

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

“LA CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN EN LA INDUSTRIA PETROLERA EN
EL ECUADOR”

DANNY GILBERTO CIFUENTES RUIZ

DIRECTOR: DR. RENÉ BEDÓN

QUITO, 2011

DEDICATORIA

Dedico la presente investigación a mis Padres: Martha y Gilberto, por haberme formado desde mi niñez y el apoyo incondicional que me brindaron durante mi vida académica.

A mis mejores amigos y al mismo tiempo mis hermanos: Cristian, Grace, Janneth y Lorena quienes me acompañaron durante toda mi vida y me han apoyado siempre.

AGRADECIMIENTO

A la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sus docentes y personal administrativo por haber formado parte indispensable en mi formación académica. Al Doctor René Bedón por el apoyo brindado en la consecución de la presente investigación.

A mis compañeros en la facultad y amigos inolvidables: Silvana, María Fernanda, Doris, Sol, Verónica, Lorena José Luis, Byron, Alex, Juan y Andrés, por su amistad y apoyo brindado.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo el estudio del derecho de Consulta y Participación en la Industria Petrolera, analizando detenidamente el papel que cumple la Empresa y el Estado a fin de no vulnerar los derechos ambientales de la comunidad y colectivos de pueblos indígenas asentados en las zonas de influencia a las actividades extractivas.

Es importante señalar que el derecho de Consulta Previa y Participación en la Industria Petrolera pese a encontrarse regulado tanto en la normativa internacional como en el ordenamiento jurídico nacional, el desconocimiento de su importancia en materia ambiental ha generado que la Consulta Previa como instrumento de participación en la actualidad, no constituya una herramienta idónea que impida el deterioro de nuestro medio ambiente y la violación de derechos de los pueblos indígenas que habitan en las zonas de influencia a las actividades de extracción de hidrocarburos en el Ecuador.

La presente investigación busca analizar además, como la Consulta Previa entendida como participación ciudadana, constituye un derecho y una obligación de la ciudadanía que debe ser garantizada por el Estado y por tanto ser exigible y aplicable.

En el desarrollo de la presente investigación se ha podido determinar además, la necesidad de contar con una Ley de Participación que contemple los principios generales, las políticas y mecanismos que deben regir la Consulta Previa en materia de actividades extractivas. Esta debe nacer de un proceso de participación social a través de la legislatura y debe contar con los aportes de la autoridad ambiental, las autoridades energéticas y las organizaciones de la sociedad, considerando su aplicación a nivel reglamentario para los diversos sectores como hidrocarburos, minería, forestal, infraestructura y otros.

La investigación considera las distintas realidades y necesidades sociales que responden a factores económicos, sociales, culturales y políticos, inspirada además en principios de equidad, justicia y bienestar colectivo y social.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

1. CONTEXTO

- 1.1. ANTECEDENTES DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN EL ECUADOR
- 1.2. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR
- 1.3. EL COSTO SOCIAL Y AMBIENTAL FRENTE A LA EXTRACCIÓN PETROLERA.
- 1.4. AMPLIACIÓN DE LAS FRONTERAS DE EXTRACCIÓN PETROLERA Y LA CONSULTA PREVIA

CAPITULO II

2. ALCANCES GENERALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN

- 2.1. IMPORTANCIA DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN
- 2.2. CONDICIONES BÁSICAS REQUERIDAS PARA UNA ADECUADA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN.
- 2.3. PARTES QUE INTERVIENEN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA
- 2.4. LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD

CAPITULO III

3. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL

- 3.1. PRINCIPALES PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL.
- 3.2. LA CONSULTA PREVIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
- 3.3. DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.
- 3.4. CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES (OIT).

CAPITULO IV

4. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.
 - 4.1. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.
 - 4.2. BASE LEGAL PARA LA CONSULTA PREVIA ANTE ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS.
 - 4.2.1. LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL.
 - 4.2.2. TEXTO UNIFICADO DE LEGISLACIÓN AMBIENTAL SECUNDARIA.
 - 4.2.3. REGLAMENTO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS DECRETO 3401.
 - 4.2.4. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN SOCIAL ESTABLECIDOS EN LA LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, DECRETO 1040.
 - 4.3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El tema escogido para la presente investigación es “La Consulta Previa y Participación en la Industria Petrolera en el Ecuador”, el mismo que pese a encontrarse regulado tanto en la normativa internacional como en el ordenamiento jurídico nacional, el desconocimiento de su importancia en materia ambiental ha generado que la Consulta Previa como instrumento de participación en la actualidad, no constituya una herramienta idónea que impida el deterioro de nuestro medio ambiente y la violación de derechos de los pueblos indígenas que habitan en las zonas de influencia a las actividades de extracción de hidrocarburos en el Ecuador.

El desarrollo del presente tema nos permite conocer el papel que desempeña el Estado, las Comunidades Indígenas y las Empresas en los procesos de Consulta Previa y Participación durante las fases previas y en la ejecución del proyecto. Permite además informar sobre los impactos socio ambiental positivo y negativos que puedan causar las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

La presente investigación busca analizar además, como la Consulta Previa entendida como participación ciudadana, constituye un derecho y una obligación de la ciudadanía que debe ser garantizada por el Estado y por tanto ser exigible y aplicable.

Considerando que el objetivo de la investigación, es el Estudio del Derecho de Consulta y Participación en la Industria Petrolera, analizando detenidamente el papel que cumple la Empresa y el Estado a fin de no vulnerar los derechos ambientales de la comunidad y colectivos de pueblos indígenas asentados en las zonas de influencia a las actividades extractivas, y se eviten conflictos que generen pérdidas económicas, se han desarrollado en esta investigación, cuatro capítulos que nos llevarán al cumplimiento de este objetivo.

El Primer Capítulo desarrolla los antecedentes de la Industria Petrolera y la Consulta Previa en el Ecuador, así como el costo social y ambiental frente a la extracción petrolera y las perspectivas de ampliación de la industria en el Ecuador.

Los alcances generales sobre la Consulta Previa y Participación, se desarrollan en el Segundo Capítulo, a través del análisis de la importancia del Derecho de Consulta Previa y Participación y las condiciones requeridas para una adecuada aplicación de

éste derecho en la Industria Petrolera. Se analiza además las partes que intervienen en la aplicación del Derecho a la Consulta y Participación y el derecho de Propiedad respecto al mismo.

El Capítulo Tercero desarrolla El Derecho de Consulta y Participación en el concierto internacional a través del estudio de los Principios del Derecho Ambiental, destacando el preventivo y precautorio. Además del estudio de la Consulta Previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El análisis del Derecho de Consulta Previa en la Legislación Ecuatoriana se desarrolla en el Capítulo Cuarto destacándose el estudio de la Ley de Gestión Ambiental, el Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, la Ley de Hidrocarburos, los Decretos Ejecutivos 1040 que regula la participación social y 3401 que regula la participación ciudadana en actividades hidrocarburíferas, finalmente el análisis de la Jurisprudencia relevante respecto al Derecho de Consulta Previa.

El presente estudio se realizó considerando las distintas realidades y necesidad sociales que responden a factores económicos, sociales, culturales y políticos e inspirado en principios de equidad, justicia y bienestar colectivo y social.

CAPITULO I

1. CONTEXTO

1.1. ANTECEDENTES DE LA INDUSTRIA PETROLERA EN EL ECUADOR

El Petróleo y sus aplicaciones constituyen los elementos más importantes para la economía y la vida del hombre en una civilización cambiante, siendo los siglos XIX y XX los testigos más importantes de los cambios más acelerados que la humanidad ha vivido hasta el día de hoy.

En el Ecuador la explotación petrolera tiene dos épocas claramente marcadas, la primera desarrollada en la Península de Santa Elena en el período 1911-1970, caracterizada por la obtención de crudo liviano de 32º conforme la clasificación del *American Institute Petroleum API*, la tecnología aplicada fue primaria y el impacto social y ambiental no fue considerado en la contratación pública realizada bajo la modalidad de concesión y regalía. Esta modalidad generó un ingreso para el Estado del 1% de la producción total versus el 99% que le correspondió a la empresa Anglo subsidiaria de British Petroleum.¹

En todo su período de explotación, la Producción de la Península de Santa Elena sirvió en su mayor parte para abastecer el consumo interno. Los saldos exportables fueron muy bajos. Como referencia de la exportación de petróleo en este período se puede señalar que entre 1928 y 1957 el país exportó 42 millones de barriles. Esto significó que en casi tres décadas se vendiera en el exterior un volumen similar a las exportaciones de los primeros ocho meses de 1972, esto en los inicios del segundo período petrolero en el Ecuador.

La segunda etapa se encuentra marcada por el descubrimiento del campo Lago Agrio en 1970 y la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados en el 2001, construido netamente con inversión privada. Esta etapa se caracteriza por varios acontecimientos relevantes para la industria, como la creación de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, con el fin de asumir completamente el manejo industrial en sus fases de exploración, explotación, comercialización e industrialización del petróleo, que en 1989 se convertiría en la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador-PETROECUADOR.

¹ GUERRA Edmundo, Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador, pág. 9.

PETROECUADOR, es la matriz ejecutiva de un grupo formado por tres empresas: Petroproducción, Petroindustrial y Petrocomercial, especializadas en exploración y explotación; industrialización; comercialización y transporte de hidrocarburos respectivamente.

Se debe destacar además los procesos de apertura a la inversión privada por los que atravesó la industria en cada una de sus fases desde 1978, proceso que se consolidó con la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados OCP sin participación alguna del Estado en el 2001 y la entrega de 4 millones de hectáreas a las transnacionales mediante 16 procesos licitatorios, a través de contratos de participación y prestación de servicios bajo la modalidad de concesión, por los cuales el Estado recibiría una participación del 12,5 % versus el 87,5% que recibiría las transnacionales.²

Esta segunda etapa marcada claramente por desarrollarse en la Región Amazónica, zona ambientalmente frágil y socialmente multicultural y pluriétnica, formada por bosques tropicales, subtropicales, espesos y húmedos; lagos, lagunas y caudalosos ríos en territorios andinos, subandinos, subtropicales y tropicales, asentados en la cuenca alta del Amazonas, actualmente constituye 48 % del territorio del país.³

Esta región presenta una multiplicidad de ecosistemas debido a su importante biodiversidad y la existencia de nueve pueblos ancestrales que habitan esta región: siona, secoya, cofán, shuar, achuar, huao, kichwa, zápara, y shiwiar, cada uno de ellas con idiomas y culturas únicas.

La explotación petrolera atrajo a los colonos quienes se apropiaron de grandes extensiones de bosques para transformarlos en tierras agrícolas, formando centros urbanos como el de Shushufindi, Joya de los Sachas o Nueva Loja. Introdujeron nuevas costumbres, creencias religiosas y una visión distinta de la propiedad de la tierra, la familia y la producción.

En los últimos diez años la exportación de crudo y derivados se encuentra entre el 43 y 66 % del total de exportaciones y representa al mismo tiempo entre el 43 y 59 % del Presupuesto General del Estado.

² GUERRA Edmundo, Op.cit. pág. 9

³ NARVÁEZ Iván, Derecho Ambiental y Temas de Sociología Ambiental, Edit. Jurídica Cevallos, Quito, 2004, pág. 108

Como lo señalamos anteriormente a fines del 2002 se termina de construir el Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) como parte de la estrategia de expansión de la frontera petrolera. Desde el 2003 el gobierno anuncia la décima ronda petrolera para la concesión de áreas en los territorios de Napo, Pastaza y Zamora Chinchipe, además de la continuación del proyecto ITT (Ishpingo, Tambococha, Tiputini) que está situado en el Parque Nacional Yasuní y la Reserva Faunística Cuyabeno.

En el 2006 se declaró la caducidad del contrato de explotación del bloque 15 que el estado mantenía con la compañía Occidental. En ese año se alcanzaron precios records para el crudo a nivel mundial.

A inicios del 2007 el nuevo gobierno anuncia la construcción de una nueva refinería en la provincia de Manabí con una capacidad de refinación de 300.000 barriles diarios. En este año también se inicia el intercambio de crudo por derivados con Venezuela (alrededor de 1.5 – 1.6 barriles de crudo de Ecuador por 1 barril de derivados de Venezuela).

En el 2010 se renegociaron los contratos petroleros con las empresas Hispano-Argentina Repsol, la Francesa Perenco, la Brasileña Petrobras, la china Andes Petroleum y la compañía de capital estadounidense afincada en Panamá City Oriente. A pesar de la propuesta inicial publicada mediante decreto presidencial, en el cual se señalaba que Ecuador negociaría una ganancia del 99 % frente al 1% del precio diferencial fijado en el contrato de concesión, el acuerdo final fue el cambio de naturaleza del contrato que pasó de ser el crudo de propiedad de las empresas, a otro de prestación de servicios, en que el estado paga por la extracción de crudo tras la presentación de las facturas, además de someter eventuales divergencias a un centro de mediación en Chile.

1.2. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR.

Los pueblos indígenas del Ecuador especialmente de la Amazonía ecuatoriana, han reaccionado constantemente contra el Estado Ecuatoriano y sus instituciones, debido al empleo de medidas arbitrarias que afectan derechos legítimos y de manera especial el derecho a la Consulta Previa para la explotación de los recursos no renovables existentes en sus territorios, como es el caso del petróleo.

Señalar además que el derecho de Consulta Previa, se encuentra al amparo de la Constitución y la legislación ecuatoriana, así como también de convenios internacionales; pero éste derecho en la práctica misma demuestra debilidad por la falta evidente de su aplicación en beneficio de los pueblos interesados, manifestando de esta forma la falta de interés por la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, dejando en evidencia otros intereses.

Uno de los acontecimientos más importantes relacionados al derecho de Consulta Previa en el Ecuador, constituye la entrada en vigencia de uno de los instrumentos internacionales más importantes para el ejercicio de derechos colectivos, como es el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo realizada en Ginebra el 7 de junio de 1989, convenio ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998, instrumento que conforme señala su preámbulo reconoce las aspiraciones de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven, el convenio establece además importantes derechos de participación para la toma de decisiones que afecten derechos territoriales de los pueblos indígenas, sobre los recursos naturales, su medio ambiente y su cultura.

Con la ratificación de este convenio el gobierno ecuatoriano adquirió obligaciones con la Organización Internacional de Trabajo inherentes a la firma del convenio, como es la de presentar memorias anuales que le permitan a este organismo verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, conforme establece el artículo 22 de la Constitución de la OIT que señala:

“Art. 22.- Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite”⁴.

⁴ Constitución de la OIT, Artículo 22.

Al respecto el Ecuador desde su ratificación presentó únicamente dos memorias oficiales, situación que ha generado las solicitudes y observaciones respectivas por parte de la Organización Internacional del Trabajo OIT.⁵

Además se puede marcar que con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Estado ecuatoriano reconoció el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre los territorios tradicionalmente ocupados; así como el derecho de los mismos a participar en el manejo, administración y uso de recursos ubicados en sus tierras, y el de ser consultados cuando el Estado conserve la propiedad de dichos recursos naturales, ante actividades de exploración y explotación de los mismos.

