

Julia Ximena Barreiro Tuset

**CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E
INFORMADO A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS, PARA
ACTIVIDADES DE ALTO IMPACTO EN TIERRAS
ANCESTRALES**

**Cómo hacer efectivos estos derechos, en observancia a los
Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.**

Plan de Trabajo del Trabajo de Conclusión de Carrera (TCC) presentado como requisito parcial para la obtención del grado de Abogacía de la Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas e Internacionales especialización mayor en Derecho Internacional Comercial, especialización menor en Derecho Privado.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Guayaquil, 2015

BARREIRO, Julia X., Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado a las Comunidades Indígenas para actividades de alto impacto en Tierras Ancestrales. Guayaquil: UPACÍFICO, 2015, 130 p. Director: Dr. Johnny Roca De Castro (TCC presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales de la Universidad Del Pacífico).

Resumen: El Trabajo de Conclusión de Carrera comprende una revisión al proceso de los Tratados Internacionales, los derechos de las comunidades indígenas y los derechos ambientales. A partir de ésta revisión se busca colocar al lector en el contexto adecuado para estudiar la situación actual que viven las Comunidades que habitan Tierras Ancestrales, cuando éstas son explotadas para actividades que menoscaban los derechos no sólo de éstas comunidades, sino del derecho ambiental. La propuesta consiste en hacer efectiva la protección de los derechos de las comunidades indígenas y los derechos del medio ambiente, mediante la observancia de jurisprudencia internacional que obliga a los Estados Partes (de Tratados Internacionales en la materia) a incorporar el Proceso de la Consulta Previa, Libre e Informada al planificar un proyecto de alto impacto en Tierras Ancestrales. Dichas sentencias fueron resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El resultado de la consulta previa deberá ser vinculante para quienes deseen ejecutar estos proyectos y para el Estado. No contamos en nuestra legislación al día de hoy, con un proceso que regule los procesos de consulta previa para Tierras Ancestrales.

Palabras Claves: Tratados Internacionales, Derechos Humanos, Derecho de las Comunidades Indígenas, Derecho Ambiental, Tierras Ancestrales, obras de alto impacto ambiental, Consulta Previa, Libre e Informada, vinculante

	ENTREGA DE TRABAJO (CONCLUSIÓN DE CARRERA DE GRADO)	Fecha: 09/07/2015
		Versión: 001
	PA-FR-67	Página: 1 de 1

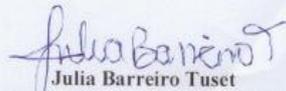
DECLARACIÓN

Al presentar este Trabajo de Conclusión de Carrera como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador de la Universidad Del Pacífico, hago entrega del documento digital, a la Biblioteca de la Universidad.

La estudiante certifica estar de acuerdo en que se realice cualquier consulta de este Trabajo de Conclusión de Carrera, dentro de las Regulaciones de la Universidad, acorde con lo que dictamina la L.O.E.S. 2010 en su Art. 144.

Conforme a lo expresado, adjunto a la presente, se servirá encontrar cuatro copias digitales de este Trabajo de Conclusión de Carrera para que sean reportados en el Repositorio Nacional conforme lo dispuesto por el SENESCYT.

Para constancia de esta declaración, suscribe



Julia Barreiro Tuset
Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales
Universidad Del Pacífico

Fecha:	Guayaquil, 06 de agosto del 2015
Título de T.C.C.:	Consulta y consentimiento previo, libre e informado a las comunidades indígenas para actividades de alto impacto en tierras ancestrales.
Autor:	Julia Ximena Barreiro Tuset
Tutor:	Dr. Johnny Roca
Miembros del Tribunal:	Cmdt. Mario Palacios Ab. Luis Centeno
Fecha de calificación:	23 de abril del 2015

I.	Introducción	1
II.	Revisión de literatura y fundamentos teóricos	3
II.A.	Tratados	3
II.A.1.	Fuente Concepto y Clasificación de los Tratados.....	4
II.A.2.	Celebración y Entrada en Vigor	8
II.A.3.	Proceso en el Ecuador – Constitución 2008	11
II.A.4.	Interpretación de los Tratados	13
II.A.4.b.	Interpretación de los tratados en derechos humanos	16
II.A.5.	Problemas que plantean los Tratados dada la relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional	18
II.A.5.a.	Teoría Monista y Dualista.....	21
II.A.5.b.	Jerarquía del Derecho Interno y el Derecho Internacional	24
II.A.6.	Tratados e Instrumentos Internacionales en la Constitución del Ecuador.....	27
II.B.	Derechos Humanos.....	29
II.B.1.	Concepto y Clasificación	29
II.B.1.a.	Clasificación: Derechos Humanos de primera generación	32
II.B.1.b.	Clasificación: derechos humanos de segunda generación	36
II.B.1.c.	Clasificación: Derechos Humanos de tercera generación.....	37
II.B.2.	Evolución de los Derechos Humanos	42
II.B.3.	Instrumentos Internacionales Vigentes	43
II.B.4.	Organismos Internacionales de Derechos Humanos.....	52
II.C.	Derechos de las Comunidades Indígenas	55
II.C.1.	Concepto de Indígenas	56
II.C.2.	Concepto de Pueblos o Comunidades Indígenas	58

