de esta declaración, hay que rescatar que se proclama que los seres humanos tenemos derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. También se determina que los Estados tienen derecho a aprovechar sus recursos pero sin causar daño al medio ambiente.

Por último, existen algunos principios que hacen relación directamente con el tema de esta de tesis, como son el principio diez, que habla de la participación de todos los ciudadanos interesados que se puedan ver afectados por algún posible peligro que atente contra el medio ambiente en el cual viven. En este principio diez también se dice que las personas interesadas deben tener la oportunidad de participar en los procesos de adopciones de decisiones.

A lo largo de otros principios se vuelve a mencionar el tema en el que se deben realizar estudios de impacto ambiental para determinar posibles impactos en el medio ambiente y de ser el caso con la elaboración de una legislación adecuada se debe indemnizar y reparar el daño a la comunidad afectada.

Es muy importante esta Declaración de Río, porque da las pautas iniciales para los que es el estudio de impacto ambiental, el cual es parte fundamental en la realización de la Consulta Previa a las comunidades. Así como también ratifica los principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, como el de participación, respeto e indemnización por posibles

⁵⁹ Declaración de Río sobre el medio ambiente y el Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de junio de 1992.

daños o afectaciones a las comunidades indígenas.

1.3.3 La Consulta Previa en los países vecinos

A lo largo y ancho de toda la Selva Amazónica existen distintos pueblos y nacionalidades indígenas. Seguramente, por esta razón es que todos los países que compartimos un pedazo de la Selva Amazónica han ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígena y tribales.

Brasil siendo el país con mayor extensión de Selva Amazónica ratificó el Convenio 169 de la OIT luego de 11 años desde que este instrumento internacional llegará al Congreso Nacional. Uno de los motivos por el cual tomó tanto tiempo la ratificación, fue el hecho de reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho. El reconocimiento de “pueblos” distinto al pueblo brasileño produjo ideas de una desintegración del Estado.⁶⁰

Una vez que comprendieron que el reconocimiento como sujetos de derecho es para buscar la autodeterminación de los pueblos indígenas más no para obtener un derecho de secesión, se incluyó al Convenio 169 de la OIT como parte del ordenamiento jurídico de Brasil. Por lo tanto en la Constitución brasileña se determina:

Que el aprovechamiento de los recursos hídricos en tierras indígenas, así como la prospección y la exploración de los minerales en aquellas tierras, solo pueden ser realizadas con la autorización del Congreso Nacional, en los términos del numeral 3 del artículo 231. El Congreso Nacional a su vez, tiene el deber (y la competencia exclusiva) de consultar a las comunidades potencialmente afectadas antes de autorizar tales emprendimientos.⁶¹

⁶⁰ Cfr. I. FIGUEROA. El convenio 189 de la OIT y el deber del Estado brasileño de consulta a los pueblos indígenas y Tribales. *En la Consulta Previa con los pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Red jurídica para la Defensa de la Amazonia. Quito, 2009 p 18.

⁶¹ Cfr. I. FIGUEROA. El convenio 189 de la OIT... op. cit. p. 18.

Existe un caso en Brasil conocido como Complejo Juruena que es muy interesante, no solo para la jurisprudencia del Brasil sino para todos los países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Este caso trata sobre la autorización de la Agencia Nacional de Energía Eléctrica para construir 11 plantas hidroeléctricas en un trecho de 130 km a lo largo de un río en el estado de Mato Grosso. En un inicio, el Tribunal Regional de la 1 Región, “dicto decisión liminar para que los requisitos ambientales y sociales fueran cumplidos”, por el hecho que significaría el aprovechamiento de los recursos hídricos de dominio de Brasil y que atraviesan áreas de tierras indígenas, por lo tanto, requiere la autorización del Congreso Nacional según el numeral 3 del artículo 231 de la Constitución Federal. Inconformes con la decisión el estado de Mato Grosso presentó una acción para suspender la Decisión Liminar. El presidente del Supremo Tribunal Federal argumentó: “que en vista de que ninguna de las usinas iba ser instalada al interior de tierra indígena, no había necesidad de la autorización del Congreso Nacional y suspendió la ejecución de la liminar otorgada”⁶². El proyecto empezó el año pasado, pero los representantes de los Pueblos Enawew Nawe junto con el Instituto Socioambiental entregaron una petición de *Amicus Curiae* al Tribunal Supremos Federal para que considere que aunque las comunidades no se encuentran dentro de la influencia directa, de igual manera les producirá impactos.⁶³

A diferencia de lo que se señala en Brasil y en nuestro país, en Colombia no se establece explícitamente en la Constitución que se debe realizar de manera obligatoria la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en caso de explotación de recursos no renovables. Lo que establece el artículo 330 de la Constitución colombiana es que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

⁶² I. FIGUEROA. El convenio 189 de la OIT... op.cit. p. 37.