Posteriormente a la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el derecho a la Consulta Previa en el Ecuador fue consagrado por primera vez en la Constitución del 10 de Agosto de 1998, al respecto el artículo 88 de la misma señala:

*"Art. 88. Toda disposición estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá ser previamente consultada a la comunidad, para lo cual ésta deberá ser debidamente informada."*⁶

Del artículo citado se puede resaltar el reconocimiento constitucional del Derecho a la Consulta Previa Informada como un derecho ambiental difuso, al señalar a la comunidad como titular del mismo.

El artículo 84 de la Constitución de 1998 reconoce además a los pueblos indígenas algunos derechos colectivos, entre ellos el de ser consultados en el caso de extracción de recursos no renovables en sus territorios. Éste artículo en su numeral cinco textualmente dice:

"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:
*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".*⁷

⁵ Informe Alternativo sobre el Cumplimiento del Estado ecuatoriano de las obligaciones asumidas por la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes, FLACSO, Quito, 2007, pág.7.

⁶ Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 88

⁷ Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 84

Destacar el reconocimiento de los derechos colectivos al que hace referencia el artículo antes citado, entendiendo al mismo como una delimitación del derecho difuso reconocido a los pueblos indígenas.

Mencionar también que la Asamblea Constituyente respecto a la Constitución de 2008, no considero en su totalidad el Convenio 169 de la OIT, sin embargo se amplió el reconocimiento de derechos en los términos de este instrumento internacional, señalando en el artículo 57 de la Constitución Ecuatoriana de 2008 lo siguiente:

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les 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.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”⁸.

Otro de los instrumentos internacionales que deben ser analizados en este contexto es la Declaración de Río o llamada también Cumbre de Río, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo el 14 de junio de 1992.

La Declaración respecto a la participación ciudadana en su principio 10 señala:

⁸ Constitución Política del Ecuador de 2008, Art. 54, numerales 7, 16, 17.

*“El mejor medio de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, en éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.*⁹

Es importante destacar además el reconocimiento que hace la Declaración de Río, al afirmar que la naturaleza integral e independiente de la Tierra es nuestro hogar, razón por la cual debe ser valorada y cuidada por los seres humanos.

Los principios universales de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río, se recogen en la Ley de Gestión Ambiental promulgada el 30 de julio de 1999, para la aplicación de las disposiciones en materia ambiental contempladas en la Constitución de 1998. La Ley en mención contiene directrices de política ambiental, determina obligaciones, responsabilidades, niveles de participación de los sectores público y privado y señala los límites permisibles, controles y sanciones.

Los mecanismos de participación contemplados en la Ley de Gestión Ambiental se desarrollan en sus artículos 28 y 29, siendo éstos los únicos que hacen referencia al proceso de consulta previa en la legislación ecuatoriana, los mismos textualmente señalan:

“Art. 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 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.

⁹ Declaración de Río, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992, Principio 10.

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.”¹⁰

Los artículos precedentes responden a la aplicación de lo estipulado en el artículo 88 de la Constitución de 1998 y que en la Constitución Vigente podemos señalar como referencia el artículo 398 que señala:

“Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.¹¹

Posteriormente a la promulgación de esta Ley de Gestión Ambiental, mediante Decreto Ejecutivo 3401 del 2 de diciembre de 2002, se expidió el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas y años más tarde se expedía el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, mediante decreto Ejecutivo 1040 del 22 de abril de 2008, el mismo reemplazaría al decreto 1897.

Al respecto debemos mencionar que estos reglamentos se caracterizan por sus inconstitucionalidades tanto de forma como de fondo, la violación de convenios internacionales y derechos fundamentales que van en detrimento del Derecho a la Consulta Previa, aspectos que serán analizados posteriormente.

Cabe señalar que la Consulta Previa es considerada como un procedimiento para la aplicación del Derecho Constitucional a la Consulta, como un derecho

¹⁰ Ley de Gestión Ambiental, Artículos 28 y 29.

¹¹ Constitución Política del Ecuador 2008, Artículo 398.

ambiental difuso de la comunidad y como un derecho colectivo de los pueblos indígenas cuando se trata de proyectos extractivos dentro de su territorio. En los términos del artículo 141 numeral 1 de la Constitución de 1998, vigente al momento de la promulgación de los Decretos 3401 y 1040 que regularon el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución como es la Consulta, debió haberse regulado a través de una ley, mas no por un reglamento como sucedió en los casos mencionados, configurándose la inconstitucionalidad de los mismos.

Las circunstancias en las que se ha desarrollado la Consulta Previa en el Ecuador ligada a una explotación petrolera que atenta contra los pueblos indígenas y la conservación de la naturaleza como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997: *“los efectos del desarrollo y explotación del Petróleo en el Oriente no solo han dañado el medio ambiente, sino que han impedido directamente el derecho a la supervivencia física y cultural de los pueblos”*¹², permite conocer cuál ha sido la realidad del derecho a la Consulta Previa y Participación al que tienen derecho la comunidad en general y de manera específica los pueblos indígenas previo a iniciarse un proyecto de exploración o explotación de hidrocarburos en sus tierras.

1.3. EL COSTO SOCIAL Y AMBIENTAL FRENTE A LA EXTRACCIÓN PETROLERA

El concomitamiento cierto del costo social y ambiental que origina la extracción de petróleo está vinculado directamente al nivel de impacto que esta actividad origina en cada uno de los lugares donde está se desarrolla, la interrogante que surge al respecto, es en determinado momento el costo social y ambiental son demasiado altos, constituyen éstos, motivos o razones suficientes para cancelar un proyecto extractivo, considerando el nivel de impacto que éste genere.

A partir de esta premisa se analizará lo sucedido en los últimos años de explotación petrolera en el Ecuador, respecto al costo social y ambiental que esta actividad genera, contrastada con los beneficios que podría originar respecto a los habitantes de las zonas de influencia directa e indirecta a los proyectos extractivos.

¹² Informe Sobre la Situación de los derechos Humanos en Brasil, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH 1997, pág. 115

El impacto que esta actividad puede generar en los pueblos, está ligada al lugar en el que se desarrolla, siendo evidente que las zonas tropicales donde los ecosistemas son de extrema fragilidad y las poblaciones locales mantienen una interrelación estrecha con el medio en el que habitan, los costos sociales y ambientales evidentemente son más altos, circunstancias que deben ser consideradas al momento de decidir sobre la ejecución de un proyecto.

Uno de los factores más importantes que inciden en el impacto de la actividad hidrocarburífera en la sociedad, es el modelo de desarrollo predominante basado en el petróleo como una de las fuentes de energía más importantes para la actividad humana, que en razón de su bajo precio con relación al uso de otro tipo de energía como la solar, eólica o biomasa, su extracción en grandes cantidades es de vital importancia para el predominio del modelo y por ende su uso aumenta cada día, sin considerar el costo real del petróleo.

Es importante resaltar que los costos de extraer petróleo son muy altos y que los precios actuales del mismo, no consideran ciertos elementos como por ejemplo el costo humano, por el cual sus territorios son concesionados por el gobierno a las empresas petroleras, la contaminación del agua, el aire, el deterioro y desaparición de su fauna y bosques que generan un impacto en la salud y sustento de los habitantes.

En resumen cabe indicar que los bajos precios del petróleo tienen costos muy altos y que los beneficios de este precio, traducidos en combustibles económicos, difícilmente irán en beneficio de las personas directamente afectadas.

Respecto a los beneficios que la explotación del petróleo han generado en los últimos treinta años en favor de los habitantes de la Región Amazónica y del Ecuador en su conjunto, las condiciones no han mejorado y como bien lo señala Mario Melo en su libro *Consulta Previa, Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*: “ Si el Ecuador era un país pobre al empezar la era petrolera, con casi un 50% de su población bajo la línea de pobreza, un subempleo del 15% y una deuda pública de 240 millones de dólares; treinta años después las condiciones socioeconómicas de la población han caído dramáticamente. Ahora la pobreza llega a un 70%, el subempleo al 71% y la deuda pública a 16.000 millones de dólares” (Jochnick: 2001)¹³

¹³ MELO, Mario, *CONSULTA PREVIA Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, pág. 14, Quito, 2006,

Uno de los aspectos esenciales dentro del análisis costo-beneficio de la extracción petrolera, es el papel que el Instituto para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica ECORAE cumple en beneficio de la amazonia ecuatoriana, constituido con el fin de dar viabilidad a las necesidades crecientes de las provincias del oriente ecuatoriano y que a través de la ley 010 formó el fondo para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica. Ésta ley ha sido reformada varias veces, siendo la última aquella publicada en el Registro Oficial No 245 del 4 de enero de 2008.

El Fondo para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica está financiado con el ingreso de un impuesto a cada barril de petróleo producido en la amazonia, fondo que es distribuido de la siguiente manera: 28% para los consejos provinciales, 57% para los municipios de las seis provincias amazónicas, 5% para las juntas parroquiales y el 10% restante es para el Instituto de Ecodesarrollo Amazónico ECORAE.

El 10% que recibe el ECORAE desde su constitución, ha sido distribuido a través del trabajo desplegado por el instituto de distintas formas y en especial a la entrega de fondos a través de la presentación de proyectos, Karen Andrade identifica dos períodos en su libro El papel del ECORAE en la Región Amazónica Ecuatoriana:

“El primer periodo que identificamos es entre 1995 y 2001, cuando los proyectos financiados por el ECORAE beneficiaron a pequeños grupos, asociaciones, cooperativas y juntas parroquiales que representaban sectores especialmente del área rural de la Amazonía. En este periodo, las cabeceras provinciales recibieron mayor financiamiento que otras zonas, con un fuerte énfasis en los proyectos productivos.”¹⁴

Este período según el estudio realizado por Karen Andrade se dirigió hacia el ámbito productivo agrícola y pecuario, brindando asistencia económica técnica en menor grado. El objetivo principal era ocupar aquellos espacios que ya fueron aprovechados en otras actividades, incrementar la producción agrícola y disminuir la importación de productos de otras provincias.¹⁵ Este período se caracterizó por su paternalismo y la falta de procedimientos para la entrega de fondos a los beneficiarios,

¹⁴ ANDRADE Karen, El Papel del ECORAE en la Región Amazónica Ecuatoriana, FLACSO, 2004, pág. 98.

¹⁵ ENTREVISTA, Carlos Viteri Gualingo, Secretario Técnico del ECORAE, 21 de septiembre de 2010.

hecho que generó el trato preferencial entre una provincia y otra, según señalan sus funcionarios¹⁶

El segundo periodo se desarrolla en el año 2002, el ECORAE invirtió en los siguientes temas: agroindustria y desarrollo agropecuario, infraestructura básica, turismo sustentable, transporte intermodal y generación energética, vinculados a la estrategia de desarrollo sustentable para la región, donde fueron favorecidos especialmente los consejos provinciales y los municipios.¹⁷

Este período muestra distintos cambios orientados a mejorar los servicios que brinda el ECORAE y al mismo tiempo se optimicen los recursos empleados en la ejecución de los proyectos. Los procesos que buscan generar los cambios mencionados, responden a una reestructuración interna del ECORAE. Consideran en primer lugar la necesidad de despojar a la institución de estas ideas asistencialistas, considerando nuevos lineamientos y requisitos para la entrega de fondos, que permitan realizar un seguimiento de las actividades económicas y financieras. Un segundo factor a considerar como consecuencia del punto antes señalado, la exigencia a la sociedad civil de mejorar técnicamente sus propuestas.¹⁸

Las estrategias establecidas por el ECORAE desde su constitución para satisfacer las crecientes necesidades de la amazónica ecuatoriana frente a la acelerada explotación de recursos naturales y un crecimiento poblacional que desde 1974 al 2001 fue del 4,35% cuando el crecimiento nacional fue del 2,33% según datos de INEC, no han sido suficientes para mejorar las condiciones básicas de los habitantes de las distintas provincias de la amazonia que hasta la actualidad conservan el índice más alto en cuanto a insatisfacción de servicios básicos se refiere y de manera general los beneficios que los habitantes de la amazonia y en especial aquellos afectados de manera directa por la extracción de petróleo no han sido los suficientes.

¹⁶ ENTREVISTA, Carlos Viteri Gualingo, Secretario Técnico del ECORAE, 21 de septiembre de 2010.

¹⁷ Cfr. ANDRADE Karen, El Papel del ECORAE en la Región Amazónica Ecuatoriana, FLACSO, 2004, pág. 100.

¹⁸ ENTREVISTA, Carlos Viteri Gualingo, Secretario Técnico del ECORAE, 21 de septiembre de 2010.

1.4 AMPLIACIÓN DE LAS FRONTERAS DE EXTRACCIÓN PETROLERA Y LA CONSULTA PREVIA.

La ampliación de las fronteras de extracción petrolera en el Ecuador están vinculadas directamente a la importancia de ésta industria en la economía del país y de manera especial si esta forma parte indispensable de su modelo de desarrollo.

Los ingresos económicos del Ecuador dependen en gran medida de la actividad petrolera, cuyo precio está sujeto a un mercado extremadamente volátil y siendo necesario mantener los ingresos de forma constantes, es indispensable una ampliación permanente de las fronteras extractivas.

De los antecedentes expuestos, surge la necesidad imperante de trabajar en un proceso de Consulta Previa que responda de forma eficientemente frente a la ampliación de las fronteras extractivas y la opinión de las comunidades afectadas sea tomada en cuenta oportunamente. En este marco la Consulta Previa constituye la herramienta más idónea para que el Estado, la Empresa y las Comunidades superen las dudas existentes y se democratice la toma de decisiones respecto a la ejecución de las actividades que puedan afectar el medio ambiente y a las comunidades donde éstas se desarrollen.

Uno de los factores a ser analizados respecto a la ampliación de las fronteras extractivas, es la incorporación de grandes extensiones de bosque amazónico a la explotación de hidrocarburos, comprometiendo ecosistemas locales y de manera especial a los habitantes de aquellos sectores considerados en la ampliación. Resaltar la situación particular de aquellos grupos de la población asentados en reservas ecológicas, algunos de los cuales han sido calificados como Pueblos no Contactados, es decir, que han decidido aislarse del mundo exterior y que algunos de ellos deberán cambiar su forma de vida a causa de la ejecución de éste tipo de proyectos. Un caso particular que considero debe ser mencionado, es el de los indígenas ubicados en la reserva Nahua Kugapakori y alrededores del lote 88 o Camisea en la selva amazónica del Perú, quienes debido a la concesión dada al consorcio Shell–Mobil para la explotación de Gas Natural, sufrieron desintegración familiar y comunal, pues la

actividad extractiva obligó a la transformación del pueblo nómada en una sociedad dependiente de bienes de consumo.¹⁹

Los antecedentes mencionados, reflejan la situación particular que se presenta en los diferentes territorios donde se desarrollan los proyecto hidrocarburíferos, tornando cada vez más importantes el estudio y puesta en aplicación de un proceso de Consulta Previa y Participación que responda a las necesidades particulares presentes en la Industria Petrolera.

¹⁹ MELO, Mario, *Consulta Previa Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, 1ra edición, CEDES, Quito, 2006, p18.