II.C.3. Movimientos Indígenas.....	60
II.C.4. Antecedentes y desarrollo de las Comunidades Indígenas en el Ecuador	61
II.C.5. Principales Instrumentos Internacionales en Materias de Derechos de Comunidades o Pueblos Indígenas.....	70
II. D. Derechos Ambientales.....	77
II.D.1. Conceptos	77
II.D.2. Antecedentes y Desarrollo del Derecho Ambiental.....	78
II.D.3. Principales Tratados en Materia de Derecho Ambiental Ratificados por el Ecuador.....	82
II.D.4. Legislación Ecuatoriana.....	85
III. Objetivos.....	88
III.A. Objetivo General	88
III.B. Objetivo Específico	88
IV. Justificación del objetivo	90
V. Planteamiento Del Tema Propuesto.	92
V.A. Tipos De Consulta Establecidos En La Constitución.	92
V.A.1. La Consulta Prelegislativa	92
V.A.2. La Consulta Previa	93
V.A.3. La Consulta En Asuntos Ambientales	93
V.B. Características	94
V.C. Consentimiento de la Consulta.....	100
V.D. Análisis Jurídico Doctrinal de la Adopción de Procedimientos para Consultas Previas a Comunidades Indígenas.	104
V.D.1. Supraconstitucionalidad de los Instrumentos Internacionales en Derechos Humanos.....	104

V.D.2. Control de Convencionalidad	106
VI. Conclusiones y Recomendaciones.....	110
Bibliografía.....	115
Anexos	120

ABREVIATURAS MÁS USUALES

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DDHH	Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos de América
ICJ	<i>International Court of Justice</i>
ITT	<i>Ishpingo, Tiputini y Tambococha</i>
MAE	Ministerio del Ambiente del Ecuador
NNUU	Naciones Unidas
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organismo No Gubernamental
TCC	Trabajo de Conclusión de Carrera
TULSMA	Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Medio Ambiente
UE	Unión Europea

Introducción

En la actualidad, los tratados internacionales tienen un rol esencial para articular las relaciones entre Estados, como sujetos principales del ordenamiento jurídico internacional, e impulsar su desarrollo, dentro de la dinámica de sus interacciones. Así mismo, los Tratados Internacionales regulan un amplio campo de las relaciones entre Estados y Organismos Internacionales, o bien entre estos Organismos en sentido recíproco.

El Ecuador no está aislado de la comunidad internacional y, por lo tanto, no es ajeno a esta vinculación contractual, por ello cuenta con varios tratados internacionales que ha suscrito como Estado parte. Dichos tratados abarcan un amplio espectro que incluyen diferentes materias de interés global, tales como el derecho de la familia, derecho marítimo, derecho aéreo, derecho de integración comercial, derechos humanos, derecho ambiental, y otros.

Hemos decidido elaborar un Trabajo de Conclusión de Carrera, que estudie la correcta aplicación de tratados respecto a los cuales Ecuador es Estado Parte. En tal determinación, privilegamos el estudio de los Tratados en materia de Derechos Humanos. Una vez observada esta extensa rama del derecho, nos enfocamos en aspectos específicos relacionados a las comunidades indígenas y al medio ambiente. Ambos, corresponden a los derechos humanos de tercera generación, clasificación de la que trataremos más adelante - en forma correlacionada con el derecho a las diferencias sociales, étnicas, raciales y religiosas de los diferentes pueblos del planeta, así como con el derecho a vivir en un mundo ecológicamente sano y ambientalmente sustentable.

Es importante, antes de abordar la materia del tema propuesto, repasar brevemente la teoría de los tratados en general, abordando su definición, las diferentes clasificaciones y sus

métodos de interpretación, para luego enfocarme en los tratados internacionales sobre el derecho de las comunidades indígenas y derecho ambiental.

Nos estamos refiriendo a los derechos que les asisten a las comunidades indígenas a ser consultados siempre que determinados actos administrativos afecten sus territorios, en consecuencia de su relación especial y de extrema dependencia con estos. Esto tiene consecuencias no sólo ligadas a las comunidades indígenas, sino a toda la población, debido a la afectación que esto implica para el medio ambiente.