⁶³ Enawene Nawe pedem moratória para novos licenciamentos de hidrelétricas em Mato Grosso [28/10/2008 16:56] Consultado en http://www.socioambiental.org/search/index_html

Aunque el Convenio 169 de la OIT fue ratificado y se adoptó como la Ley 21 de 1991 entrando en vigencia el 5 de setiembre de 1991, este derecho fue efectivamente reconocido gracias a la creación jurisprudencial del derecho a la Consulta Previa.

La Corte Constitucional dictaminó en la Sentencia SU- 039 de 1997 sobre los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos en las comunidades indígenas U' Wa, que:

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social...

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental, tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud del art. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.⁶⁴

Otra sentencia que sirve para ver el desarrollo que ha tenido el derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas, relacionados con la extracción de recursos naturales por medio de la jurisprudencia, es una sentencia más reciente que la Corte Constitucional de Colombia resolvió el 26 de octubre del 2006.

Primero.-REVOCAR las decisiones en cuanto niegan el restablecimiento de los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Motilón Barí a la integridad económica y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a no ser maltratados, a la participación, a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección...

Cuarto.- ORDENAR a los Ministerios de Defensa Nacional y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial emitir las órdenes y adelantar los controles y apoyo necesarios, dentro de sus competencias, con el fin de que la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la exploración del Pozo Álamo 1 se cumpla efectivamente.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia sentencia SU-039/97 del 3 de febrero de 1997

Una vez concertada o definida la presencia del Pueblo Indígena Motilón Barí en la zona de influencia del Pozo Álamo 1 el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial i) deberá emitir las órdenes que resulten necesarias para la suspensión definitiva de las actividades exploratorias; ii) garantizará la participación de dichas comunidades, sus autoridades y representantes en los trámites de Licencias y Permisos con fines de exploración de recursos naturales en la región y iii) pondrá especial cuidado en los Estudios y Planes de Manejo Ambiental sometidos a su consideración, con el fin de verificar su sujeción a los lineamientos de la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT.⁶⁵

Como se mencionó en un inicio en Colombia la implementación del Derecho a la Consulta Previa se ha dado por el ejercicio jurisprudencial y en particular a través de pronunciamientos de la Corte Constitucional, como por la Sentencia de unificación de jurisprudencia SU 383 de 2003 que advierte la incompatibilidad del Decreto No. 1320 de 1998, por contravenir disposiciones del Convenio 169 de la OIT.⁶⁶ El Decreto 1320 de 1998, reglamentaba la Consulta Previa a las Comunidades.

Analizando la realidad sobre la Consulta Previa en el Perú, podemos decir que este es el país en que menos desarrollado este derecho. El Convenio 169 de la OIT fue ratificado mediante Resolución Legislativa 26253 el 26 de noviembre de 1993 y promulgado por el Ejecutivo con fecha 2 de diciembre de 1993.⁶⁷

En la Constitución peruana, al igual que en la Colombiana tampoco hay una referencia expresa al derecho de Consulta Previa, simplemente en su artículo 3 establece “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”⁶⁸ Por otro lado en la misma Constitución, también

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia sentencia T-880/06 del 26 de Octubre del 2006.

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia sentencia SU-383/03 del 26 de Octubre del 1997.

⁶⁷ V. PINTO. Situación del Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado a los Pueblos Indígenas en el Perú, *En la Consulta Previa con los pueblos Indígenas: Legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Red jurídica para la Defensa de la Amazonia. Quito, 2009. p. 143.

⁶⁸ Constitución Política del Perú publicada el 31 de diciembre de 1993, tomada de <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> el 27 de octubre de 2009.

podemos darle una fuerza Constitucional al derecho de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas, según lo que determina la Disposición Final y Transitoria Cuarta que expresa lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Recién el año pasado el Ministerio de Energía y Minas reconoció como fuente de los reglamentos para las actividades Hidrocarburíficas y Mineras al Convenio 169 de la OIT. Estos Reglamentos según las palabras del tratadista peruano VLADIMIR PINTO

Desnaturaliza la consulta, es que los talleres se desarrollan con posterioridad a las negociaciones y acuerdos que el Estado lleva a cabo con una empresa determinada. La interpretación del Ministerio de Energía y Minas al respecto, es que la obligación establecida en el artículo 15.2 del Convenio es consulta “previo al inicio de la operaciones en los territorios indígenas”, de manera tal que, ni la negociación ni el contrato, son incluidos en el proceso de consulta, toda vez que las operaciones se inician con la presentación del EIA para la etapa de exploración

CAPITULO II

EFICACIA DE LA CONSULTA PREVIA

2.1. ¿Qué es la Consulta Previa?