CAPITULO II

2. ALCANCES GENERALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN.

2.1- IMPORTANCIA DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN

Uno de los aspectos fundamentales que deben ser considerados respecto al Derecho de Consulta Previa y Participación de manera especial en la industria Petrolera, es la autodeterminación de las pueblos indígenas asentados en las zonas de influencia a las actividades extractivas, es decir, el derecho que tienen estas personas de perseguir su desarrollo económico, social y cultural, organizarse y estructurarse libremente sin injerencias externas de ningún tipo, garantizando su derecho a la participación en aquellas actividades que puedan afectar sus vidas. Es importante señalar además, que la Consulta Previa en este sentido, está vinculada a la capacidad de los Pueblos a ejercer la autonomía, el derecho territorial y acceder a espacios democráticos, derecho garantizado en la constitución y que tienen como fuente el Convenio 169 de la OIT.

La Consulta Previa en el Ecuador tiene además una connotación ambiental reconocida constitucionalmente, a través de la cual, toda decisión o autorización administrativa que pueda afectar al ambiente deberá ser consultado oportunamente a la comunidad, dando así, legitimidad a una decisión estatal respecto a su intervención a través de la ejecución de proyectos que no solamente pueden estar vinculados a la explotación de recursos naturales, sino también a la construcción o ejecución de cualquier tipo de actividad que pueda afectar el medio ambiente. Desde esta perspectiva la Consulta Previa tiene su fuente en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente.²⁰

De los antecedentes expuestos se determina dos perspectivas reconocidas en nuestra Constitución sobre los alcances de la Consulta Previa, la primera reconocida en el artículo 57 numeral 7, vinculada expresamente a los pueblos y nacionalidades indígenas, respecto a los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que pueden afectarles ambientalmente, derechos reconocidos además en otros

²⁰ Declaración de Río, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992

instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Al respecto nuestra Constitución señala:

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les 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 ley²¹.

La segunda perspectiva de la Consulta Previa, reconocida en el Artículo 398 de la Constitución Política, Capítulo Segundo de Biodiversidad y Recursos Naturales, Sección Primera de la Naturaleza y Ambiente, tiene una connotación más amplia, es decir que no se limita únicamente a proyectos de explotación de recursos no renovables y tampoco vela exclusivamente los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas sino que a través de ésta, toda decisión que provenga de la Administración Pública deberá ser consultado al público en general que pueda ambientalmente ser afectado. El artículo citado de la Constitución Política señala:

“Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto

²¹ Constitución Política del Ecuador 2008, artículo 57, numeral 7.

*será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.*²²

Es importante realizar la distinción entre las dos perspectivas antes mencionadas, debido a que cada uno de los procesos de consulta tienen mecanismos distintos de aplicación, y su metodología responderá a las particularidades y variables de carácter cultural, territorial y lingüístico que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas en el primer caso, respecto a la Consulta Previa que puede ser aplicada al público en general expresamente por afectaciones ambientales que un determinado proyecto o actividad pueda ocasionar a una comunidad que no requiere sea indígena expresamente en el segundo caso.

Respecto a nuestra investigación, es importante considerar que la Industria Petrolera en el Ecuador se desarrolla en un área altamente sensible por su frágil ecosistema y su diversidad Cultural. A la Consulta Previa en este sector podría aplicarse los dos mecanismos antes mencionados, en el primer caso referente a la afectación de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades asentadas en el lugar de ejecución de un proyecto que pueda afectarlos ambiental o culturalmente y el segundo caso que tiene una connotación más amplia, pues no se dirige a un grupo determinado en concreto, sino al público en general, respecto a toda decisión que provenga de la Administración Pública y que pueda afectar ambientalmente.

Es importante señalar además que la Consulta Previa constituye un mecanismo importante de los procesos de Participación, entendiendo a la misma como un mecanismo trascendental en la toma de decisiones, la misma que en el marco de procesos de regulación, diseño o implementación de actividades petroleras en lugares como la Amazonía ecuatoriana son fundamentales. Al respecto la Constitución Política del Ecuador en el artículo 95 de los principios de la participación señala:

“Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de

²² Constitución Política del Ecuador 2008, artículo 398.

igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”²³

Considerando la importancia de la participación en los términos señalados en el artículo 95 de la Constitución y del análisis de la misma vinculada al desarrollo de actividades extractivas en la Amazonía, la participación permitirá aportar sobre manera en los siguientes aspectos:

- Asegurar el desarrollo Nacional
- Promover el desarrollo sostenible de la Amazonía
- Reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, recursos y al desarrollo, así como sus actividades, económicas y culturales
- Fortalecer a las comunidades indígenas
- Conservar la diversidad biológica
- Asegurar el uso sostenible de los recursos naturales
- Mejorar la calidad de vida de la población amazónica
- Distribuir equitativamente los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales
- Promover el uso del conocimiento, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas.
- Seguridad contra la subversión y actividades ilegales en la Amazonía
- Asegurar el cumplimiento de las leyes

Los procesos de consulta y participación permiten identificar además, conflictos existentes o potenciales, actores intervinientes o expectativas de la población afectada, así también se lo considera como un mecanismo útil para el intercambio de información entre las partes intervinientes en la extracción de hidrocarburos.

Es importante indicar que los procesos de participación a fin de que puedan aportar de manera eficiente en el resultado de un proyecto, deben tener la posibilidad

²³ Constitución Política del Ecuador 2008, artículo 95.

cierta y oportuna de influir de manera positiva en el mismo y si es necesario modificarlo.

La necesidad de que la Consulta Previa permita el pleno ejercicio de los Derechos de Participación en materia ambiental, vuelve cada vez más necesario que el Estado cuente con el consentimiento previo, libre e informado, antes de la ejecución de aquellas actividades que puedan afectar la integridad de la comunidad y sus recursos naturales.

Desde esta perspectiva la Consulta Previa, constituye un proceso para el ejercicio del derecho de Participación reconocido por la Constitución, y el Consentimiento Previo, Libre e Informado representa la obtención manifiesta de un acuerdo claro, democrático y convincente, acorde al derecho internacional.

De los antecedentes expuestos, podemos señalar que el Consentimiento Previo Libre e Informado constituye una finalidad del Proceso de Consulta Previa, en tal virtud el Estado debe organizar los procedimientos de tal manera que estén orientados a lograr el consentimiento o acuerdo.²⁴

Al respecto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la *sentencia 2007 Pueblo Saramaka vs. Surinam*, señala:

*“Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.*²⁵

Si bien el consentimiento no se manifiesta como condición de legitimidad de la Consulta Previa, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia condiciona a los Estados en la obtención del Consentimiento Previo,

²⁴ CLAVERO, Bartolome, Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2010, pág.2,

²⁵ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, Párrafo 17.

libre e informado cuando se trate de proyectos que puedan afectar la integridad de las tierras y los recursos naturales. La Declaración de Naciones Unidas de los Derechos Indígenas de 2007, consagra el derecho de los pueblos a que no se realicen actividades que los afecten gravemente sin que se haya obtenido su consentimiento previo.

La Asamblea Constituyente en su Mesa No 5 de Recursos Naturales y Biodiversidad, mantuvo varios debates respecto a la incorporación del Consentimiento Previo, libre e informado en la Constitución del 2008. Por una parte aquellos que sostuvieron que la Constitución debe garantizar únicamente el derecho a la Consulta a las comunidades que se encuentran en las áreas donde se ejecutan los proyectos que puedan generar un impacto ambiental y por otro lado aquel grupo que consideraron que las comunidades afectadas deben dar su consentimiento previo, por ser los afectados con la ejecución de los proyectos.

Aquellos que manifestaron su desacuerdo de incorporar el consentimiento previo a la Constitución, lo hicieron bajo el justificativo de implementar los proyectos económicos gubernamentales, orientados a mejorar la condición de vida de la población nacional, frente aquellos que estuvieron a favor del consentimiento previo y sostuvieron el carácter vinculante u obligatorio que requiere la Consulta y sea acatada por el Estado.

Respecto al debate mencionado, Mario Melo señala:

“...no debería haber razón para que la Asamblea debata si se incorpora o no el derecho al consentimiento informado previo, pues jurídicamente ese es un derecho que ya se encuentra reconocido en el Ecuador y en el Derecho Internacional. No incorporarlo sería una medida regresiva prohibida por el Sistema Jurídico y por el literal h) de los principios de aplicación e interpretación de los derechos que el mismo Pleno de la Asamblea acaba de aprobar.”²⁶

La Constitución del 2008 fue aprobada en el referéndum del 28 de septiembre de 2008, en ella se reafirma la Consulta con las características de previa, libre e informada y se reconoce el consentimiento, sin embargo conforme se encuentra redactada y analizando al tenor literal del artículo 57 numeral 7 encontramos una

²⁶ MELO, Mario, Consulta y Consentimiento Previo de Debate en la Asamblea Constituyente, No a la Mina, Latinoamérica, General, 2008.

contradicción al señalar que: “Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

La contradicción mencionada responde a intereses del gobierno de evitar que en la nueva Constitución como en el resto de la normativa, los resultados de la consulta sean vinculantes.

Países como Venezuela y Bolivia, han incorporado en su legislación el Consentimiento, Previo, libre e informado, pese a tener a la industria extractiva como factor clave dentro de su economía.

La Corte Constitucional Colombiana por su parte considera a la Consulta un derecho fundamental, y respecto al ámbito de aplicación de la misma señala:

“Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país. Respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus intereses, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades”²⁷

2.2 CONDICIONES BÁSICAS REQUERIDAS PARA UNA ADECUADA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN.

Para lograr las condiciones básicas necesarias para la Consulta Previa es fundamental la cooperación de todas las instituciones de gobierno a nivel nacional y regional, las organizaciones indígenas conjuntamente con la comunidad y el sector privado, quienes coordinarán la aplicación de la Consulta Previa, que permita la identificación de mecanismos adecuados que faciliten el dialogo libre y equitativo en el que se considere los derechos y oportunidades de las partes en busca de un verdadero desarrollo sostenible.

El Proceso de Consulta y Participación debe procurar una planificación en la que se considere a todos los grupos de interés respecto a las tierras, medio ambiente, recursos, cultura y desarrollo a largo plazo, que puedan dar a conocer sus intereses, en la búsqueda de un mayor nivel de entendimiento y objetivos comunes. Estos

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-208-2007 ,M.P. Rodrigo Escobar Gil

procesos deben considerar aspectos específicos y característicos de la industria petrolera, que generen similares oportunidades para el desarrollo sostenible del proyecto, asegurando un grado de confianza y compromiso de los grupos de interés para con el proceso de consulta.

Del análisis de la legislación nacional, internacional, y la jurisprudencia pertinente, se identifica los siguientes aspectos que se consideran esenciales en la presente investigación para el desarrollo de la Consulta Previa:

1.- Reconocer y definir los derechos de los territorios de la comunidad y los pueblos indígenas, como una obligación del Estado.

La Constitución en su artículo 57, numerales 4 y 5, textualmente dice:

Art.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:

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.²⁸

Se debe señalar que han existido varias vulneraciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas por parte del Estado, como es el caso de la Zona Intangible Tagaeri – Taomenani con una extensión aproximada de 700 mil hectáreas al interior del Parque Nacional Yasuní, declarada así por el Estado en 1999, la misma que ha sido escenario de incursiones madereras, empresas de turismo y sobre todo de empresas petroleras que utilizando diversos mecanismos buscan alcanzar nuevas concesiones en estos territorios. Las intromisiones señaladas y en especial en el territorios de aquellos grupos no contactados han generado en los últimos años diversos enfrentamientos que han tenido como consecuencia la muerte de madereros furtivos y de varios nativos a causa de ataques sufridos y distintas enfermedades

²⁸ Constitución Política del Ecuador 2008, artículo 57, numerales 4 y 5.

como la gripe o el sarampión, frente a las cuales éstas personas en aislamiento voluntario no tienen defensa alguna.

El no delimitar oportunamente la Zona Intangible como lo señalaba el Decreto de creación, el cual determinaba un plazo de 90 días para el efecto y que se cumplió recién en el año 2007 pese haberse declarado como tal en el año 1999, muestra la falta de gestión del Estado respecto al cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, que al respecto en su artículo catorce numeral cuatro señala:

*“4.-Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.*²⁹

Respecto al factor de territorialidad se menciona que uno de los aspectos fundamentales es la legalización de las tierras, en nuestro caso esta actividad la vino realizando el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario “INDA” cuyas competencias fueron transferidas al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca y el Ministerio de Ambiente, en el primer caso por el uso ancestral de los territorios y en el otro respecto a territorios de parques nacionales y bosques protectores. Es importante resaltar además que la constitución establece la gratuidad de la adjudicación de las tierras y territorios ancestrales.

2.- Adoptar legislación y procedimientos que definan los derechos de participación de los pueblos indígenas, facilitando y promoviendo el involucramiento de todos los grupos sociales de la comunidad.

Al respecto considerar que la adopción de mecanismos de consulta que se adecuen a la realidad indígena, con el fin de asegurar la participación activa de los grupos sociales y la participación de los mismos en la definición de la legislación y procedimientos respecto a la Consulta Previa y mecanismos de participación que promuevan el establecimiento de instancias de concertación en el ámbito regional y local para la formulación de planes de desarrollo.

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 7 numeral 2, al respecto señala:

²⁹ Convenio 169 de la OIT, Art. 14 numeral 4.

2.- El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.³⁰

Los sistemas que un futuro puedan implementarse requerirán de la preparación de evaluaciones de impacto socio – económicas y culturales, en las cuales se deberá incluir estudios de base, actividad en la que deben intervenir plenamente lo pueblos indígenas y aquellos resultados deberán ser difundidos previo al inicio de cualquier actividad orientada a la aprobación de operaciones de la industria petrolera. Estas medidas que deben ser adoptadas por el gobierno permitirán proteger de manera sistemática los derechos de los pueblos indígenas y al mismo tiempo respetar su integridad.

El artículo dos del Convenio 169 de la OIT señala además lo siguiente:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la Participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a. Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

b. Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas.

c. Que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.³¹

3.- Fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas para comprender los procesos y medidas adoptadas ante actividades que puedan desarrollarse en sus tierras.

El desarrollo adecuado de la Consulta Previa, requiere del establecimiento de programas de capacitación, que permitan a los pueblos indígenas conocer sus derechos y posibilidades de participar en los distintos procesos orientados a la toma

³⁰ Convenio 169 de la OIT, Art. 7 numeral 2.

³¹ Convenio 169 de la OIT, Art. 2

de decisiones; conocer la naturaleza de las actividades hidrocarburíferas que potencialmente se desarrollaran en sus territorios y cuáles serán los potenciales impactos ambientales, sociales y culturales que estas actividades generaran; el análisis participativo en la búsqueda de alternativas en el desarrollo de los proyectos, permitirá minimizar los impactos negativos, previo al inicio de cualquier actividad.

La capacidad de los pueblos debe estar vinculada además a la posibilidad cierta de las comunidades de comunicarse con las autoridades administrativas que participan en el desarrollo del proyecto y puedan realizar las preguntas que ellos consideren necesarias. Esta comunicación debe establecer procedimientos simples y totalmente accesibles.