Revisaremos jurisprudencia, en especial la contenida en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) – de manera más profunda las de la Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y la del Pueblo Saramaka vs. Surinam – así como legislación nacional e internacional, y doctrina.

La responsabilidad como Estado –en virtud de nuestra actual Constitución, innovadora en aspectos ambientales, y firme y clara respecto de nuestra condición de Estado plurinacional – depende del irrenunciable derecho que nos asiste a todos los ecuatorianos a vivir en un ambiente sano y en especial a las Comunidades Indígenas, por las razones señaladas en líneas anteriores.

I. Revisión de literatura y fundamentos teóricos

El problema inicial parte de dos puntos importantes. En primer orden, el papel que tienen los Tratados internacionales en la actualidad. Si bien, tanto el concepto como la aplicación de estos documentos han ido progresando en el marco jurídico internacional, nos encontramos aun con dificultades para su aplicación, sea por falta de compromiso de los Estados, o por errores de interpretación de dichos Tratados.

El segundo punto es el que concierne a los Derechos Humanos. Elaborar un trabajo que abarque todo el espectro que puede cubrir el tema de los Tratados Internacionales, sería casi tan complejo y extenso como elaborar un trabajo que abarque todo lo relacionado con normas y doctrinas en cuanto a Derechos Humanos. Por eso, partimos de un segundo punto en el que nos enfocamos sólo en dos ramas que surgen de los Derechos Humanos: Derecho Indígena y Derecho Ambiental.

Se debe revisar estos conceptos, según la legislación aplicable y la doctrina que hemos encontrado al respecto, para poder continuar explicando el problema que se plantea en el presente Trabajo de Conclusión de Carrera.

II.A. Tratados

Los Tratados, en sentido lato, son aquellos acuerdos concluidos entre dos o más Estados, o bien entre estos y otros sujetos de la comunidad internacional, como es el caso de los Organismos Internacionales. Se les ha venido dando un tratamiento distinto a través del tiempo. Sin embargo, el objetivo ha sido siempre producir un efecto jurídico en las relaciones mutuas.

Para analizar este relevante documento, se requiere de un estudio, en el que se observen el proceso histórico por el que pasó, su concepto actual, su estructura y clasificación, los elementos necesarios que requiere para su validez dentro del ordenamiento jurídico

internacional, sus causales de nulidad y terminación, su método de interpretación, y por último la problemática que puede resultar de su aplicación.

Antes de entrar en el análisis de la materia, es relevante señalar el principio *Pacta Sunt Servanda*, mismo que constituye uno de los principales pilares del Derecho (Rodríguez 1), y es fundamental para la efectividad de los Tratados. De este principio parte el compromiso ineludible en el Derecho Internacional Público, de los Estados partes y/u otros sujetos de la comunidad internacional, de cumplir con todo aquello pactado en Tratados.

II.A.1. Fuente Concepto y Clasificación de los Tratados

La definición de los Tratados, y consecuentemente la función y el rol que se les da en los países que aplican estos documentos, está hoy regida principalmente por la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados.

En esta sección se analizaremos, tanto la definición dada por dicha Convención, aludida en el párrafo anterior, como normas y Convenciones previas que llevaron a los actores del Derecho Internacional Público por un proceso que finalmente nos llevó a – la Convención de Viena – suscrita el 23 de Mayo de 1968.

Antes de plantear el concepto en sí de los Tratados según la Convención de Viena, así como las clasificaciones otorgadas por la doctrina, es menester observar el tratamiento que se les dieron a los tratados. Con anterioridad a la Convención de Viena, la reglamentación internacional de los tratados estaba regulada fundamentalmente por el derecho consuetudinario. El único instrumento internacional de carácter convencional con respecto a esta materia era la Convención de la Habana sobre Tratados de 1928, que llegó a vincular a un reducido número de Estados americanos (Vargas 121).

La Convención de La Habana básicamente respondía a la regulación necesaria en materia de asilo y a la articulación normativa de las relaciones mutuas entre Estados partes.

Posteriormente, con la celebración de la Convención de Viena y antes de haber entrado en vigencia, cuando aún no se había alcanzado el número necesario de depósito de instrumentos de ratificación o adhesión exigidos, esta podía ser considerada como expresión del derecho consuetudinario vigente. Así fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia: en su fallo en el caso de competencia en materia de pesquería de Reino Unido e Islandia, donde apuntó que, “la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados puede ser considerada, en muchos de sus aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente”(107).

Posteriormente a su entrada en vigor, en enero de 1980, se hizo exigible entre aquellos Estados que la ratificaron.