Para entender a fondo que es la Consulta Previa primero debemos conocer su definición o concepto. Por su poca vigencia que ha tenido a lo largo del tiempo, no ha llegado a ser incluido ni en los diccionarios jurídicos más recientes, con conceptos y definiciones nuevas. Por lo general, se habla de consulta refiriéndose al tema de Derecho Internacional Público, cuando un Estado consulta a otro Estado, o en temas de Consulta Popular realizadas por un Gobierno a sus ciudadanos; o la realización de la consulta tributaria por parte del contribuyente a la autoridad.⁶⁹

Se debe recordar que el concepto de Consulta Previa nació del derecho internacional con el Convenio 169 de la OIT al final de la década de los ochentas, y en muchos casos como en nuestro país recién se le dio verdadera importancia a finales de los noventas.

⁶⁹ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires. Heliasta, Tomo II, 30ª ed 2008. p. 89.

Uno de los pocos tratadistas que elaboró una definición de Consulta Previa basada en el Convenio 169 de la OIT es GRUESO, el cual obtuvo como resultado que la Consulta Previa es:

Un mecanismo de participación que se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.⁷⁰

Esta definición hace hincapié en que es un mecanismo de participación que deben tener los pueblos indígenas; el cual no solo se debe realizar con respecto a proyectos o planes de desarrollo, sino también con la realización de políticas públicas que involucren a las comunidades indígenas, basándose en su derecho a decidir, conservar y desarrollar su forma de vida según lo estipulado por la Constitución de la República en su artículo 57.

En un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo realizado en el año de 1996, se consideró que para que los proyectos financiados por el Banco sean elaborados de una mejor manera y no causen conflictos posteriores, se debe desarrollar una mejor participación comunitaria en base a consultas a lo largo de la elaboración y ejecución de los proyectos que puedan producir impactos⁷¹. En dicho estudio se determina que:

La consulta no es simplemente pedir opiniones y obtener el consentimiento de la comunidad para la implementación de planes ya concebidos, tampoco se asemeja a una audiencia pública. Mas bien, la consulta con los expertos, una vez que se sepa como identificar a los más indicados, sobre una serie de decisiones puede optimizar la recuperación de la inversión y hacer que las personas tengan más control sobre sus propias vidas.⁷²

Capaz la más precisa definición de Consulta Previa, la podemos encontrar entre los artículos del Convenio 169 de la OIT, en donde se desarrolló dicho concepto mundialmente.

⁷⁰ L. GRUESO , *La participación y Consulta Previa* publicado el 10 de octubre de 2008 en <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=w1-1--&x=20156120>

⁷¹ N. SCHWARTZ Y A. DERUYTTERE, *Consulta Comunitaria, desarrollo sostenible y el Banco Interamericano de Desarrollo*. Washington D.C. BID. 1996 p.7

⁷² N. SCHWARTZ Y A. DERUYTTERE, *Consulta Comunitaria, desarrollo sostenible y el Banco Interamericano de Desarrollo*. Washington D.C. BID. 1996 p. 6

En el artículo 6 de dicho Convenio se estableció lo que hoy llamamos la Consulta Previa al determinar qué:

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

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

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

Por lo tanto la Consulta Previa pasa a ser una condición anterior a la realización de cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar directamente a un pueblo. Esto es recogido por la Constitución Ecuatoriana en su artículo 57 numerales 7 y 17.

Se debe tener en cuenta que el verdadero propósito de la Consulta Previa es el de ser utilizada como mecanismo para respetar los derechos de los pueblos indígenas a mantener una vida acorde a sus principios y tradiciones.

Luego de haber analizado algunos conceptos se puede determinar que la Consulta Previa a los pueblos indígenas es un derecho que se exterioriza a través de un mecanismo que involucra la participación social de las comunidades y demás instituciones que tengan un válido interés en el proyecto consultado, con la intención proteger y precautelar los derechos colectivos que poseen los pueblos y nacionalidades indígenas. Debemos recordar que estos

derechos han sido reconocidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución de la República.

En el ordenamiento jurídico nacional encontramos una relación conceptual de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas dentro en el Decreto Ejecutivo 1040 con el cual se emitió el “Reglamento de aplicación de los mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental en los artículos 28 y 29”. En dicho Reglamento se define el concepto de Participación Social como los mecanismos para dar a conocer a la comunidad que se encuentre dentro del área de influencia, sobre los proyectos que puedan producir un impacto ambiental⁷³. Lo que dicho Reglamento llama Participación Social en la gestión ambiental, es conocido internacionalmente según el convenio 169 de la OIT, como el proceso de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Debemos recordar que a las instituciones no se las conoce por el nombre sino por sus efectos.