Es importante considerar además que para el desarrollo de los procesos de consulta y participación en concordancia al Convenio 169 de la OIT, el gobierno deberá ser consecuente con lo estipulado en el artículo 6 literal b) del mencionado convenio, que textualmente señala:

“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;”³²

4.- Garantizar el acceso a la información necesaria para asegurar que los pueblos indígenas estén adecuadamente informados para el seguimiento y evaluación de las actividades y la adopción de acuerdos, los mismos que deben realizarse en la su lengua nativa.

Es fundamental resaltar el acceso oportuno, completo y sobre todo comprensible de la información concerniente al proyecto para la extracción de hidrocarburos y cada una de las actividades consideradas para la ejecución del mismo. La información en referencia debe ser proporcionada en su lengua nativa, así como todos los acuerdos que las partes intervinientes como la empresa, estado y comunidades realicen.

La Constitución Política del Ecuador en su artículo 16 numeral 1 señala que:

³² Convenio 169 de la OIT, Art. 6 letra b.

Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.³³

Es fundamental que la información llegue de la manera adecuada a la comunidad, para lo cual de ser necesario debe diseñarse técnicas para diseminar la información y pueda llegar de forma apropiada y ajustándose a las circunstancias particulares de cada comunidad, conforme señala el artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, que señala:

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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”.³⁴

5.- Reconocer y respetar a sus autoridades tradicionales y sus propios sistemas de toma de decisiones y resolución de conflictos.

Es importante el reconocimiento formal y respeto de las autoridades tradicionales indígenas, así como de sus mecanismos de resolución de conflictos y toma de decisiones, afín de alcanzar un entendimiento productivo entre las partes intervinientes en los procesos de participación.

El reconocimiento de las autoridades debe estar acompañado del involucramiento permanente de las mismas en cada una de las actividades que los procesos de diálogo, negociación, consulta y en general cualquier proceso de participación que sea dirigido hacia las comunidades.

6.- Fortalecer a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas

En donde se destaca la importancia de fortalecer las instituciones representativas de los pueblos indígenas, a fin de que éstos se encuentren en capacidad de brindar

³³ Constitución Política del Ecuador 2008, Art. 16, numeral 1.

³⁴ Convenio 169 de la OIT, Art. 6, numeral 1.

asistencia técnica a las comunidades indígenas a las cuales representan, de manera especial acerca del derecho sobre sus tierras y los recursos naturales.

Este fortalecimiento permitirá además una actuación coordinada entre las organizaciones intervinientes que facilite el diseño adecuado de canales de comunicación entre sus propias organizaciones y éstas con las autoridades.

Un aspecto fundamental para resaltar, es la es la capacidad que las organizaciones tienen para asegurar una equitativa distribución de los beneficios, aspecto que ha generado conflictos entre las organizaciones existentes y al mismo tiempo denota la debilidad organizacional de estas organizaciones.

7.- Actuación coordinada de las distintas autoridades involucradas en el área y desarrollo de la actividad de hidrocarburos.

Al respecto se considera que en los proceso de participación como el de Consulta Previa es fundamental identificar a las autoridades involucradas ya sea de forma directa o indirecta y determinar de manera concreta y formal cada uno de sus roles respecto al proceso.

En cuanto a la intervención de distintas autoridades competentes en un determinado proyecto, es evidente la necesidad de diseñar procesos de coordinación e intercambio de información que permitan un manejo más eficiente de la misma y un acceso oportuno y permanente de las comunidades y en especial de aquella población directamente afectada.

El manejo eficiente de la información permitirá sobretodo hacer pública y transparente la toma de decisiones.

8.- Definir un régimen para los pueblos aislados o no contactados.

La vulnerabilidad de estos pueblos frente a este tipo de proyectos, puede ver afectada su subsistencia y su cultura, por este motivo la identificación de un grupo multidisciplinario que asegure su protección y representación al momento de decidir la ejecución o no de actividades de extracción de hidrocarburos que puedan afectarlos.

9.- Fortalecer la capacidad del Estado, sensibilización de las autoridades en el Tema indígena.

El estado debe verse fortalecido a través de la incorporación de políticas y legislación específica en el tema indígena, considerando además los convenios adoptados por el Ecuador en este tema y las tendencias internacionales respecto al derecho indígena.

La capacidad de velar por los intereses de los pueblos indígenas por parte de las autoridades locales y regionales, que les permita cumplir cada uno de sus roles específicos dentro de los procesos de participación y sean ellos quienes faciliten y supervisen la realización de los mismos.

Se evidencia además en los procesos, la falta de conocimiento de las autoridades respecto a la legislación indígena en general, así como lo concerniente al medio ambiente y los recursos naturales.

10.- Voluntad Política de Asegurar el desarrollo sostenible de la Amazonía, respetando los derechos ancestrales de los pueblos indígenas.

La falta de mecanismos que faciliten una mayor apertura al diálogo entre el sector público, los pueblos indígenas y las empresas, junto a la falta de voluntad política de hacerlo, no permiten el desarrollo sostenible de los pueblos indígenas, irrespetándose constantemente el derecho de las poblaciones asentadas en las zonas de influencia a las actividades extractivas.

El desarrollo sostenible de la Amazonía, debe estar basado en una política sobre pueblos indígenas, considerando sobre todo la transparencia en la toma de decisiones y el acceso a la información, como lo señalamos anteriormente.

La Industria petrolera en nuestro país actualmente carece de políticas y estrategias que vayan en beneficio directo de los pueblos indígenas afectados por la extracción de hidrocarburos. Es importante considerar siempre los intereses y necesidades que tienen las comunidades, en procura de la identificación e implementación de canales más adecuados para la resolución de conflictos que se generen durante la ejecución del proyecto y de esta manera se proteja de mejor manera los derechos de los pueblos indígenas.

11.- Acceso a la Justicia

La Constitución Política en su artículo 171 reconoce las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y señala además en su inciso segundo la coordinación que debe existir entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, aspecto que considero esencial para el reconocimiento de sus derechos y el respeto a los mismos.

Es importante el diseño de de procedimientos especiales y sumarios para la resolución de conflictos donde intervengan comunidades indígenas, y se considere además sus diferencias culturales.

El artículo 171 de la Constitución Política señala:

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.³⁵

12.- Considerar el Conocimiento Tradicional indígena como una herramienta fundamental para la identificación de impactos y medidas de mitigación.

Es fundamental dar la importancia que merece la realización de de estudios sobre la realidad ambiental y sociocultural, previo al inicio de la actividad petrolera y constituyan éstos base para el monitoreo y evaluación de impactos.

La participación de los habitantes de cada una de las comunidades se ha visto limitada al cumplimiento de reglamentos y acuerdos, sin considerar su conocimiento cierto de la realidad ambiental y sociocultural del área de la actividad petrolera y están en la capacidad de actuar como expertos en los temas mencionados.

³⁵ Constitución Política del Ecuador, Art. 171.

13.- Asegurar la distribución equitativa de los beneficios con los pueblos indígenas afectados.

La distribución inequitativa de los beneficios generados por la explotación de petróleo en la Amazonía ecuatoriana, es uno de los aspectos que más conflictos han generado en la industria petrolera. El cumplimiento de estas condiciones que consideramos básicas para la aplicación del mecanismo de Consulta Previa, contribuyen a asegurar que el porcentaje de los beneficios derivados de las actividades de hidrocarburos en tierras de pueblos indígenas se dirija a financiar planes de desarrollo de los mismos pueblos.

Los mecanismos existentes para la distribución de los beneficios obtenidos de la explotación de petróleo no son canalizados directamente hacia las comunidades, sino que, como se lo analizó en el capítulo anterior por ejemplo respecto a la ley 010 que formó el fondo para el Ecodesarrollo de la Región Amazónica, por el cual se recibe un porcentaje por cada barril vendido en el mercado interno o externo, el uso de este fondo dependerá de la administración de turno y de la planificación del mismo.

El fortalecimiento de las organizaciones indígenas permitirá crear mecanismos de distribución de los beneficios de forma más directa y dirigida hacia las comunidades que son afectadas por la explotación de petróleo, mecanismos que deben ser creados con la participación y la asistencia de los pueblos.

14.- Trabajar en ordenamiento del territorio, en el que participe la población local.

El ordenamiento constituye un instrumento valioso de política ambiental y al mismo tiempo un mecanismo eficiente para la solución de conflictos generados por el uso de distintos recursos en un mismo espacio y tiempo.

El determinar los fondos necesarios para superar los aspectos señalados anteriormente, a través del reconocimiento del daño que genera la industria petrolera respecto al medio ambiente y la diversidad cultural, debe ser un factor para el desarrollo de mecanismos que permitan avanzar alcanzar este objetivo.

Es así que la importancia de que los pueblos indígenas fortalezcan su capacidad de auto gestión, pues la marcada dependencia que al momento existe respecto a otros intervinientes en los procesos de participación como es el Estado y

las Empresas, permiten el abuso y engaño por parte de ciertos dirigentes que se han aprovechado de sus pueblos.

Por lo señalado anteriormente es primordial caminar al fortalecimiento de la participación de dichos pueblos en los procesos de toma de decisiones y la defensa de del derecho sobre sus tierras y los recursos naturales, sobre la base de sostenibilidad y equidad.

2.3. PARTES QUE INTERVIENEN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA.

La Consulta Previa en la industria petrolera supone varias etapas, unas previas al inicio de las actividades extractivas y otras durante la ejecución del proyecto, diferentes momentos en los cuales interviene el Estado, las Comunidades y Pueblos Indígenas afectados directa o indirectamente, las Empresas dedicadas a la extracción de hidrocarburos y las distintas organizaciones representativas de los pueblos indígenas y aquellas que por su especialidad y conocimiento pueden brindar asesoramiento en la toma de decisiones.

Respecto a las partes que intervienen en el proceso de Consulta Previa, es importante la identificación de los actores que participan directamente en el proceso, es decir aquellas organizaciones representativas de los sectores que formalmente deben participar en la Consulta Previa, como son:

- Las Comunidades y Pueblos indígenas, asentados en las zonas de influencia a la actividad extractiva
- El Estado y
- La Empresa que ejecutará el proyecto en las distintas etapas del proceso

Luego de analizar cada uno de los instrumentos legales que regulan el proceso de Consulta Previa en materia de Hidrocarburos, se ha podido identificar la participación de los tres actores antes mencionados, identificados en diferentes momentos del desarrollo de la Consulta Previa que se señala a continuación:

2.3.1 Previo a la firma de los Contratos.- La consulta la realiza **el Estado**, con el fin de identificar en qué medida se afectará a las comunidades por el desarrollo de

actividades de extracción de hidrocarburos en sus tierras y al mismo tiempo determinar los derechos a una compensación. Es importante además la búsqueda de mecanismos para la distribución de beneficios de manera equitativa y además la preparación de un plan de desarrollo sostenible regional.

2.3.2 Durante la Elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental.- La consulta la realiza **la Empresa**, busca determinar el ámbito de estudio y posibilidades de acceder a información adicional a fin de clarificar posibles puntos de desavenencia. Es importante que el estudio se lo realice con la participación de las comunidades afectadas en los términos señalados en el Art. 7 del Convenio 169.

2.3.3 Antes de la firma de acuerdos para el uso de las tierras.- La realiza **la Empresa**, los acuerdos debieron pasar previamente por un proceso de consulta antes de su redacción y firma final.

2.3.4 Previa a la Aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental.- Interviene el facilitador por parte del **Estado**, siendo fundamental que la actividad propuesta se encuentre en armonía con el desarrollo sostenible de la región, para esto deberán realizarse las audiencias necesarias que permitan llegar a todas las comunidades afectadas.

2.3.5 Durante la ejecución del Proyecto, el Estado y la Empresa deben incluir un monitoreo permanente por parte de las comunidades, además de la capacitación permanente sobre los planes de contingencia y emergencia por derrames u otros hechos que puedan generarse durante la ejecución del proyecto. Deben ser consultados respecto de los Programas o planes de desarrollo que se ejecuten como parte de la compensación.

2.3.6 Resolución de Conflictos, la consulta la realiza **el Estado y la Empresa**, es fundamental involucrar permanentemente a las comunidades, a fin de determinar los conflictos o potenciales conflictos futuros que surjan o puedan generarse por la ejecución de las actividades. Es importante que se considere un equipo independiente que ejecute este programa.

2.3.7 Al finalizar las actividades, dentro del plan de abandono, la Empresa y el Estado, con el fin de asegurar que se cumpla con lo establecido en el Estudio de Impacto Ambiental y aportar con propuestas para la rehabilitación del área. Es

importante se elabore un plan de abandono, considerando alternativas en las que se considere las opiniones de las comunidades.

2.3.8 Durante la Evaluación de Impactos Ocasionados por el proyecto al plan de desarrollo sostenible de la región, el Estado evaluará los impactos generados por la actividad y dará seguimiento a los proyectos de desarrollo sostenible que debieron implementarse. La consulta se realizará además para la revisión de la política y legislación nacional respecto a la actividad de hidrocarburos y evaluar la participación de los pueblos indígenas.

2.4.- LA CONSULTA PREVIAY EL DERECHO A LA PROPIEDAD

La relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, es de tal importancia que no puede hablarse del derecho a la cultura de un pueblo indígena si no se garantiza el derecho a la propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Asegurar el respeto a su derecho constitucional a la pluralidad étnica y cultural obliga a prestar particular atención al respeto y garantía de la propiedad indígena. Derechos reconocidos tanto por la Constitución y Convenios internacionales.

*“No se puede pensar un desarrollo sustentable sin el vínculo que tenemos con los territorios, con sus montañas, aguas, tierras, bosques, subsuelo y cielos, donde identificamos nuestras existencias y provenimos para la vida diaria y futura. Es la riqueza heredada por los ancestros y que estamos obligados a dejar a nuestros descendientes, si es que queremos continuar como yine, kichua, hunikui, huourani y demás pueblos”.*³⁶

La Constitución Ecuatoriana respecto a las tierras y territorios indígenas en sus numerales 4, 5 y 11 del artículo 57 garantiza los siguientes derechos:

4) Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5) Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

11) No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

El artículo 60 de la Constitución garantiza el derecho de formar suscripciones territoriales para la preservación de su cultura y el artículo 257 del mismo cuerpo

³⁶ ANDY, Cesar, Derechos Territoriales Frente a las Actividades Petroleras, Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador, pág. 121, Quito, 2004.

normativo señala el mecanismo de conformación de estas suscripciones territoriales que finalmente resultan hasta cierto punto inaplicables pues “ *Constituye un problema para la adopción en la práctica las Circunscripciones Territoriales Indígenas que, de acuerdo a la constitución, deben constituirse a partir de parroquias, cantones y provincias conformados mayoritariamente por indígenas afroecuatorianos. La dificultad consiste en que los territorios indígenas y afroecuatorianos no coincide necesariamente con la división política administrativa del Estado. Normalmente los territorios indígenas extensos y continuos de Costa y Amazonía se superponen a varias parroquias, varios cantones e incluso varias provincias.*”³⁷

Aún cuando la Constitución y el Convenio 169 son claros en reconocer el derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan, la legislación dictada con posterioridad a los dos instrumentos antes mencionados no siempre han reflejado el espíritu de las mismas, generando en su aplicación posterior conflictos y situaciones injustas que afectan el derecho de los pueblos indígenas, Mario Melo al respecto señala que:

*“Enormes intereses transnacionales hacen fuerza para que los cambios constitucionales no se reflejen en cambios profundos de la legislación secundaria. En la medida que la Constitución garantiza derechos colectivos a favor de territorios indígenas, espacios en los que a menudo se concretan reservas de recursos naturales codiciados, la voluntad de los decisores políticos por incorporarlos en la legislación pública se vuelve difusa.”*³⁸

Con relación al derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras, la participación constituye un componente indispensable respecto a dos aspectos, el primero relacionado al derecho de propiedad sobre las tierras que otorga a su titular el consecuente derecho a participar en las decisiones que pudieran afectar precisamente el ejercicio del mismo, es decir la posibilidad de defenderlo.