La base de la Convención de Viena fue un anteproyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, que desembocó tras dieciocho años de deliberaciones y negociaciones, en la Conferencia de Plenipotenciarios, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en los años 1968 y 1969.

La CVDT, contiene un preámbulo, ochenta y cinco artículos y un anexo que se encarga del procedimiento en caso de controversia por la terminación, suspensión o anulación del tratado. Las materias a las que se refiere son: la definición de términos empleados en los tratados; su celebración y entrada en vigor; las reservas aplicación provisional; la observancia y aplicación de los tratados; la enmienda y modificación; nulidad, terminación y suspensión de la aplicación; disposiciones diversas y disposiciones finales (Vargas 122).

Este Tratado sobre los Derechos de los Tratados, es un reconocimiento a la importancia de las prácticas internacionales aplicadas por los Estados, que han sido codificadas por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. Por lo tanto, regula aquellas prácticas vinculadas a casi todo lo relacionado con tratados. A medida que evolucionen estas prácticas, se incrementarán las normas necesarias,

en caso de que estas no consten en el texto, para regular las situaciones que surjan, y que se conviertan en algún tipo de comportamiento común.

Es fundamental, recalcar que la Convención de Viena regula exclusivamente las relaciones entre Estados, por lo que aquel vínculo jurídico que surge de la relación entre otros sujetos del derecho internacional, diferentes a los Estados, sus normas no les serán aplicables. No obstante, este dilema se vio superado con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, suscrita en 1986. Dicha Convención tiene esencialmente la misma estructura que la de 1969, en vista de que las materias a tratar son las mismas.

Ahora bien, en cuanto a la definición que le dan las Convenciones, se señala, en primer lugar, aquella especificada en la Convención de Viena de 1969 en el artículo 2 literal a), en la que se sostiene que el Tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” Por su lado, la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales estipula al Tratado como, “un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales y conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

Es así como entre ambas Convenciones reconocen en los tratados una expresión de acuerdo de voluntades entre sujetos del derecho internacional y normado por el derecho internacional.

Son por lo tanto, elementos esenciales de los tratados:

- a) Un acuerdo de voluntades;

- b) Sus partes son sujetos del derecho internacional;
- c) Es celebrado por escrito;
- d) Es regido por el derecho internacional.

El primer elemento responde a la necesidad de que exista consentimiento, para que así los sujetos se puedan obligar de manera consensual.

El segundo componente, deja fuera de los tratados, por ejemplo, aquellos acuerdos realizados entre un Estado y una empresa transnacional.

El tercer término, se hace extremadamente necesario por motivos de “claridad y sencillez, elementos requeridos para las prácticas en relaciones internacionales actuales. Sin embargo, dentro del texto de las CVDT, deja abierta la posibilidad de someter acuerdos internacionales no escritos, a que sean sujetos a otras normas del derecho internacional.

Finalmente, el principio que obliga a que los tratados sean regidos por el derecho internacional, implica el requisito de que las disposiciones deben ser propias del derecho internacional y no del derecho interno de cada Estado. Este elemento, por otro lado también excluye a aquellos documentos que no están destinados a generar un efecto jurídico vinculante entre las partes, de manera que no pueden ser considerados formalmente como tratados. Es así que se excluye aquellas declaraciones de Jefes de Estado o Ministros de Relaciones, que no tienen como intención crear es tipo de obligaciones.

La expresión “tratado” en la práctica, no es utilizada exclusivamente en las relaciones entre sujetos de derecho internacional, de modo que suele usarse para determinados fines, denominaciones como protocolo, carta, pacto, declaración, estatuto, *modus vivendi*, acta, compromiso, etc. Si una de las partes que interviene en el tratado es la Santa Sede, el tratado se denomina concordato (Vargas 126).

Cuando el tratado consta de dos instrumentos se le designa bajo el nombre de notas verbales, cambio de notas o canje de notas.

II.A.2. Celebración y Entrada en Vigor

Los Estados independientes, tienen capacidad legal para celebrar tratados. Los organismos internacionales que también son sujetos del Derecho Internacional, tienen igual capacidad para negociar y suscribir Tratados Internacionales.

Una vez determinada la capacidad, el proceso por el que atraviesa no es el mismo. Es decir, no hay un procedimiento único al que todos los Estados se tengan que someter. Por esto, la Convención de Viena establece que un Estado puede manifestar su consentimiento mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan el tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación y la adhesión.