Por otro lado, debemos reconocer que el Convenio 169 la OIT determina en el numeral primero del artículo 7:

el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.⁷⁴

Por lo tanto cuando el Reglamento define al área de influencia como la “zona o territorio potencialmente afectada por una actividad o proyecto que implique impacto ambiental, la misma que será definida por la autoridad competente en el ámbito de desarrollo de un obra

⁷³ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁷⁴ Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, publicado en el suplemento de Registro Oficial No. 296 el 7 de junio de 1999.

proyecto o actividad para limitar su alcance;⁷⁵ y si, en esta área se encuentra un pueblo indígena se debe realizar la Consulta Previa.

Un caso muy importante en el cual nos puede ilustrar en qué consiste la Consulta Previa, es un caso ocurrido en el Brasil que se lo conoce como *El programa de protección del medio ambiente y las comunidades indígenas (PMACI)*. Este caso trata sobre un préstamo de 146 millones de dólares para financiar la pavimentación del último tramo (500km) de una carretera en la parte occidental del Amazonas. El territorio por el cual atravesaba la carretera era un sitio inexplorado industrialmente, pero habitable por ciertas comunidades y colonos dedicados a la explotación de madera y caucho. La realización de los primeros tramos de la carretera financiada por el Banco Mundial fomentó la especulación de tierras, la conversión de bosques en pastizales y tierras de labranza, y la invasión de las tierras indígenas supuestamente bajo la protección de la Ley. Dicho proyecto generó gran cantidad de conflictos entre nuevos colonos e indígena, que hasta el Congreso de Estados Unidos fue influenciado para promulgar una reforma a la ley sobre los préstamos de los bancos multilaterales de desarrollo. La reforma consistió en que los préstamos a proyectos debe garantizar una mayor protección ambiental en las operaciones financiadas por esos bancos. Es por esto que el momento en que el BID financió los últimos 500 km de carretera, se creó una administración de medidas de mitigación con la cual se realizó consultas con los grupos afectados e interesados, incluyendo agencias del gobierno y empresarios, con el fin de generar consensos entre pueblos indígenas y el Gobierno. Gracias a las consultas realizadas se estableció quince zonas protegidas, cuatro bosques nacionales, una zona de protección ambiental y ocho reservas de extracción. Además de realizar capacitaciones y otorgar equipos para el personal del gobierno y las comunidades locales⁷⁶. Esto demuestra que el rol del BID fomentando la consulta produjo una comunicación permanente entre los proponentes del

⁷⁵ Reglamento de participación establecidos en Ley de Gestión Ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ M. ALLENGRETTY, C RAMIREZ AND A DERUYTTERE. *Public Participation and Sustainable Development in the Amazon. The case of PMACI.* 1998. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1481913> consultado el 13 de julio de 2009.

proyecto y las comunidades afectadas, generando la realización del proyecto de la mejor manera posible; así como también el agrado de la comunidad afectada al ser tomados en cuenta sus preocupaciones y otorgándoles soluciones a las mismas.

Dentro de las conversaciones mantenidas sobre la Consulta Previa con autoridades de PETROECUADOR y abogados que han tratado el tema dentro de sus obligaciones profesionales; ellos consideran que las comunidades han utilizado a la Consulta Previa como un mecanismo para exigir ciertos beneficios que debieron ser realizados como obligación por el Estado a cambio de la posibilidad de realizar el proyecto consultado. En muy pocas ocasiones, según las mismas personas, los pueblos indígenas buscan soluciones e indemnizaciones por los perjuicios socio ambiental que se puedan producir del mismo.

2.2. ¿Cómo se realiza la Consulta Previa?

La Consulta Previa en nuestro país se encuentra regulada por el “Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la ley de Gestión Ambiental”, emitido mediante el Decreto 1040 del 22 de abril del 2008, así como también, por el Instructivo al mismo Reglamento emitido por el Acuerdo Ministerial 112 de 17 de julio del 2008. Además por la Constitución de la República en su artículos 57 numeral 7 y 17, y el artículo 398; los Tratados Internacionales ratificados como el Convenio 169 de la OIT y La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y por último la Ley de Gestión Ambiental. Todas esas normas son la base legal para determinar cómo se debe realizar la Consulta Previa en todo caso que pueda existir una afectación directa o indirecta sobre un pueblo indígena. Como se analizó anteriormente la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, es considerada *soft law*, pero por disposición de la Constitución en su artículo 426 también pudiera ser invocada y aplicada.