En este sentido podemos observar que existe un espacio para la participación en las decisiones relacionadas a las actividades que puedan desarrollarse en sus tierras. De ahí el derecho a ser consultados antes de que se autorice cualquier actividad de exploración o explotación de recursos naturales en sus tierras, conforme señala el Convenio 169. Así también el participar en el proceso de elaboración de los

³⁷ MELO Cevallos, Mario, Los derechos Indígenas en la Nueva Constitución, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, pág. 103, INREDH, 2009.

³⁸ MELO, Mario, op.cit, pág. 108

Estudios de Impacto Ambiental conforme señala el artículo 7 numeral 1 del mencionado Convenio que textualmente dice:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.³⁹

La participación de los pueblos indígenas aportará con datos sobre las condiciones del área y permitirá conocer cuáles serán los impactos negativos y apoyará en la definición de mejores opciones de mitigación, particularmente en lo que a impactos culturales y sociales se refiere.

Es importante señalar además que la participación de los pueblos para la demarcación del territorio comunitario reconocido en la Constitución, que permita además asegurar el cumplimiento del artículo 14 del Convenio 169, así como garantizar la seguridad jurídica, tanto a favor de los indígenas como de los inversionistas y el Estado.

El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT al respecto señala:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

³⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 7 numeral 1

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.⁴⁰

De los antecedentes expuestos podemos observar la necesidad de un marco legal que garantice la seguridad jurídica de los derechos de propiedad sobre la tierra de las comunidades indígenas, que responda a la protección de la cultura indígena, para lo cual es importante asegurar la integridad territorial de las comunidades antes señaladas.

⁴⁰ Convenio 169 de la OIT, artículo 14.

CAPITULO III

3. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN EL CONCIERTO INTERNACIONAL

3.1 PRINCIPALES PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL.

Los principios del derecho deben expresarse a través de normas y se constituirán en rectores para la creación de leyes y formarán parte fundamental de la jurisprudencia, dando así sustento al sistema jurídico. Los principios del derecho además orientan la interpretación de las normas y su aplicación.

Al respecto Andrés Betancor Rodríguez en su obra *Instituciones del Derecho Ambiental* señala que:

“Los principios estando normalmente positivados sirven de fuente de inspiración e información bien de otras normas o bien en la práctica de aplicación del conjunto del sistema normativo”⁴¹

Si bien existen varios principios ligados al derecho ambiental, a continuación analizaremos aquellos vinculados a los procesos de participación y consulta previa.

3.1.1 Principio de Derecho Sustentable.- Este principio fue declarado en la conferencia de Río de 1992, busca un modelo de desarrollo ambientalmente equilibrado que permita satisfacer las necesidades, respetando siempre el ecosistema y la capacidad de éste de regenerarse naturalmente, garantizando el acceso de los distintos recursos a las futuras generaciones.

Este principio fue recogido por nuestra constitución en el numeral 1 del artículo 395, que textualmente dice:

Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.⁴²

⁴¹ Andrés Betancor Rodríguez: *Instituciones del Derecho Ambiental*, ed. La Ley, Madrid, 2001.pág. 146

⁴² Constitución Política del Ecuador, 2008, Art. 395

3.1.2 Principio de Prevención.- Busca que los problemas ambientales que puedan producirse por la ejecución de una actividad determinada sean atendidos de forma prioritaria e integral, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente pueda producir una actividad determinada. Es importante resaltar que este principio se aplica cuando existe la certeza de un daño determinado, es decir, la relación causa efecto entre la actividad y el daño no son un supuesto, a diferencia del principio precautelador, el cual no requiere de la certeza de existencia de un daño determinado para que éste opere como lo veremos a continuación.

La Constitución en su artículo 396 en su parte pertinente al respecto señala:

“El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño.”⁴³

La evaluación y estudio previo de aquellas actividades que constituyen peligro para el medio ambiente, permite conocer los riesgos que esta actividad conlleva y determinar mecanismos que permitan neutralizarlos.

Los antecedentes expuestos permiten resaltar los objetivos preventivos del Derecho Ambiental pues busca proteger y salvaguardar, frente a la condena y la sanción, pues lo importante será siempre prevenir el deterioro del medio ambiente.

3.1.3 Principio Precautorio.- Como se señaló anteriormente, este principio permite que se adopten medidas a favor del medio ambiente aún en el caso de que la relación causa efecto respecto a la actividad y el daño no se haya determinado de manera certera. Al respecto la Declaración de Río de 1992 en su principio 15 señala:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón

⁴³ Constitución Política del Ecuador, 2008, Art. 396

para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”⁴⁴

Este principio fue acogido además por nuestra Constitución, la misma señala que, *en caso sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.*⁴⁵

El inciso primero del artículo 73 de la Constitución señala también:

*“El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales”.*⁴⁶

Nuestra Constitución señala el concepto de *daño* vinculado al *impacto ambiental*, precepto mucho más amplio que el considerado en materia civil, pues se trata de daño ambiental de orden público.

3.1.4 Principio de quien Contamina Paga.- Al respecto se considera la internalización de los costos sociales externos, fundamentándose además en la inspiración redistributiva del derecho ambiental. Al respecto el Principio 16 de la declaración de Río señala:

*“Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.*⁴⁷

Es importante recalcar que este principio en materia ambiental en la cual los daños causados por lo general son irreparables, éste principio tiene un carácter persuasivo.

3.1.5 Principio de primacía del interés colectivo sobre el particular.- Se considera en primer lugar que el derecho ambiental vela por el interés general y al mismo tiempo se enmarca en el derecho de orden público.

⁴⁴ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio 1992, Principio 15.

⁴⁵ Constitución Política del Ecuador 2008, Art. 396

⁴⁶ Constitución Política del Ecuador 2008, Art. 73

⁴⁷ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio 1992, Principio 16.

Nuestra Constitución en su artículo 83 numeral 7, señala como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos el “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme el buen vivir.”⁴⁸

La normativa ambiental al ser de interés público no es susceptible de transacción o renuncia por parte de los particulares, esto permite la defensa de los bienes de interés general y de toda la comunidad.

3.1.6 Principio de la información previa y participación efectiva.- Fue reconocido en la Carta mundial de la Naturaleza de 1983, el mismo es su apartado 23 textualmente dice:

*“Toda persona, de conformidad con la legislación nacional tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”.*⁴⁹

A través de este principio se obliga a que aquellas actividades que puedan causar daños ambientales sean informadas y consultadas y al mismo tiempo obligan a la ejecución de evaluaciones de impacto ambiental.

Es importante señalar que este principio ha sido recogido continuamente en múltiples instrumentos internacionales, de manera especial respecto al acceso a la información concerniente al medio ambiente, podemos resaltar la resolución tomada por el Consejo de la Comunidad Europea de 7 de junio de 1990, que textualmente señala:

*“Los Estados miembros harán lo necesario para que las autoridades públicas estén obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado”.*⁵⁰

⁴⁸ Constitución Política del Ecuador, 2008, Art. 83, numeral 7.

⁴⁹ Carta mundial de la Naturaleza de 1983, Ap. 23

⁵⁰ Directiva 90/ 313/ CEE de Consejo de 7 de junio de 1990

Indicar también que el proceso de Consulta Previa no debe reducirse únicamente a meros trámites de audiencias e información como ha venido sucediendo, pues los mismos no se ajustan a lo estipulado en el convenio 169, proceso que debe constituirse en un “*diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común*”⁵¹

3.1.7 Principio de Buena Fe.- En apego al convenio 169 de la OIT, el principio de Buena Fe debe entenderse como el cumplimiento del objetivo último de buscar un diálogo entre las partes basado en principios de confianza, respeto mutuo con el fin de alcanzar un entendimiento entre las partes.

Al respecto el relator de Naciones Unidas James Anaya señala que:

*“Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo entorno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de derechos internacionales reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado”.*⁵²

De los antecedentes expuestos podemos señalar que uno de los requerimientos más importantes en el proceso de Consulta Previa, es el aporte de cada una de las partes, en donde los pueblos indígenas y el Estado realicen todos los esfuerzos necesarios para generar un ambiente de confianza, respeto mutuo y propicio para que la consulta se la lleve a cabo bajo el principio de la Buena Fe.

3.2 La CONSULTA PREVIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El presente tema será desarrollado a través del análisis de los diferentes instrumentos legales internacionales que han sido interpretados y analizados extensivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la solución de conflictos entre los Estados y Pueblos Indígenas, ocasionados generalmente por las concesiones otorgadas por los gobiernos a diferentes empresas públicas y privadas

⁵¹ Reclamación – Colombia, supra, párr. 90

⁵² Informe del Relator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: Principios sobre Consulta, Chile 2009.

para la exploración y extracción de petróleo. Es importante resaltar que *La Corte Interamericana cuenta con una bien desarrollada jurisprudencia relativa al derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. Esta comprensiva jurisprudencia es el resultado de la interpretación y el análisis extensivos de la Convención Americana, tanto en sí misma como a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el PDCP, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio 169 de la OIT y la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en septiembre de 2007.*⁵³

Es oportuno resaltar además los diferentes casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de la Consulta Previa en los últimos años, fruto de lo cual, señalar que en la actualidad cuenta con un marco jurídico amplio para la resolución de conflictos que surjan entre los Pueblos Indígenas y el Estado por este aspecto.

Uno de los casos más importantes y que han aportado considerablemente a la doctrina en favor de la Consulta Previa es el caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, que analizamos a continuación.

Entre los aspectos relevantes se puede analizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales que en esta ocasión realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los cuales podemos citar los siguientes:

- El reconocimiento de la propiedad indígena y tribal a través del artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- La Obligatoriedad de los Estados de demarcar y titular oficialmente los territorios indígenas y éstos no constituyan un mero reconocimiento.
- La obligación de reconocer los derechos sobre los recursos naturales usados tradicionalmente por los pueblos indígenas, necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de la forma de vida de dicho pueblo.

⁵³ Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas en el Perú, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, 2010.

- El deber de los Estados de consultar a los pueblos sobre la ejecución de un proyecto que pueda limitar el derecho a la propiedad de dichos pueblos. Al respecto la Convención para asegurar que la limitación al derecho de propiedad de los pueblos indígenas no constituya una denegación como pueblo, señala la obligación de cumplir con tres aspectos concretos.⁵⁴
 - El Estado debe asegurar la participación efectiva de los pueblos, conforme sus costumbres y tradiciones.
 - El Estado debe garantizar que los pueblos indígenas o tribales se beneficien razonablemente del plan a ejecutarse en sus territorios.
 - El estado debe garantizar que previo a cualquier concesión o permiso dentro del territorio indígena, se realice un estudio previo de impacto social y ambiental con entidades técnicas e independientes bajo la supervisión del Estado.

- La Participación Efectiva de los pueblos indígenas y tribales y el deber del Estado de Consultar activamente con la comunidad considerando sus costumbres y tradiciones. Al respecto la Corte a través del presente caso ha sido mucho más específica al ordenar al Estado respecto al Pueblo de Saramanka, consultar sobre seis aspectos concretos.⁵⁵
 - El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento del título colectivo del territorio de los miembros del pueblo.
 - El proceso mediante el cual se otorga al pueblo la capacidad jurídica colectiva de la comunidad.

⁵⁴ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129.

⁵⁵ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 16.

- El proceso para la adopción de medidas legislativas o administrativas, necesarias para garantizar y reconocer de manera colectiva el territorio tradicionalmente ocupado.
 - El mecanismo de adopción de medidas legislativas o administrativas para garantizar y reconocer el derecho a ser consultado efectivamente que tiene el pueblo.
 - Conocer de manera oportuna los resultados sobre los estudios de impacto social y ambiental.
 - El estado tiene la obligación de informar sobre el proyecto en un formato entendible y públicamente accesible, a fin de lograr una participación significativa del pueblo.
 - Finalmente la Corte señaló que es el Pueblo Indígena o Tribal quien le representará en los procesos de consulta.
- El Estado debe garantizar que la comunidad afectada reciba un beneficio razonable de los proyectos que se ejecuten en su territorio. Es importante considerar que son los habitantes de éstos territorios quienes soportan los costos más altos cuando el Estado ejecuta actividades extractivas en sus tierras.
 - El Estado tiene el deber de realizar estudios de impacto social y ambiental con una entidad independiente, previo a la ejecución de cualquier plan de desarrollo que se desee ejecutar en su territorio, conforme señala la Corte Interamericana en el presente caso, es decir, *conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto.*⁵⁶
 - La corte señaló además, que el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado y no solo con la obligación de consultar a la comunidad, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala, entendiendo los mismos como cualquier plan o inversión que pueda afectar la

⁵⁶ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 41.

integridad del territorio y sus recursos naturales conforme sus costumbres y tradiciones.⁵⁷

De los antecedentes expuestos, podemos observar como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos exige a los Estados la realización de la Consulta Previa, la misma que de tratarse de un proyecto considerado de gran escala o que pueda afectar gravemente la integridad de los pueblos indígenas y sus recursos naturales, el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado para la ejecución de estas actividades, entendiendo a este consentimiento, como el deber del Estado de no adoptar esta medida sin el consentimiento de la comunidad si la adopción de esta medida implicaría impactos substanciales que podrían poner en peligro el bienestar físico o cultural de la comunidad, conforme señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia 2007 *Pueblo Saramaka vs. Surinam* en el presente caso.

Respecto al caso ecuatoriano muchos de los proyectos de extracción de hidrocarburos que se desarrollan en la amazonia deben considerarse de gran escala o que pueden afectar gravemente la integridad de los pueblos indígenas y sus recursos naturales, es decir, en los términos señalados en el párrafo anterior, estos proyectos deberían recibir el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas, conforme al reconocimiento del sistema interamericano de Derechos Humanos que garantiza el derecho a la propiedad, conforme señala el artículo 21 de la Convención. La Declaración de Naciones Unidas señala además dos aspectos en los que se requiere el consentimiento de la comunidad afectada, cuando el proyecto implique traslado de sus tierras tradicionales y cuando el proyecto implique la eliminación de material peligroso dentro de su comunidad.