En Latinoamérica, comúnmente se utilizan dos procedimientos. El primero es aquel que incluye dentro de las formalidades, básicamente a la ratificación y el canje o depósito de los instrumentos de ratificación; este es el procedimiento tradicional. El segundo, consiste primordialmente, en la supresión de alguna de esas etapas, por lo que se lo llama el simplificado o abreviado.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento – además de las normas que se encuentran en nuestra Constitución – los Tratados según Edmundo Vargas, en su libro “Derecho Internacional Público” deben pasar “por cuatro etapas para que se perfeccione”(129), la adhesión y entrada en vigencia, mismas que enumeramos a continuación:

1. Negociación y adopción del texto del tratado.- Aquí nos encontramos con los trámites previos para la firma del tratado. Si el tratado es bilateral o multilateral, igualmente, la negociación se lleva a cabo mediante cualquiera de los órganos de representación exterior del Estado, esto es, por medio del Jefe de Estado, Jefe de gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores, el Embajador y/o Jefe de Misión Diplomática, o bien mediante el Ministro Plenipotenciario.

El requisito para poder realizar negociaciones con carácter plenipotenciario, consiste en ser investido, por la autoridad del Estado respectivo, de plenos poderes. Estos poderes, según el CVDT, artículo segundo, consisten en "...un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado." Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno, Ministros de Relaciones Exteriores y los Jefes de una misión diplomática no requieren de plenos poderes para la adopción de un tratado. Quienes tengan la representación de un Estado, respectivamente acreditada, para una organización internacional, tampoco necesitará plenos poderes para actuar en dicha organización.

Al finalizar las negociaciones, se adopta un texto para el tratado, que generalmente consta de un preámbulo, un articulado y las cláusulas finales (Vargas 130).

2. La firma del tratado.- Los encargados de la negociación, luego proceden a la firma del mismo. Esto da autenticidad a un texto, aunque la rúbrica al final del acta de una conferencia, también sirve para los mismos fines. Generalmente, la firma no genera obligaciones ni derechos por sí sola. Hay algunos casos en que esto sí ocurre, cuando esta así precisado en el tratado. De la misma manera, algunas cláusulas, como las que contienen disposiciones referentes a las funciones de los depositarios, surten efectos inmediatamente. Aun así, es decir, aunque el tratado no haya todavía entrado en vigencia, el Estado no puede frustrar el objeto y fin del tratado (Vargas 131).

3. Ratificación.- La ratificación implica la manifestación del Estado de obligarse por el tratado, en el ámbito internacional. Generalmente, le corresponde al Jefe de Estado la función de ratificar, previa la aprobación parlamentaria, en el derecho interno. Es así como la ratificación es una herramienta discrecional, que le da al Jefe de Estado y Parlamento, la posibilidad de pronunciarse sobre determinado asunto, de relevancia para el Estado mismo. Consecuentemente, la firma de un tratado no obliga a su ratificación(Vargas 132).

4. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación.- Esta es una manera de conocer entre las partes, que estas se han pronunciado, es decir poner en conocimiento que las demás partes han ratificado el tratado. En los bilaterales se logra a través del intercambio o canje de los instrumentos. En los multilaterales se lo hace al depositar cada uno de los instrumentos de ratificación ante un depositario que se designa en el propio tratado. En este último caso, salvo que se necesite cierto número de depositantes para entrar en vigencia, el tratado va adquiriendo carácter obligatorio para cada una de las partes, a medida que vayan depositando su instrumento de ratificación(Vargas 132).

Luego de esto, se procede a la adhesión, la cual es el acto jurídico por el cual un Estado que no fue parte en la negociación de un Tratado, se incorpora a él mediante una declaración formulada de conformidad con una cláusula del mencionado tratado que le permite hacerlo. Por lo tanto, el Estado adherente estará sujeto a las disposiciones del Tratado en cuanto a los efectos jurídicos que de ellas se derivan.

Finalmente, nos encontramos con la entrada en vigor. Según la CVDT, artículo 24 numeral 1, “un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en la se disponga o que acuerden los Estados negociadores.”

Por lo general, en los tratados bilaterales, esto ocurre al canjearse los instrumentos de ratificación o al firmarse – en el caso de los procesos abreviados. En los tratados multilaterales, la entrada en vigor sucede a medida que las partes van depositando sus instrumentos de ratificación o adhesión, a menos que se establezca que dicho efecto ocurra cuando se firme el tratado(Vargas 132).

En caso de urgencia, el artículo 25 de la CVDT, establece que las partes pueden aplicar provisionalmente la totalidad de una o más parte de un tratado, en espera de su posterior ratificación.

II.A.3. Proceso en el Ecuador – Constitución 2008

Los tratados internacionales tienen su respectivo procedimiento a seguir, según consta en el Título VII, Capítulo Segundo de la actual Constitución, desde los artículos 417 al 422.