Al ser la Consulta Previa un mecanismo de Participación Social se debe determinar primeramente quiénes son los que participan en dicha consulta. El Decreto 1040 el cual se expidió el 22 de abril del 2008 creó el Reglamento de aplicación de los mecanismos de

Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental y determinó quienes son los que participan en el proceso de Consulta Previa. Según dicho Reglamento participan:

- 1.El Ministerio de Ambiente se cual encargará de la organización, desarrollo, y aplicación del mecanismo de participación y será la autoridad máxima del proceso.
- 2.El promotor o ejecutor interesado en la realización del proyecto.
- 3.Las personas, organizaciones, autoridades de los Gobiernos Seccionales y Juntas Parroquiales que se encuentren dentro del área de influencia directa.
- 4.El facilitador encargado de aplicar el mecanismo de participación y las personas que realizaron el estudio de impacto ambiental.⁷⁷

Estas personas son las que el Reglamento determina que se debe considerar la participación, mas no limita a que estas sean las únicas que pueden participar. Debemos tener en cuenta el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental el cual otorga derechos a cualquier persona a participar en la gestión ambiental.

La participación de las personas que intervienen dentro de un proceso de Consulta Previa se encuentra regulada con ciertos principios que encontramos el Convenio 169 de la OIT y en el Reglamento de Participación Social establecido en la Ley de Gestión Ambiental. Según el Convenio 169 estos principios fundamentales son los cuales debe regir la participación de todos los que intervengan en el proceso de Consulta Previa a las comunidades. Los principios son: el de participación, el de buena fe, el de información veraz y oportuna, el de libertad, representatividad y legitimidad. De igual manera en el Reglamento de Participación Social se establece que la participación se rige por los principios de Legitimidad y Representatividad, y además determina claramente que la información del proyecto se debe dar en “función de las características socio-culturales, respondiendo a

⁷⁷ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

criterios como lenguaje sencillo y didáctico, información completa y veraz, en lengua nativa, de ser el caso”⁷⁸

El propósito por el cual se expidió el Decreto 1040 que regula la participación social determinada por la Ley de Gestión Ambiental fue para que gracias a esa participación social se fortalezca el Estudio de impacto ambiental y se pueda disminuir los márgenes de riesgo e impacto ambiental.⁷⁹ Aunque se debe recordar el artículo 26 del mismo Reglamento el cual determina la aplicabilidad del Reglamento para cumplir con el artículo 84 de la Constitución de 98.

Artículo. 26.- 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 negros o afroecuatorianos.⁸⁰

2.2.1 ¿Cuándo se da la Consulta Previa?

El determinar cuándo se debe incluir a la Consulta Previa que regula dicho reglamento de participación es algo muy complicado porque a lo largo de varios artículos se menciona el momento en que la participación debe o puede darse. Primeramente en el artículo 7 de dicho reglamento menciona que se debe desarrollar “en el marco del procedimiento de impacto ambiental y del control ambiental”. Posteriormente en el artículo 9 menciona que la participación social “es un elemento transversal y trascendental de la gestión ambiental. En consecuencia, se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental”. Por último el artículo 10 dice que “la participación social se efectuará de manera obligatoria para la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor del proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental”.

⁷⁸ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

De manera muy clara vemos que la participación social debe ser obligatoria al momento de realizar el estudio de impacto ambiental, pero no limita solamente la participación a dicho momento, más bien da la oportunidad que la participación social pueda efectuarse en cualquier fase del proyecto como expresa el artículo 9 del Reglamento.

Es muy importante conocer que dicha participación social deberá ser financiada por la autoridad ambiental que deba aprobar los estudios de impacto ambiental. La autoridad ambiental es la Subsecretaría de Protección Ambiental. El propósito de designar a la autoridad que aprueba los estudios de impacto ambiental como el financista de la Consulta Previa tiene su razón de ser,⁸¹ puesto que la Consulta Previa es obligatorio para la aprobación del estudio de impacto ambiental, ¿pero qué ocurre cuando la participación social se da en un momento posterior?

Por lo tanto podemos concluir que la Consulta Previa se podrá desarrollar durante todas las fases del proyecto propuesto, especialmente anterior a la revisión y evaluación de impacto ambiental.⁸² Sin olvidar que para cualquier medida que pueda producir impactos de cualquier tipo a la comunidad, se debe contar con el requisito previo de la Consulta Previa. La finalidad por la cual se permite la Consulta Previa es para:

Considerar e incorporar los criterios y las observación de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales sea desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar las condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas su fases.⁸³

¿Cuando se considera que un criterio de la comunidad no es técnico ni económicamente viable?

⁸¹ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicado el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁸² Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicado el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁸³ *Ibidem* Artículo. 9

Es muy importante conocer que el Reglamento determina ciertos mecanismos por los cuales se puede dar el proceso de participación social y todos deben cumplir 3 requisitos que son: “1.- Difusión de información de la actividad o proyecto que genere impacto ambiental 2.- Recepción de criterios 3.-Sistematización de la información obtenida”⁸⁴.