Sostener entonces que la Consulta Previa en los demás casos busca evitar los daños causados por el desarrollo de proyectos extractivos dentro de sus territorios a través de la cooperación mutua, el estudio medidas de mitigación de los mismos y su participación en los beneficios que genere el proyecto. Conforme señala el relator especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Libertades

⁵⁷ *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

Fundamentales de los Pueblos indígenas, James Anaya, *“los principios de consulta y consentimiento no otorgan a los pueblos indígenas el derecho de imponer unilateralmente su voluntad a los Estados cuando estos actúen a favor del interés público legítimamente y de buena fe. En vez de ellos buscan un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas”*.⁵⁸

Es importante señalar además que el Ecuador aceptó la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 13 de agosto de 1987, fecha desde la cual las decisiones de la Corte son vinculantes para nuestro país.

3.3 DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Este instrumento es el producto de un largo proceso participativo que involucra una amplia y activa representación de los pueblos indígenas del mundo, se reconoce entre otras cosas, que los pueblos indígenas tienen el derecho al pleno y efectivo disfrute de todos los derechos humanos en el derecho internacional.

Respecto a la Consulta Previa y el deber de los Estados de consultar con los pueblos indígenas sobre la ejecución de proyectos extractivos que puedan afectar sus tierras o recursos, el artículo 32 numeral 2 de la Declaración señala:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.⁵⁹

La Declaración garantiza los derechos territoriales y recursos naturales de los pueblos indígenas. Adoptando una visión integral respecto a la interrelación de los pueblos indígenas con sus tierras y ambientes, reconociendo la estrecha relación que existe entre sus bienes territoriales, la protección de su ambiente, sus conocimientos ancestrales y su visión propia en cuanto a planes para su desarrollo.

⁵⁸ Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Cit., párr. 49.

⁵⁹ 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 107a sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007. Art. 32 2)

Debemos destacar además el artículo 28 de la Declaración, la cual *“reconoce el derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”*.⁶⁰

Estos instrumentos denotan la importancia del derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación, buscando siempre su desarrollo económico social y cultural. Al respecto el artículo 3 de la Declaración señala:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.⁶¹

3.4 CONVENIO 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES (OIT).

Constituye uno de los instrumentos más importantes para asegurar la participación de los pueblos indígenas, fue adoptado en la 76a. Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 1989, fue ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1999. El Convenio establece importantes derechos respecto a la participación para la toma de decisiones que afectan los derechos territoriales de los pueblos indígenas, sobre sus recursos naturales, su medio ambiente y su cultura.

El Convenio señala expresamente entre las obligaciones del Estado, conforme estipula el artículo 6 numeral 1, que la consulta a los pueblos interesados debe realizarse en dos situaciones fundamentales: cuando se prevean el diseño de legislación susceptible de afectarlos y cuando se vayan a tomar decisiones administrativas que de igual manera pueda afectarlos directamente.⁶² Es importante destacar la amplitud del artículo mencionado *por la infinidad de tópicos en que las medidas legislativas o administrativas de los Estados puedan causar afectaciones*

⁶⁰ Ibídem Art. 28 1)

⁶¹ Ibídem Art. 3

⁶² Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, Art. 6 numeral 1

*directas a los pueblos indígenas: aspectos culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales, etc.*⁶³

La Consulta Previa en los casos antes mencionados, conforme señala el Convenio en su artículo 6, numeral 2, debe *ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*⁶⁴ Debemos entender que aún cuando la Convención no señale el derecho a veto por parte de las comunidades indígenas, la consulta debe permitir, de acuerdo a la buena fe, llegar a una solución satisfactoria para las partes y, por ende, la posibilidad de modificar las decisiones adoptadas por el Estado. De esta manera podemos resaltar que el *Convenio 169 ha logrado establecer normas que frenan la arbitrariedad de los gobiernos al tomar medidas que puedan afectar los intereses de los pueblos interesados.*

Considerando las limitaciones que el Convenio tiene en cuanto a su carácter vinculante respecto al resultado de la consulta, es importante señalar que la “*finalidad de la consulta no es, en consecuencia ofrecer un espacio para una decisión soberana de los pueblos respecto a su territorio y los recursos existentes en él o respecto a cualquier otra medida que los afecte, sino brindar un espacio para que los gobiernos persuadan a los pueblos para dar su consentimiento a la medida propuesta o para negociar un acuerdo...*”⁶⁵ conforme señala el artículo 6, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT.

En cuanto al petróleo como recurso natural que se encuentra en el subsuelo, conforme señala nuestra Constitución en su artículo 408 que en su parte pertinente señala:

Art. 408.- “Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo...”

⁶³ MELO, Mario, CONSULTA PREVIA Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana, pág.37, Quito, 2006.

⁶⁴ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, Art. 6 2)

⁶⁵ MELO, Mario, CONSULTA PREVIA Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana, pág.38, Quito, 2006.

En estas circunstancias el Convenio 169 de la OIT establece que el Estado deberá determinar procedimientos para consultar a los pueblos afectados, antes de iniciar o autorizar cualquier actividad de aprovechamiento de sus tierras, al respecto el Convenio 169 en su artículo 15 numeral 2 señala:

*“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 que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras”.*⁶⁶

Se debe precisar que la implementación de los procedimientos para la Consulta Previa es una obligación del Estado y que en caso de no existir estos procedimientos que garanticen la participación de los pueblos indígenas, éstos deberían crearse. Pese a lo indicado anteriormente, podemos señalar que en nuestra legislación no existen procedimientos adecuados que se ajusten a las exigencias establecidas por el Convenio.

Este instrumento del Derecho Internacional a través de sus disposiciones, evidencia la importancia del reconocimiento y garantía del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre la tierra y su relación con los derechos de participación en las decisiones que el Estado pueda tomar en aspectos que puedan afectarlos, entre ellas las afectaciones que podría sufrir el medio ambiente.

En cuanto al territorio, el Convenio resalta la obligación de los gobiernos de *respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios.*

Respecto al medio ambiente, el Convenio 169 en su artículo 7 numeral 3 señala que:

“Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios

⁶⁶ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, Art. 15 numeral 2

*deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.*⁶⁷

Observar que en el artículo precedente implícitamente se incorpora la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de estudios de impacto ambiental referidos a actividades a ejecutarse en sus tierras, así como la obligación del gobierno de tomar medidas conjuntamente con los pueblos indígenas interesados en proteger y preservar el medio ambiente en el territorio en el que habitan.

3.4.1 Mecanismos de Reclamo

Dada la importancia del Convenio 169 respecto a la oportunidad de los pueblos de defender sus derechos frente a las decisiones de los gobiernos de ejecutar proyectos y planes de desarrollo por los que podrían verse afectados, se presenta a continuación una síntesis de los mecanismos de reclamo por incumplimientos del Convenio, conforme señala el Doctor Mario Melo en su libro Consulta Previa, Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana.

El Convenio 169 de la OIT como instrumento motivado y garantizado por la Organización Internacional del Trabajo, permite consecuentemente acudir a esta institución en caso de violación del Convenio, en apego consecuente a la Constitución de la Organización del Trabajo que en los términos del artículo 24 de la mencionada Constitución, establece la posibilidad concreta de reclamo:

*“Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente”.*⁶⁸

El artículo precedente resalta la posibilidad de presentar reclamaciones contra el Gobierno infractor, únicamente por las organizaciones profesionales de

⁶⁷ Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, OIT, Art. 7 3)

⁶⁸ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Art. 24.

empleadores, constituyendo un limitante a este mecanismo de reclamo. Sin embargo las organizaciones reconocidas por la OIT conforme señala su Constitución han presentado a su nombre los reclamos de otras organizaciones que se han visto afectadas por la violación del Convenio 169.

El trámite conforme el procedimiento determinado por el reglamento especial signado con el No 44, establece los siguientes pasos:

a. La Oficina acusa recibo e informa al gobierno interesado;

b. Se somete el asunto a la Mesa del Consejo de Administración;

c. La Mesa informa al Consejo de Administración sobre la admisión de la reclamación, para lo cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

i. Debe ser comunicada por escrito a la OIT.

ii. Debe emanar de una asociación profesional de empleadores o iii. de trabajadores.

iv. Debe hacer mención expresa del artículo 24 de la Constitución.

v. Estar relacionada con un Estado miembro de la OIT.

vi. Referirse a un convenio que el Estado haya ratificado.

vii. Precisar en qué sentido se alega que dicho Estado miembro habría incumplido efectivamente el convenio en su ámbito jurisdiccional;

d. El Consejo de Administración, sin examinar el fondo del asunto, toma una decisión sobre la admisión;

e. Si es admisible la reclamación el Consejo de Administración, constituye, de entre sus miembros, una Comisión Tripartita para que la examine siguiendo las reglas enunciadas en el reglamento; si guarda relación con un convenio sobre los derechos sindicales puede remitirla al Comité de Libertad Sindical.

f. Se invita al Gobierno a estar representado cuando examina el asunto el Consejo de Administración;

g. La Comisión Tripartita informa al Consejo de Administración, detallando las fases sucesivas de su examen de reclamación y presentando sus conclusiones y recomendaciones, para la adopción de una decisión por este último;

h. El Consejo de Administración decide si procede publicar la reclamación y la respuesta eventual del gobierno y lo notifica a la organización de trabajadores o empleadores y al gobierno interesado.⁶⁹

⁶⁹ MANUAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD SINDICAL José Marcos-Sánchez, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Actividades para los Trabajadores, Oficina Regional Latina y El

CAPITULO IV

4. EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

4.1 EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.

El derecho a la Consulta Previa en nuestra Constitución será analizado desde dos perspectivas, la primera respecto a los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas conforme señala su artículo 57 numeral 7 y la segunda relacionada directamente al ambiente en los términos del artículo 398 de la Constitución.

La segunda perspectiva de la Consulta Previa, reconocida en el Artículo 398 de la Constitución Política, Capítulo Segundo de Biodiversidad y Recursos Naturales, Sección Primera de la Naturaleza y Ambiente, tiene una connotación más amplia, es decir que no se limita únicamente a proyectos de explotación de recursos no renovables y tampoco vela exclusivamente por los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas sino que a través de ésta, toda decisión que provenga de la Administración Pública deberá ser consultado al público en general que pueda ambientalmente ser afectado. El artículo citado de la Constitución Política señala:

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.⁷⁰

⁷⁰ Constitución Política del Ecuador, Art. 57 numeral 7.

Considerando los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto a la Consulta Previa, analizaremos a continuación el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, el mismo que señala:

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les 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.⁷¹

Uno de los aspectos que debemos destacar respecto al artículo precedente, es el reconocimiento como sujetos colectivos de derechos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que hace la constitución vigente a diferencia de la Constitución de 1998, que reconocía únicamente estos derechos a los Pueblos Indígenas y Afro ecuatorianos.

La ampliación referida en la aplicación del Derecho de Consulta Previa podría generar conflictos respecto a quién debería realizarse la consulta previa, libre e informada, es decir, si un proyecto de extracción de hidrocarburos se realiza en una comunidad determinada, debe ser a ella a quien se realice la consulta o debe realizarse al pueblo o nacionalidad al que pertenece la comunidad.

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas son claras en reconocer el derecho de los Pueblos Indígenas a ser consultados a través de sus autoridades y canalizar el proceso de consulta con las comunidades pertenecientes a los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas. En

⁷¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 57 numeral 7.

consecuencia podemos señalar que los sujetos de consulta son los pueblos y nacionalidades indígenas.

Con los antecedentes expuestos es importante establecer que se entiende por comuna, comunidades, pueblos y nacionalidades Indígenas a las que hace referencia la Constitución actualmente.

La CONAIE establece como nacionalidades indígenas a aquellos *colectivos que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo ejercicio de su propia autoridad.*⁷² Según el registro del CODENPE en el Ecuador existen al menos 13 nacionalidades indígenas: Awa, Chachi, Epera, Tsachila, Shuar, Achuar, Siona, Secoya, Wuaorani, A'icofan, Shiwiar, Zápara y Kichwa.⁷³

Los Pueblos indígenas por su parte son *colectividades con identidad cultural que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana regidas por sus propias formas de organización, social política, económica y jurídica*⁷⁴. Los pueblos forman parte de una nacionalidad indígena determinada.

Respecto a la Comunidad podemos señalar que es una *forma de organización nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denominan también Ayllus o Centros.*⁷⁵ Respecto al término comuna podemos considerarlo sinónimo de comunidad. Las comunidades se encuentran al interior de los pueblos.

En cuanto a la Consulta Previa Libre e Informada a la que hace referencia el artículo 57 numeral 7 de la Constitución, es consecuencia de la libre determinación o autodeterminación de las colectividades indígenas en un Estado plurinacional, en este sentido la Consulta Previa Libre e Informada reúne ciertas características:

⁷² CONAIE, Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la Legislación Nacional e Internacional, 2001, Quito-Ecuador. Pág. 7

⁷³ www.codenpe.gov.ec

⁷⁴ CONAIE, Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la Legislación Nacional e Internacional, 2001, Quito-Ecuador. Pág. 7

⁷⁵ CONAIE, Formas de organización social comunitaria o colectiva, 1998, citado por Guillermo Churuchumbi, Propuesta sobre gobiernos comunitarios de los pueblos Kichwas, Quito, Fundación Kawasay-ECUARUNARI, 2006, Pág. 22.

- Que sea Previa, es decir que ningún proyecto podrá empezar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado.
- Que sea Libre, es decir que no existan engaños, coacción y libre de presiones exteriores, entre ellos los incentivos monetarios y la técnica de dividir para conquistar, o cualquier amenaza de darse una respuesta negativa.
- Que sea informada, que exista disponibilidad plena de toda la información disponible.
- Que tenga por objetivo lograr el consentimiento, la obtención de un acuerdo claro democrático y convincente, a través de procedimientos transparentes, en los términos señalados en el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 6 numeral 2 señala:

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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.⁷⁶

Es importante considerar que “...*el consentimiento de un hombre siempre lo es respecto a una acción o acciones de otro u otros hombres. Implica de su parte la expresión de un deseo de que otro u otros hagan o se abstengan de hacer cierta acción o acciones*”⁷⁷

Respecto a los Recursos Naturales, la Constitución vigente reconoce el derecho de los pueblos indígenas el derecho de *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*⁷⁸

En cuanto a los recursos no renovables el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución, señala que los pueblos indígenas tendrán derecho a *participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.*⁷⁹

⁷⁶ Convenio 169 de la OIT, Art. 6 numeral 2

⁷⁷ J.P. Plamenatz, Consentimiento, libertad y obligación política. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México 1970, pág. 15

⁷⁸ Constitución Política del Ecuador 2008, Art. 57, numeral 6.

⁷⁹ Constitución Política del Ecuador 2008, Art. 57, numeral 7.