Según el texto, a la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los Tratados y otros Instrumentos Internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los Tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Es decir que el documento no necesita de la aprobación de la Asamblea, sino sólo el conocimiento de la misma sobre el tema. Sólo diez días después de que el Parlamento sea notificado, puede ratificarse para su posterior canje.

No obstante, existen ciertos casos en que se necesita la aprobación, y no sólo la notificación a la Asamblea, para que un tratado pueda ser ratificado o denunciado. Estos son aquellos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

Otro medio de ratificación es vía referéndum, por iniciativa del Presidente de la República o de la ciudadanía. Así mismo, la denuncia le corresponde al Jefe de Estado, sin embargo si el tratado que se pretende denunciar se aprobó vía referéndum, se requiere del mismo proceso para su denuncia.

En la actual Constitución se establece además, que la aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

Aunque no compete al derecho internacional público, cabe mencionar que la Constitución prohíbe además, los tratados en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Sin embargo se exceptúan las instancias arbitrales regionales órganos jurisdiccionales de designación de países de la región latinoamericana.

II.A.4. Interpretación de los Tratados

Con respecto a los tratados el aspecto más discutido es su interpretación. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia internacional, se han ocupado y le han dado especial atención a este tema.

La interpretación de un tratado es efectuada por los órganos estatales o interestatales llamados a aplicarlos. La realizan entonces, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en el primer caso. Sin embargo, esta interpretación, por más relevante que pueda ser para el derecho interno, es inoponible a los otros Estados partes. Esto debido a que la única interpretación jurídico-internacional es la que emana de un órgano interestatal, como puede ser la de los propios Estados actuando en común – interpretación auténtica – o la realizada por un órgano jurisdiccional internacional, convocado por las partes para solucionar una controversia (Vargas 151).

Existen básicamente, dos métodos de interpretación que se suelen utilizar en la práctica actual: subjetivo y el objetivo. En el primero, se analiza el texto utilizando elementos gramaticales y lógicos, tales como el vocabulario empleado, la determinación del contexto, el sentido útil de sus términos y otros. El segundo, busca conocer la intención de las partes, para lo cual revisa los antecedentes históricos con relación a la celebración del tratado, así como la conducta posterior.

Hoy se usa más comúnmente, el primer método, sin dejar a un lado la posibilidad de complementarlo con la información que se tenga sobre la conducta de las partes.

II.A.4.a. Principales reglas de la interpretación

Tal como aclaramos, el método más usado es el objetivo, y la Convención de Viena es una prueba de tal hecho, al recoger en su texto reglas que son inspiradas en dicho método, y sólo usar las reglas del método subjetivo, de manera complementaria.

Las principales reglas de la interpretación, contempladas en la Convención de Viena son:

- ii. La del sentido corriente de los términos del tratado.- En el artículo 31.1 de la Convención aludida se señala que, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse.” Es decir, primará el sentido natural y obvio de los términos. La Corte Internacional de Justicia, se ha pronunciado en la Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado de las Naciones Unidas, señalando que, “el primer deber de un Tribunal llamado a interpretar un texto, es el de dar efectividad a las palabras utilizadas en el contexto que aparecen, atribuyéndole su sentido natural y ordinario” (8). Sólo se le puede dar un sentido especial, si las partes así lo han convenido y si esta intención consta, de acuerdo al artículo 31.4 de la Convención.
- iii. Regla de la utilización del contexto.- Esta regla implica que, la interpretación del tratado tiene que realizarse en función del contexto, y no en relación a una de sus partes, enfocada en forma aislada. La Corte permanente puntualizó al respecto: “Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que dicha interpretación conduzca a resultados no razonables o absurdos (CIJ 39)”. Según la Convención de Viena, el contexto del tratado no sólo comprende su texto, sino también todo acuerdo que se refiera al tratado y que haya sido concertado entre las partes y todo instrumento formulado por una o más partes, si este es referente al tratado. Esto según el artículo 31.2 literales a) y b) de la Convención. Es así que el contexto puede entenderse también como aquello que se encuentra en los instrumentos diferentes al tratado.