Para poder difundir el proyecto la autoridad competente debe contar con la información necesaria que deberá contener por lo menos los términos de referencia del proyecto, el borrador de estudio de impacto ambiental y el resumen Ejecutivo del borrado del estudio.

Las convocatorias para llevar a cabo el proceso de participación se puede realizar:

Por uno o varios medios de amplia difusión pública que garanticen el acceso a la información, principalmente, e incluirá el extracto que resuma las características de la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, así como el lugar, fecha, hora y metodología a seguir en el mecanismo de participación social seleccionado previamente. Se realizara en forma simultánea, por lo menos a través de uno de los siguientes medios: a) una publicación de la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación a nivel local; b) publicación a través de una página web oficial; c) publicación del extracto en las carteleras de los gobiernos seccionales autónomos dependientes del área de influencia; d) Envío de comunicaciones escritas a los sujetos de participación social señalados en el artículo 15 de este Reglamento, adjuntando el resumen Ejecutivo del estudio de impacto ambiental.⁸⁵

Si bien no es obligatoria la participación social de la comunidad, la autoridad encargada debe darle gran importancia, y debería difundir el proyecto a través de todas las formas posibles que menciona el artículo 18. De esta manera mostraría la buena Fe y el gran valor que la autoridad otorga a consulta previa para la toma de decisiones.

2.3 La participación en la Consulta Previa

⁸⁴ *Ibidem*. Artículo. 16

⁸⁵ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicado el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

Es fundamental entender en qué consiste la participación, puesto que definimos a la Consulta Previa como un mecanismo de participación social, el cual busca el involucramiento de ciertos grupos para informarles sobre los posibles impactos, tratar de acordar soluciones y minimizar los impactos negativos que se puedan dar.

Se mencionó en el capítulo primero, que uno de los ejes transversales de la nueva Constitución de la República del Ecuador es la participación ciudadana. Es por eso que encontramos a la palabra participación en innumerables ocasiones a lo largo de casi todos los capítulos de la Carta Magna; debiendo rescatar el primer artículo en su inciso segundo el cual dice: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.” Este artículo nos demuestra la nueva forma de gobernar teniendo en cuenta la participación ciudadana en cada área del Gobierno.

Sin entrar a detalles sobre el desempeño del Gobierno actual, puedo afirmar que durante los últimos años la palabra participación ha sido escuchada con mayor frecuencia, sobre todo por el hecho de que el actual Gobierno le ha querido dar mucha importancia a la participación ciudadana como un mecanismo de gobernabilidad, con el cual se busca democratizar el sistema político. Es por esto que el 22 de abril del 2008, antes de ser aprobada la actual Constitución, se expidió el Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, mediante el Decreto Ejecutivo 1040. En dicho Decreto se definieron ciertos conceptos con el fin que tengan una correcta aplicación. Con respecto a la participación social el Reglamento determina lo siguiente: “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”.

No concuerdo del todo con la definición sobre participación social que expide el reglamento, porque la participación social no solo es los mecanismos para dar a conocer a una comunidad los posibles riesgos de un proyecto y sus posibles medidas de mitigación y planes de manejo ambiental; para mí la participación social también es el involucramiento de

la sociedad, en este caso en específico de las comunidades indígenas que recibirán un impacto por la realización del proyecto. Estas comunidades deben involucrarse en la toma de ciertas decisiones y aportar con criterios dentro del análisis, planificación y ejecución del proyecto. Por lo tanto no me satisface utilizar la definición expresada en el reglamento para definir la participación.

El abogado costarricense RAFAEL GONZÁLEZ BALLAR define a la participación social como:

Un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve.⁸⁶

Esta definición me parece mucho más completa puesto que menciona la posibilidad de que la comunidad participe en la toma de decisiones, control y ejecución de las acciones que les afecten, para así poder buscar un desarrollo acorde a lo suyo.

De entre muchas personas que han escrito sobre la participación social, existe un análisis realizado por MIGUEL GONZALES el cual me parece el más aplicable al concepto de participación social como una nueva forma de gobernar.