El artículo 313 de la Constitución considera a los recursos naturales no renovables como estratégicos, que *por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.*

El convenio 169 de la OIT respecto a los recursos naturales en su artículo 15 numeral 2 señala:

*“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 la 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 que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las 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”.*⁸⁰

La segunda perspectiva de la Consulta Previa vinculada directamente al ambiente, se encuentra regulada en el artículo 398 de la Constitución, el mismo señala:

*Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.*⁸¹

La Consulta se presenta de manera amplia, como un derecho ambiental fundamental, en donde el titular de este derecho es la comunidad nacional, entendida en términos sencillos, como el conjunto de los que vivimos en el Ecuador.

⁸⁰ Convenio 169 de la OIT, Art. 15 numeral 2

⁸¹ Constitución Política del Ecuador de 2008, Art. 398

Se trata de un derecho difuso y las acciones para exigir su cumplimiento corresponde a cualquier persona natural o jurídica que habite en la zona de influencia al proyecto y haya sido afectada por el mismo.

Debemos entender además como comunidad, en su concepto amplio, a los habitantes de una zona o poblaciones locales afectadas por los posibles daños ambientales.

La Declaración de Río de 1992 al respecto señala:

PRINCIPIO 10

*El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.*⁸²

4.2 BASE LEGAL PARA LA CONSULTA PREVIA ANTE ACTIVIDADES HIDROCARBURIFERAS.

4.2.1 Ley de Gestión Ambiental

La Ley de Gestión Ambiental fue promulgada el 30 de julio de 1999, para la aplicación de las disposiciones en materia ambiental establecidas en la Constitución de 1998. Respecto a la Consulta Previa la Ley en su Capítulo III, DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN, artículos 28 y 29 señalan:

⁸² Declaración de Río, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992

Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas.

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.

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.⁸³

Bajo los términos de los artículos precedentes podemos señalar que la Ley de Gestión Ambiental, hace referencia únicamente a la Consulta Previa en los términos del artículo 398 de la Constitución vigente, es decir únicamente a las afectaciones que un proyecto pueda causar al medio ambiente, dejando de lado la Consulta Previa a la que tienen derecho los Pueblos y Nacionalidades Indígenas en los términos del artículo 57 numeral 7 de la Constitución vigente.

Como lo señalamos anteriormente es importante hacer una distinción entre las perspectivas que la Constitución vigente hace respecto a la Consulta Previa, resaltando las diferencias entre la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas y la comunidad nacional en general respecto a la tierra, la naturaleza y el ambiente.

Es importante que la normativa que regula el proceso de Consulta Previa contenga disposiciones más precisas y obligaciones puntuales que permitan establecer reglas que sean reconocidas como obligatorias y este proceso no se convierta en una formalidad meramente informativa.

Si bien el inciso segundo de la Ley de Gestión Ambiental, precisa que el *incumplimiento del proceso de consulta que se refiere el Art. 88 de la Constitución Política de la República tornara inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos*, la misma no da una respuesta clara sobre los

⁸³ Ley de Gestión Ambiental, Art. 28 y 29

mecanismos para la aplicación de la Consulta, que entre otros aspectos debería definir:

- Con claridad los mecanismos y procedimientos así como los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para que surta efectos jurídicos.
- Del texto constitucional queda claro que quien está obligado a realizar la consulta es el Estado, pero siendo el destinatario un sujeto colectivo difuso, se hace necesario definir claramente quienes pueden hablar y consentir válidamente a nombre de los consultados, garantizando su representatividad.
- El efecto que podría tener una negativa por parte de los consultados. Esta debilidad legislativa, de no ser inmediatamente corregida, podría ocasionar que la negativa resulte ser irrelevante para la decisión consultada, con lo que la consulta lejos de ser un mecanismo de participación, puede verse reducido a un mero trámite para avalar la legitimidad de decisiones previamente definidas.

4.2.2 Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS)

Respecto a la Consulta previa y la participación ciudadana, el Estado definió a nivel reglamentario el Texto Unificado de Legislación Secundaria sobre Medio Ambiente TULAS, el mismo en su Libro VI, DE LA CALIDAD AMBIENTAL, TITULO I, incorpora el Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA.

En el Sistema Único de Manejo Ambiental, desarrolla algunos criterios que vinculan la participación ciudadana con la gestión ambiental, así el párrafo primero del artículo 20 señala:

ART. 20.- PARTICIPACIÓN CIUDADANA.- La participación ciudadana en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se

desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar las condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases.

La participación social en la gestión ambiental se rige por los principios de legitimidad y representatividad y se define como un esfuerzo tripartito entre i) las instituciones del Estado; ii) la ciudadanía; y, iii) el promotor interesado en realizar una actividad o proyecto.

Por lo tanto, los procesos de información pública y recolección de criterios y observaciones deberán dirigirse prioritariamente a:

- i. La población en el área de influencia de la obra o proyecto;*
- ii. Los organismos seccionales que representan la población referida en el literal anterior;*
- iii. Las organizaciones de diferente índole que representan a la población o parte de ella en el área de influencia de la obra o proyecto; sin perjuicio de que estos procesos estén abiertos a otros grupos y organizaciones de la sociedad civil interesados en la gestión ambiental.⁸⁴*

Es importante resaltar al respecto, la participación de la población directamente afectada por una obra o proyecto, la misma busca aportar con criterios y observaciones a la formación de decisiones por parte de la autoridad estatal, la misma se circunscribe a *las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental.*⁸⁵

Los criterios y observaciones son considerados e incorporados a fin de que *las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos*, destacando que los mismos serán considerados e incorporados siempre y cuando sean técnica y económicamente viables.

De lo expuesto podemos determinar que los criterios que la ciudadanía da al respecto no serán considerados como obligatorios y en ningún caso su finalidad irá más allá de minimizar los impactos ocasionados por los proyectos y actividades, siendo condicionadas además a la viabilidad técnica y económica del proyecto.

Respecto a los principios que rigen la participación y las partes que intervienen en los diferentes procesos, el SUMA señala:

⁸⁴ Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Suplemento 2. 31 de marzo de 2003, Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA, Art. 20

⁸⁵ Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Suplemento 2. 31 de marzo de 2003, Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA, Art. 20

La participación social en la gestión ambiental se rige por los principios de legitimidad y representatividad y se define como un esfuerzo tripartito entre i) las instituciones del Estado; ii) la ciudadanía; y, iii) el promotor interesado en realizar una actividad o proyecto.⁸⁶

Uno de los factores más importantes que deben ser considerados en los procesos de participación ciudadana y que constituye uno de los fines de la presente investigación, es el determinar el papel que cumple la empresa en el desarrollo de estos Procesos y de manera especial en la Consulta Previa.

El SUMA, respecto a las partes que intervienen en la Consulta Previa, sitúa a la empresa al mismo nivel de la ciudadanía y el Estado, realidad en mi opinión equivocada, pues los intereses privados usualmente movidos por el lucro de las transnacionales puede influir en la ejecución de un proyecto que pueda poner en riesgo el ambiente.

Es importante diferenciar claramente el rol de las empresas únicamente como promotoras de negocios, el de la ciudadanía como sujeto de derechos y el del Estado como garante del respeto de dichos derechos.

Al respecto Mario Melo señala:

En la Práctica, el “esfuerzo tripartito” para concluir la participación ciudadana se suele convertir en la confluencia de intereses estatales y empresariales para presionar a las comunidades a favor de proyectos y obras que ni les conviene ni les interesan.⁸⁷

El literal a) del artículo 20 del Sistema Único de Manejo Ambiental, señalan los momentos de la participación considerando como obligatorias y mínimos:

a) MOMENTOS DE PARTICIPACIÓN.- *Los momentos de participación ciudadana obligatorios y mínimos para el promotor de la actividad o proyecto propuesto, en coordinación con la AAAR, son:*

a.1) *Durante la elaboración de los términos de referencia y previo a su presentación a la autoridad ambiental de aplicación para su revisión y aprobación; y,*

⁸⁶ Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Suplemento 2. 31 de marzo de 2003, Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA, Art. 20 , inciso 2do

⁸⁷ MELO, Mario, CONSULTA PREVIA Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana, pág. 58, Quito, 2006.

a.2) *Previo a la presentación del estudio de impacto ambiental a la autoridad ambiental de aplicación en base de un borrador de dicho estudio.*

La información a proporcionarse a la comunidad debe responder a criterios tales como: lenguaje, sencillo y didáctico; información completa y veraz; en lengua nativa, de ser el caso.⁸⁸

En el primer inciso del artículo precedente, se indica *los momentos de participación ciudadana obligatorios y mínimos para el promotor de la actividad o proyecto propuesto, en coordinación con la Autoridad Ambiental Responsable.* Se puede entender al respecto, que se responsabiliza al promotor del proyecto de la Participación ciudadana, aspecto que como lo señalamos anteriormente debe constituir una obligación del Estado, la empresa debe desempeñar únicamente su papel de promotor del negocio.

4.2.3 Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas. Decreto 3401.

Fue publicado en el Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, cuatro años más tarde a la expedición de la Constitución de 1998. Conforme consta en el artículo 1 del Reglamento en mención, tiene por objeto:

“...establecer un procedimiento uniforme para el sector hidrocarburífero para la aplicación del derecho constitucional de consulta a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos en materia de prevención, mitigación, control y rehabilitación relacionados con los impactos socio - ambientales negativos así como el impulso de los impactos socio - ambientales positivos causados por la realización de actividades hidrocarburíferas que se realicen en sus tierras; y, la participación de dichos pueblos y comunidades en los procesos relacionados con la consulta, la elaboración de los estudios de impacto ambiental, los planes de manejo ambiental, incluidos los planes de relaciones comunitarias.

Además, este reglamento establece las normas relativas a la consulta dirigida a recopilar y considerar los criterios de toda persona natural o jurídica, especialmente de los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos y la población

⁸⁸ Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Suplemento 2. 31 de marzo de 2003, Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA, Art. 20 letra a)

*que se encuentra en el área de influencia directa respecto de las decisiones estatales relacionadas con las actividades hidrocarburíferas que puedan afectar al ambiente”.*⁸⁹

Como podemos evidenciar este reglamento regula derechos fundamentales, respecto a la Consulta Previa a los pueblos y nacionalidades indígenas de manera específica y de manera general en temas ambientales. En tal virtud en los términos del artículo 141 numeral 1 de la Constitución de 1998, vigente al momento de la promulgación del Reglamento expedido a través del Decreto 3401 y el 1040 que lo analizaremos más adelante, regulan el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución como es la Consulta, debió haberse regulado a través de una ley, mas no por un reglamento como sucedió en los casos mencionados, configurándose la inconstitucionalidad de los mismos.

Podemos señalar además que en los términos del artículo 171 numeral 5 de la Constitución de 1998, el Presidente de la República, establecía la facultad reglamentaria única y exclusivamente para la aplicación de leyes sin contravenirlas, considerando que el Decreto 3401 no era un reglamento de aplicación de ley alguna y hasta el momento no existe una ley que regule el derecho de Consulta Previa, contendría el reglamento una inconstitucionalidad de forma al igual que en el caso anterior.

Otras de las debilidades señaladas por autores como Mario Melo, son en primer lugar los niveles de participación limitados en su proceso de formación, debido a la exclusión de varios sectores importantes vinculados al tema. Hace referencia además al alcance del Reglamento, señalando que *no contempla la incorporación por parte del Estado, del criterio de de la población consultada antes de definir la realización o no de la actividad propuesta.*⁹⁰

Los artículos 8, 10 y 11 numeral 4, condicionan el criterio de la población a que estos sean técnicamente viables y legalmente procedentes. Si los intereses serían contrarios al criterio de la población, los promotores podrían argumentar falta de viabilidad y procedencia y así continuar con el proceso.

El inciso final del artículo 8 señala:

⁸⁹ Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, Art. 1.

⁹⁰ MELO, Mario, CONSULTA PREVIA Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana, pág. 62, Quito, 2006.

*La información que obtenga el organismo encargado de llevar a cabo las licitaciones de estas consultas será incluida en las bases de licitación y otras secciones aplicables de la documentación pre - licitatoria, de ser **técnica y económicamente viables y legalmente procedentes** y conforme lo dispone el artículo 40 de este reglamento.⁹¹*

En cuanto a la información que debe darse a la población respecto al proyecto, el reglamento permite la clasificación de la información, obstaculizando el acceso a la información. Al respecto el artículo 14 dice:

Artículo 14. Información. *Los participantes de los procesos de consulta establecidos en este reglamento están obligados a presentar la información ambiental y social veraz y que incluya los datos y elementos necesarios que permitan determinar adecuadamente los posibles impactos socioambientales positivos y/o negativos de que habla el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador y este reglamento, y las medidas socio - ambientales de prevención y remediación correspondientes. **Se excluye de esta obligación la información que, por razones contractuales o legales, sea considerada reservada o que conste en acuerdos de confidencialidad.**⁹²*

El tratamiento que recibe la opinión de la población conforme el reglamento, convierte a la Consulta en un mero trámite, en el cual la falta de consenso no suspende el proceso. El artículo 22 señala:

Artículo 22. Continuidad del proceso. El incumplimiento de una de las partes de las disposiciones contenidas en este reglamento o la falta de resoluciones o consensos en los plazos establecidos en el artículo 33 de este reglamento, no suspende el proceso de consulta y participación. Sin embargo, en el caso de no existir resoluciones o consensos formalmente adoptados, o de permanecer los incumplimientos a las disposiciones contenidas en este reglamento, se procederá a registrar estos hechos según lo establecido en el segundo inciso del artículo anterior.⁹³

⁹¹ Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, Art. 8.

⁹² Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, Art. 14.

⁹³ Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, Art. 22.

Uno de las observaciones más importante que podemos hacer al reglamento, es la derivación de las responsabilidades del Estado respecto a la aplicación de la Consulta Previa, faltando a su deber la protección y promoción de los derechos humanos, a los promotores o empresas interesadas en la realización del proyecto.

Esta contradicción se mantiene en todo el reglamento, podemos resaltar el inciso final del artículo 12 que textualmente dice:

“La consulta previa de ejecución, sea a pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades y afroecuatorianos o ciudadana, deberá realizarla la empresa que ejecute la actividad hidrocarburífera, en ocasión de la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental, incluido el Plan de Relaciones Comunitarias”.⁹⁴

En términos generales podemos señalar que el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, no garantiza el pleno ejercicio de los derechos a la Consulta Previa respecto a temas ambientales y específicos a pueblos y nacionalidades indígenas.

4.2.4 Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040.

Mediante Decreto Ejecutivo 1040 del 22 de abril de 2008 se expidió el Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, publicado en el Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008.

El decreto 1040 reemplazó al decreto 1897 del Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre Participación Ciudadana y Consulta Previa, en consecuencia el decreto 1040 pasa a ser la reglamento vigente para establecer los criterios y mecanismos de participación ciudadana, a ser adoptados por las

⁹⁴ Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002, Art. 12.

autoridades que conforman el Sistema Nacional de Descentralizado de Gestión Ambiental, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica, la gobernabilidad de la Gestión Pública y sobre todo, la participación social en materia ambiental, conforme consta en el de Decreto.

El Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, conforme consta en su artículo 26, regirá además de la participación en materia ambiental de la consulta a las nacionalidades indígenas. El mencionado artículo señala:

Art. 26.- PROCEDIMIENTOS PARA PUEBLOS INDÍGENAS Y AFROECUATORIANOS.- El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas que se autodefinan como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos.⁹⁵

El artículo mencionado hace referencia a la Constitución de 1998 vigente al momento de promulgación de este decreto.