- iv. Regla de la compatibilidad con el objeto y fin del tratado.- Es decir, el tratado debe interpretarse, tomando en la meta o el propósito al que se quiere llegar(Vargas 154).
- v. Regla de la ulterior conducta de las partes.- También conocida como la interpretación auténtica, en el artículo 31.3. dispone que en esta interpretación se debe tener en cuenta: todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado (Vargas). Por su parte la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado al respecto señalando en una de sus sentencias que, “las medidas adoptadas de común acuerdo por las dos partes para designar al Rey de España como árbitro demuestran sin la menor duda cuál era su intención (CIJ 208).”
- vi. Regla de la aplicación de las normas pertinentes de derecho internacional- Según la Convención en el artículo 31.3 letra c) de la Convención: “Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes.”La regla parte del principio de que un tratado está inmerso en un sistema normativo internacional, por lo que cualquier herramienta que pueda proporcionar el derecho en esta rama, será útil para la interpretación del tratado. Tales fuentes pueden ser, por ejemplo, una norma consuetudinaria o un principio general de derecho.
 - vii. Regla de la utilización de los trabajos preparativos del tratado y de las circunstancias de su celebración.- Esta regla plantea como método complementario, conocer la intención de las partes investigando los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que se celebró el tratado (Vargas). La

Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre la competencia de la Asamblea General para la aceptación de Estado a las Naciones Unidas, en su Reporte de 1950, “la Corte estima que el texto es suficientemente claro, por lo que, consiguientemente, no considera que debe apartarse de la práctica invariable de la Corte Permanente según la cual no puede recurrirse a los trabajos preparatorios si el texto de una Convención es suficientemente claro por sí mismo”(8)Esta sentencia demuestra el carácter meramente complementario que tiene esta regla para conocer la interpretación.

II.A.4.b. Interpretación de los tratados en derechos humanos

La interpretación de los tratados en materia de derechos humanos se reviste de un tratamiento especial, partiendo del punto de que, a quienes se aplican los tratados, no son sólo a los Estados, sino a la relación que surge en la materia, entre el Estado y las personas sometidas a su jurisdicción.

En la rama de derechos humano, los tratados deben tener una interpretación estrictamente objetiva, por esto tiene un carácter propio. La regla para interpretar este tipo de textos es, especialmente, la que le da relevancia al objeto y fin.

Los propios cánones de interpretación de tratados permiten que se enfatice uno u otro de sus elementos componentes, mejor adaptado a un determinado tipo de tratado; en nada se oponen las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados a que los tratados de derechos humanos, al crear regímenes jurídicos objetivos de protección, se sometan a métodos de interpretación propios, sin apartarse de los cánones de interpretación cristalizados en el derecho internacional (Veloc y Ergec 140). Es entonces válida la interpretación teleológica para la correcta interpretación de los tratados en derechos humanos.

En cuanto a los instrumentos internacionales que ratifican este hecho, está por ejemplo, la Convención Europea de los Derechos Humanos, que en su prólogo indica que el

fin de la declaración es “asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados.” Los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por su lado, indican que la realización es el ideal del ser humano libre “en el goce de sus derechos, liberado del temor y de la miseria.”

En la misma Convención de Viena, su preámbulo se refiere a la afirmación del principio del respeto y observancia universales de los derechos humanos.

Fue gracias a esta interpretación autónoma que la Corte Europea de Derechos Humanos dictó en el caso *Marckx vs. Bélgica*, que la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos, no cabía, considerando que esta iba en contra de los principios de protección establecidos en el derecho de familia, contemplado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Nicolás y Basset 26). Esta doctrina prevalecía en los años cincuenta en los Estados Europeos, y continua vigente en Bélgica. También el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se pronunció al respecto, por ejemplo en el caso *G.C. Van Duzen vs. Canadá*, en el que ponderó que, “el principio de que los términos y conceptos del Pacto son independientes de cualquier sistema jurídico nacional y de todas las definiciones de diccionario” (195) Agregó que todos los derechos protegidos en el Pacto se deben atener a su objeto y fin.

Aparte de estos textos, hay dos documentos que contienen específicas directrices en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tenemos, por un lado, a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 29 se desprende el claro propósito de asegurarse de proteger al máximo los derechos estipulados en la Convención. Con este fin, prohíbe en el literal b) de dicho artículo la interpretación que limite los derechos reconocidos en el documento.

Por su lado, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos indica en su artículo 60 que, su órgano de supervisión, es decir, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al interpretar la Carta:

“Se inspirará en los principios de derecho internacional relativos a los derechos humanos y de los pueblos, particularmente en las disposiciones de los distintos instrumentos africanos sobre derechos humanos y de los pueblos, La Carta de las Naciones Unidas, La Carta de la Organización de la Unión Africana, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y los Estados Africanos en el campo de los derechos humanos y de los pueblos, así como las disposiciones de los distintos instrumentos adoptados en el marco de los organismos especializados de las Naciones Unidas de los cuales sean miembros los Estados Parte en la presente Carta.”

II.A.5. Problemas que plantean los Tratados dada la relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional

Existen dos vertientes diferentes: dualista y monista. La primera plantea la independencia y separación entre el derecho interno y el derechos internacional, mientras la segunda, sostiene la unidad entre ambos, considerándolos dos ramas del mismo sistema jurídico.