La participación ciudadana es el proceso mediante el cual los ciudadanos en forma directa, o mediante sus expresiones asociativas, inciden en ciertos procesos gubernamentales definitorios de políticas públicas. Es decir, por medio de la participación ciudadana individuos, comunidades y sectores sociales organizados tienen la oportunidad de intervenir de distintas maneras en la resolución de determinados asuntos de interés colectivo.⁸⁷

Según GONZALES esta participación puede desarrollarse dentro de seis áreas dentro de la actividad gubernamental. Estas áreas son la participación social, participación económica, participación en defensa de derechos humanos, participación vinculada a la

⁸⁶ ¿Qué es la participación? disponible en http://rds.org.hn/participacion_ciudadana/part_c/, Universidad Andina Simón Bolívar. Consultado el 3 de abril de 2009

⁸⁷ M. GONZÁLEZ MARREGOT, *La participación ciudadana como alternativa de gobierno*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/padh>, Consultado marzo 19 de 2009.

planificación local, participación en procesos de jueces de paz y representantes comunitarios, y por último la participación política.⁸⁸

Relacionando la clasificación de Gonzales con la Consulta Previa a las comunidades, considero que la Consulta Previa debe considerarse como un proceso dentro de la actividad gubernamental, puesto que con esta participación de las comunidades indígenas, el Gobierno cede su potestad de decisión al reconocer derechos ratificados por el Estado y otorgarles la facultad de participar en la planificación de un proyecto que pueda o no afectar a las comunidad indígenas.

También se pudiera decir que la Consulta Previa tal cual está determinada por el convenio 169 de la OIT puede clasificarse como una participación social, así como también una participación vinculada con una planificación local. Planificación social por el hecho de que según la iniciativa de las comunidades indígenas que se encuentran debidamente representadas, se puede llegar acuerdos con respecto a que políticas se pueden realizar teniendo en cuenta el impacto ambiental y social, y además de como se puede compensar dichos impactos producidos. Así, como también se puede considerar como una participación vinculada a la planificación local, porque el primer paso para generar el desarrollo sustentable de muchas de las comunidades, puede provenir de los acuerdos obtenidos en la Consulta Previa.

Un caso muy importante en el cual podemos darnos cuenta los beneficios de la participación local tanto para un proyecto en específico como para la misma comunidad es el caso de la Reserva de la Biosfera Maya, en Guatemala, ocurrida en los años noventas. Dicha reserva se estableció bajo gran presión y los límites de la reserva no eran claros. El personal del servicio de Parques Nacionales que administraba la Reserva informó a las comunidades afectadas los límites de la reserva. Estos límites reducía el territorio de las comunidades indígenas. Esta información de los límites produjo grandes conflictos, incluso violentos, generando que el personal de la Reserva tenga que abandonar la zona. Luego de dos años la

⁸⁸ Cfr. M. GONZÁLEZ MARREGOT, *La participación ciudadana como alterativa de gobierno*, disponible en <http://www.uasb.edu.ec/padh>, Consultado marzo 19 de 2009.

ONG Conservación Internacional, con la USAID y el Gobierno de Guatemala iniciaron una labor sobre las alternativas económicas a la conversión forestal en varias comunidades afectadas. El primer paso de esta labor fue identificar a los grupos sociales y los jefes de cada aldea. Luego se celebraron consultas con ellos y se obtuvo el consentimiento a la realización de ciertas medidas económicas alternativas. Dichas consultas se tenía planificadas realizarlas hasta el año de 1999.⁸⁹ De este caso de consulta claramente podemos asimilar que las consultas no tienen que darse solamente antes de la elaboración de un proyecto, sino también durante para que de esa manera las partes afectadas y proponentes del proyecto se beneficien del dialogo ayudándose unos a otros.

Es por esto que la participación debe darse en distintos niveles como: primero, la difusión de la información, dando a conocer conociendo los posibles impactos negativos tanto como los positivos. Segundo, la consulta previa a los pueblos indígenas es un proceso de participación social en el cual existe un envío de doble lado, por un lado la información del proyecto y por otro lado las preocupaciones de las comunidades. Dichas preocupaciones son tomadas en cuenta para no causar mayor impacto. Tercero, el proceso de colaboración en el cual los pobladores son sujetos activos, puesto que proponen alternativas, soluciones de forma conjunta. Cuarto, la participación con una posición de fortalecimiento en el cual la decisión de la comunidad sea determinante para elaborar el proyecto.⁹⁰

El derecho a la participación no solo debe limitarse a ser consultados sobre proyectos y tomar sus recomendaciones sobre ellas, mas bien, debería ser una participación colaborativa en la cual las comunidades indígenas tenga la capacidad de tomar decisiones, incluso poder rechazar el proyecto, cuando se considere que los proyectos y programas a ejecutarse vayan a producir un impacto en su comunidad, su territorio con daños irreversibles a su medio ambiente y su cultura. Cuando esto pase el Gobierno procederá según la Constitución y la ley como determina el numeral 7 del artículo 57 de la

⁸⁹ SCHWARTZ NORMAN Y DERUYTTERE ANNE, *Consulta Comunitaria...* op. cit. p. 7

⁹⁰ R. DE LA CRUZ “La Consulta y Participación para pueblos indígenas.” En Rodrigo Hernández Patricio, Varilla Gonzalo. *Participación y consulta en la gestión ambiental. Experiencias y reflexiones del proceso de elaboración del proyecto de Reglamento a la Ley de Gestión Ambiental sobre Participación Ciudadana y Consulta Previa.* QBO Enero 2005 pp 90- 101

Constitución. Lamentablemente en la Constitución no se determina expresamente como se debe proceder en caso del rechazo total de Gobierno; por último, no existe una ley específica que regule dicho procedimiento.