Uno de los aspectos que debemos resaltar en cuanto al reglamento, es el reconocimiento del Estado como garante del derecho a la Consulta Previa y coordinará con el promotor de la actividad o proyecto, a diferencia del SUMA en el cual se podía entender al promotor como responsable del proceso de Consulta, al respecto el artículo 10 señala:

Art. 10.- MOMENTO DE LA PARTICIPACION SOCIAL: La participación social se efectuará de manera obligatoria para la autoridad ambiental de aplicación responsable, en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto, de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental.⁹⁶

El artículo 13 del Reglamento hace referencia al financiamiento de los mecanismos de participación, señalando que el costo será cubierto por la autoridad

⁹⁵ Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040, Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008, Art. 26.

⁹⁶ Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040, Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008, Art. 10.

ambiental de aplicación responsable y se ejecutaran a través de las dependencias técnicas correspondientes, conforme señala el artículo 12.

Art. 12.- AUTORIDAD COMPETENTE: Las instituciones y empresas del Estado, en el área de sus respectivas competencias, son las autoridades competentes para la organización, desarrollo y aplicación de los mecanismos de participación social, a través de la dependencia técnica correspondiente.

Art. 13.- DEL FINANCIAMIENTO: El costo del desarrollo de los mecanismos de participación social será cubierto por la autoridad ambiental de aplicación responsable que deba aprobar el Estudio de Impacto Ambiental de un proyecto o actividad que pueda generar impactos ambientales.⁹⁷

El artículo 9 del Reglamento, respecto a los alcances de la participación señala como finalidad *considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía*, condicionando su opinión u aporte a que éste sea *técnica y económicamente viable*.

Con los antecedentes expuestos, podemos señalar que un proyecto determinado puede ejecutarse aún cuando exista la negativa de la ciudadanía si los mecanismos de participación son calificados como técnica y económicamente inviables.

El artículo 19 del Reglamento en su último inciso señala:

“En el evento de que los sujetos de participación social no ejerzan su derecho a participar en la gestión ambiental habiendo sido debidamente convocados o se opongan a su realización, este hecho no constituirá causal de nulidad del proceso de participación social y no suspenderá la continuación del mismo, debiendo el promotor presentar el informe de sistematización de criterios de manera obligatoria”.⁹⁸

En el proceso de Consulta Previa, conforme señalan los artículos precedentes, no permitiría a la comunidad manifestar su opinión y tampoco contar con las herramientas necesarias para hacer efectiva su negativa de ser el caso.

⁹⁷ Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040, Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008, Art. 13.

⁹⁸ Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040, Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008, Art. 19

Respecto a la información que debe proporcionarse a la comunidad, el Reglamento en su artículo 9 señala que deberá realizarse en función de las características socio-culturales y deben responder a criterios de: lenguaje sencillo y didáctico, información completa y veraz, en lengua nativa, de ser el caso; y procurará un alto nivel de participación.

Del análisis realizado a los últimos cuerpos normativos, es evidente la necesidad de contar con una Ley de Participación que contemple los principios generales, las políticas y mecanismos que deben regir la Consulta Previa en materia de actividades extractivas. Debe nacer de un proceso de participación social a través de la legislatura y debe contar con los aportes de la autoridad ambiental, las autoridades energéticas y las organizaciones de la sociedad.

4.3 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE RESPECTO A CONSULTA PREVIA

Al finalizar la presente investigación y a efectos de que se valore como precedentes, recogeremos algunos pronunciamientos de las Salas, que hacen referencia a los principios que rigen la consulta previa, los estudios de impacto ambiental y la necesidad de garantizar los derechos colectivos.

RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO NO. 247-RA-00-1.S. CASO:

NACIONALIDAD SHUAR-FIPSE VS. COMPAÑÍA ARCO ORIENTE.

La Federación Independiente del Pueblo SHUAR-FIPSE, asentadas en las provincias de Pastaza y Morona Santiago, en un territorio ancestral de aproximadamente de 150.000 hectáreas. La FIPSE está conformada por diez asociaciones y éstas a su vez, por centros, organizaciones de segundo y primer grado respectivamente. Los centros están formados por familias y las asociaciones por centros.

El 27 de abril de 1998 el Estado ecuatoriano celebró un contrato de Participación con la Compañía Petrolera ARCO ORIENTE Inc., para la exploración de

hidrocarburos en el Bloque 24, ubicado en un su mayor parte en el territorio de la nacionalidad Shuar sin haber Consultado a ésta. Por su parte la asamblea de la FIPSE, llevada a cabo los días 12 y 13 de agosto de 1998, resolvió no permitir que la Compañía petrolera realice la negociación o contratación directa con las asociaciones y centros que forman parte de la FIPSE.

Sin embargo de que la resolución de la asamblea de la FIPSE fue notificada al Estado y a la Compañía petrolera, ésta última, ingresa a los territorios de la nacionalidad Shuar y consigue hacer firmar a varios individuos un “convenio de participación”, y luego con los miembros de las asociaciones Kusutka, Iñiyayua y Achunts. Firma un convenio para proceder a realizar los estudios de impacto ambiental en los territorios de la nacionalidad Shuar. Estos actos de la Empresa petrolera han provocado división de la FIPSE, enfrentamiento entre sus miembros y acusaciones falsas en contra de los dirigentes de pertenecer a grupos guerrilleros.

Frente a esos hechos, la FIPSE interpone una acción de amparo constitucional ante el Juez de lo Civil de Morona Santiago en contra de la Compañía Petrolera ARCO ORIENTE Inc. El juez acepta la acción de amparo y ordena:

1.- La recurrida no se acercará a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE, sin debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva.

2.- La prohibición a la recurrida para promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación de la Asamblea de la Federación.

El Tribunal Constitucional mediante resolución No. 247-RA-00-1.S., ratifica lo resuelto por el Juez antes indicado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CASO NO 679 -2003-RA

JUNTA PARROQUIAL DE CUMBAYA VS MUNICIPIO METROPOLITANO DE QUITO

Es importante señalar, que si bien el presente caso no hace referencia a la extracción de hidrocarburos, es un importante precedente respecto a la consulta previa en materia ambiental y las consecuencias jurídicas que se dictan por falta de consulta previa a la población por un proyecto de desarrollo urbano.

El presidente de la Junta Parroquial de Cumbaya presentó una demanda de amparo constitucional en contra de un convenio entre el Municipio Metropolitana de Quito y la Universidad San Francisco de Quito para el desarrollo de los proyectos Puerta de Cumbaya y Educativo y Científico IMAX, la construcción de un centro comercial y un cine IMAX, al mismo tiempo el actor presentó una demanda de inconstitucionalidad respecto a la ordenanza que viabilizaba el proyecto.

Conforme señala el demandante, los proyectos no contemplaron estudios de tráfico, pues la mayor afluencia vehicular generará mayor cantidad de ruido y emisiones tóxicas, que causaran afectación al ambiente y a la salud de los habitantes. Así el amparo se fundamenta, en la violación entre otros derechos constitucionales el derecho a un ambiente sano y el derecho a la consulta previa.

La acción fue presentada ante el Juez Cuarto de lo Civil de la Provincia de Pichincha, quien en resolución del 7 de octubre de 2003, decidió negar la acción de amparo constitucional, la misma sube en apelación a conocimiento del Tribunal Constitucional, quien revoca la sentencia de primera instancia y concede el amparo, considerando:

SEXTO.- El artículo 88 de la Constitución Política determina la obligación de contar con el criterio de la comunidad, en toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad.

El artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental señala “Art. 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 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.”, disposición legal, que recoge la importancia que la Constitución concede a la participación ciudadana en la gestión ambiental, a tal punto que califica de prioritaria y decisiva la opinión de la colectividad para efectos de la ejecución de actividades que puedan afectar el ambiente, participación que se torna indispensable en tanto es precisamente la comunidad, la que afronta las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno.

Del análisis de los procesos, se encuentra que no ha justificado la realización de consulta alguna a la comunidad, para el establecimiento del proyecto convenido con la Universidad San Francisco de Quito, en violación al derecho colectivo consagrado en el artículo 88 de la Constitución, (Constitución Política de 1998) así como al derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, previsto en los artículos 23, numeral 6 y 86 de la Constitución Política”

SEPTIMO.- Un acto de autoridad emitido con violación a un derecho constitucionalmente reconocido y protegido, a no dudarlo, adolece de legitimidad, y, si, además, amenaza con causar daño, es factible que mediante acción de amparo, se tutele el derecho del o los afectados con la emisión de tal acto, conforme prevé el artículo 95 de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional, ordeno mediante resolución emitida 17 de marzo de 2004 detener la construcción del proyecto, lo que significo importantes avances en el campo de la justicia constitucional.

La posibilidad de de concesión de Amparo debido a la violación del derecho a la Consulta Previa contemplados en los Artículos 57 numeral 7 y 398 de la Constitución, contribuye en gran medida a la aplicación de este derecho en favor de los pueblos y nacionalidades indígenas y el medio ambiente.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- La Consulta previa constituye una forma de participación ciudadana, y por ende es un derecho que puede ser ejercido por cualquier ciudadano y su aplicación constituye el mecanismo para garantizar derechos ambientales y de Pueblos y Nacionalidades Indígenas en los Proyectos de Extracción de Hidrocarburos impulsados por el Estado.
- La Consulta Previa como expresión de la participación ciudadana constituye el mecanismo a través del cual podemos expresar nuestros criterios respecto a la ejecución de obras, planes o proyectos que puedan afectar el medio ambiente o las culturas ancestrales ligadas a la tierra, que si bien deben realizarse obligatoriamente por mandato constitucional, su desacuerdo debería equivaler a un veto que impida la ejecución del proyecto.
- Considerando que el propósito de la Consulta Previa es el evitar daños ambientales o culturales que vayan en detrimento de la comunidad o los pueblos y nacionalidades indígenas, constituye un mecanismo para limitar la destrucción de los recursos naturales.
- Es evidente la necesidad de contar con una Ley de Participación que contemple los principios generales, las políticas y mecanismos que deben regir la Consulta Previa en materia de actividades extractivas. Debe nacer de un proceso de participación social a través de la legislatura y debe contar con los aportes de la autoridad ambiental, las autoridades energéticas y las organizaciones de la sociedad, considerando su aplicación a nivel reglamentario para los diversos sectores como hidrocarburos, minería, forestal, infraestructura y otros.
- Que la consulta previa desde la Constitución tiene dos vertientes, una que la ejercita la comunidad, entendida ésta como los habitantes de una zona, grupos, colectivos o instancias ambientalistas, y que están legitimados para demandar o impugnar cualquier decisión que pueda afectar el medio ambiente; y, la otra que la ejercitan los pueblos y nacionalidades indígenas respecto de los planes y programas de prospección y explotación de los recursos no

renovables que se hallan en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental y culturalmente. Es decir, que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen una protección de sus derechos, tanto en el ejercicio de sus derechos colectivos (Art. 57 numeral 7) como en el de los derechos difusos (Art. 398) en ambos casos, para ser consultados en materia ambiental.

- Es importante rectificar en la legislación infra constitucional, respecto al rol que cumple cada uno de los actores en la Consulta Previa, resaltando el papel de la empresa de ser únicamente el promotor del negocio, la ciudadanía como sujeto de derechos y el Estado como garante de dichos derechos.
- Es importante resaltar que los costos de extraer petróleo son muy altos y que los precios actuales del mismo no internalizan el costo humano de la actividad, por lo cual sus territorios son concesionados por el gobierno a las empresas petroleras, generan contaminación del agua y el aire, el deterioro y desaparición de su fauna y bosques, impactando gravemente la salud y sustento de los habitantes, aspectos que deben ser adecuadamente informados a través del Proceso de consulta Previa.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- GUERRA Edmundo, *Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador – Propiedad de la Tierra y Riqueza del Sub Suelo*, 1era Edición, FLACSO, Quito, Ecuador, 2004.
- NARVÁEZ Iván, *Derecho Ambiental y Temas de Sociología Ambiental*, Edit. Jurídica Cevallos, Quito, 2004.
- MELO, Mario, *Consulta Previa Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, 1ra edición, CEDES, Quito, 2006.
- ANDRADE Karen, *Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador- El Papel del ECORAE en la Región Amazónica Ecuatoriana*, 1era edición, FLACSO, 2004.
- RED JURÍDICA PARA LA DEFENSA DE LA AMAZONÍA, *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Quito, 2009.
- CLAVERO, Bartolome, *Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Foro Permanente de Naciones Unidas para cuestiones indígenas, 2010.
- ANDY, Cesar, *Derechos Territoriales Frente a las Actividades Petroleras - Petróleo y Desarrollo Sostenible en el Ecuador*, 1era Edición, FLACSO, Quito, 2004.
- BETANCOR, Andrés, *Instituciones del Derecho Ambiental*, Edit. La Ley, Madrid, 2001.
- CONAIE, *Las Nacionalidades y Pueblos y sus Derechos en la Legislación Nacional e Internacional*, 2001, Quito-Ecuador.
- CONAIE, *Formas de Organización Social Comunitaria o Colectiva*, Quito, Ecuador, 1998.
- PLAMENATZ J.P, *Consentimiento, Libertad y Obligación Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

Legislación

- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
- Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derecho de los Pueblos Indígenas.

- Declaración de Río, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 14 de junio de 1992.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 2008.
- Ley de Gestión Ambiental, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.
- Ley 010 Registro Oficial No 245 del 4 de enero de 2008.
- Decreto Ejecutivo 3516. Registro Oficial Suplemento 2. 31 de marzo de 2003, Sistema Único de Manejo Ambiental SUMA.
- Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas, Decreto 3401, Registro Oficial No 728 de 19 de Diciembre de 2002.
- Reglamento para la Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Decreto 1040, Registro Oficial No 332 del 8 de mayo de 2008, Art. 26.

Otras Fuentes

- Informe Alternativo sobre el Cumplimiento del Estado ecuatoriano de las obligaciones asumidas por la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre relativo a pueblos indígenas y tribales en países independientes, FLACSO, Quito, 2007.
- Informe Sobre la Situación de los derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH 1997.
- *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, No C-208-2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Carta mundial de la Naturaleza de 1983
- Directiva 90, 313, Consejo de las Comunidades Europeas, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, Consejo de 7 de junio de 1990.
- Informe del Relator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: Principios sobre Consulta, Chile 2009.
- Derecho a la Consulta de los pueblos indígenas en el Perú, Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, 2010.

- *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, Cit.
- 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 107a sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007. Art. 32 2)
- MANUAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD SINDICAL José Marcos-Sánchez, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Actividades para los Trabajadores, Oficina Regional Latina y El Caribe, Capítulo VII, núm.6
- www.codenpe.gov.ec

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Danny Gilberto Cifuentes Ruiz, C.C. 1002878310 autor del trabajo de graduación intitulado La Consulta Previa y Participación en la Industria Petrolera en el Ecuador, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la **FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos del autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 2 de junio de 2011


Danny Cifuentes Ruiz

1002878310