2.3.1 Legitimación de los participantes en la Consulta Previa

En el Reglamento de aplicación de los mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental se determina que la participación social se dirigirá prioritariamente a la comunidad dentro del área de influencia directa, la cual será delimitada por la autoridad competente. En el mismo reglamento en el artículo 9 se determina que “la participación social en la gestión ambiental se rige por los principios de legitimidad y representatividad”. En el artículo 15 se considera que dichos principios se aplicaran:

sin perjuicio del derecho colectivo que garantiza a todo habitante la intervención en cualquier proceso de participación social... en dicha área, aplicando los principios de legitimidad y representatividad, se considerará la participación de: a) Las autoridades de los gobiernos seccionales, de ser el caso; b) Las autoridades de las juntas parroquiales existentes; c) Las organizaciones indígenas, afro ecuatorianas y comunitarias legalmente existentes y debidamente representadas; y d) Las personas que habiten en el área de influencia directa, donde se llevara a cabo la actividad o proyecto que implique impacto ambiental.⁹¹

Todas las partes que intervienen en el proceso de Consulta Previa a nombre de cualquier institución deben tener la legitimidad necesaria para hacerla. JEAN MARC COIGAUD define a la legitimidad como “el derecho a gobernar el cual corresponde ciertos deberes, a cambio del reconocimiento otorgado a cierta persona.”⁹² Este principio de legitimidad se basa en un componente muy importante que es el consentimiento que debe haber entre los miembros de la sociedad o del grupo al que representa, y la persona designada que tiene el derecho a representarlos. La ley define los poderes y determina bajo qué condiciones la voluntad de la persona designada puede obligar a quienes lo designaron.⁹³

⁹¹ Reglamento de participación establecidos en Ley de gestión ambiental, publicada el 8 de mayo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante el Decreto Ejecutivo 1040.

⁹² J. M. COICAUD, Legitimidad y Política, Homo Sapiens Ediciones, Rosario 2000, p. 24.

⁹³ J. M. COICAUD, Legitimidad y Política... op.cit. p. 24.

Un caso muy interesante se dio como resultado de un contrato entre el Estado ecuatoriano y la empresa ARCO en el año de 1998. En dicho contrato el bloque 24 que se encuentra en los territorios de las nacionalidades Shiwiar y Achuar fue adjudicado a la empresa ARCO. En el año 2000 la Federación Independiente de Pueblos Shuar del Ecuador (FIPSE) presentó un amparo ante el Tribunal Constitucional en contra de la empresa petrolera por no respetar las instancias organizativas indígenas para negociar su presencia en la zona. El Tribunal determinó que el comportamiento de la empresa ARCO se orientaba a vulnerar los derechos fundamentales del pueblo Shuar garantizados en el art. 84 de la Constitución. Además dispuso. “la empresa no se acerque a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE sin la debida y legitima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva; 2. Prohibió a la empresa promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación pertenecientes a la FIPS, sin que tenga debida y legitima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva.”⁹⁴

Con este caso como precedente se puede tener en cuenta que ha existido un conocimiento por parte del Tribunal Constitucional para decidir sobre un caso de falta de legitimación y mala fe por una de las partes en un proceso de consulta previa.⁹⁵ Por lo tanto el representante del Gobierno Central o de los Gobiernos Seccionales o Junta Parroquiales debe tener las acreditaciones correspondientes otorgadas por el máximo representante de su respectiva institución. Por el otro lado el representante del interesado en la ejecución del proyecto debe tener un poder especial para poder actuar en nombre de esa persona. Por el lado de los pueblos indígenas que puedan ser afectados el representante de dichas organizaciones representativas que se encuentren dentro del área de influencia directa, debe contar con el acta u otro documento válido que demuestre que son los representantes de su organización o comunidad indígena.

⁹⁴ G. FERNANDO, M. SANDOVAL. “Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar”. *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. FLACSO Quito 2007.

⁹⁵ Tribunal Constitucional Resolución No. 247-RA-00 del 16 de marzo del 2000.

2.4 Consulta libre, previa, informada y buena fe

ERROR: syntaxerror
OFFENDING COMMAND: --nostringval--

STACK:

-mark-
/sfnts