El tema, sin embargo, es tratado en la actualidad desde una perspectiva no doctrinaria, y más bien se intenta darle un tratamiento diferente en cada Estado, recurriendo a las prácticas y normas existentes, tanto en el ordenamiento internacional como en el interno. Esto se da, en vista de que las relaciones entre derecho internacional y derecho internas, son más complejas que estas dos respuestas que dio la doctrina, cuyo fondo es muy global(Vargas 191).

Hay varios aspectos del tema que se deben tratar y determinar por separado. El primero sería definir si un asunto pertenece a la jurisdicción doméstica, en cuyo caso el derecho internacional no tendría que adoptar posición alguna.

Luego se debe resolver también, si es posible la incorporación del derecho internacional al orden jurídico interno de un Estado. En este aspecto las teorías monistas y dualistas son más utilizadas. La primera acepta esta posibilidad mientras la segunda la niega.

El último asunto trata sobre determinar el ordenamiento jurídico que prevalece en caso de un conflicto entre ambos (derecho interno y derecho internacional). Esto se resuelve definiendo si aquel problema se produjo en el ámbito internacional o interno (Vargas 193-194).

Los asuntos reservados exclusivamente a la jurisdicción interna, son aquellos en que el derecho internacional no ha establecido reglas o normas de ningún tipo. De conformidad con la Carta de las Naciones, artículo 2.7, esta no podrá autorizar a las Naciones Unidas a intervenir en “los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”. Esto resulta en dificultades que se han originado por la resistencia que han puesto algunos Estados para cumplir ciertas obligaciones internacionales, aduciendo para ello la excepción de la jurisdicción que consagra la Carta. Los asuntos por los que se aducía esta norma, han sido sobre todo en materia de derechos humanos y las libertades fundamentales, la erradicación del colonialismo y a la autodeterminación de los pueblos. Hoy se ha llegado a un consenso en tales asuntos y estos han dejado de pertenecer exclusivamente a la jurisdicción interna.

Surge la necesidad de determinar cuándo, efectivamente, un asunto corresponde al ordenamiento de cada Estado, por ejemplo. Primero se establece entonces, si el asunto está reglado, en el momento en que surge, por el derecho internacional. De esta manera, hoy pertenece exclusivamente al Estado ejemplo, el ingreso de los extranjeros, ya que no existe en las normas de derecho internacional, alguna disposición que le impida a un Estado actuar del modo que considere pertinente en esta materia.

Luego es importante reconocer, si determinados asuntos son susceptibles a ser regulados por el derecho internacional. Este cuestionamiento nos lleva a la conclusión de que

aparentemente, ningún asunto será permanentemente de exclusividad de los Estados, ya que asuntos como los aranceles aduaneros, que pertenecían a la jurisdicción interna, hoy son también normados en el derecho internacional, gracias a la expansión del comercio internacional y el derecho de integración. Lo mismo ha sucedido con los derechos humanos. Al respecto Kelsen señala:

No hay asunto cuya regulación esté reservada, por su propia naturaleza, al derecho nacional, y que no sea susceptible de ser regulado por el derecho internacional. No existe asunto que por su naturaleza sea únicamente (exclusivamente) de la jurisdicción interna del Estado, o que por su propia naturaleza no pueda reglarse por una norma general o individual de derecho internacional. Es decir, asuntos en los que no pueda disponerse obligación alguna mediante una norma general o individual de derecho internacional. El derecho internacional puede reglar todo asunto, aunque aquellos que, normalmente sólo son reglados por el derecho nacional y que, por ello, se consideran asuntos internos, por ejemplo, las cuestiones constitucionales, tales como la forma de gobierno, la adquisición o pérdida de la nacionalidad, los problemas religiosos, las cuestiones de inmigración y los aranceles, los problemas de derecho civil y de procedimiento civil. Todas estas materias pueden ser regladas por una norma de derecho Internacional, y lo están efectivamente cuando son, por ejemplo, el objeto de una convención internacional.(Kelsen 164)

Esto quiere decir, que un asunto se considerará de exclusividad interna, mientras este no esté reglado por el derecho internacional; sin embargo, esto no impide la posibilidad de que en el futuro la normativa internacional incluya a dicho asunto en su ordenamiento, en cuyo caso la exclusividad dejará de pertenecerle al Estado. Por esto, el carácter de “reservado” depende de la evolución de las relaciones jurídicas internacionales. Vargas cita en

su libro “Derecho Internacional Público” a la Corte Permanente de Justicia Internacional observa al respecto en una de sus opiniones consultivas, transcribiendo:

‘La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el Estado actual del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio a ese dominio reservado.’ (195)

II.A.5.a. Teoría Monista y Dualista

La teoría monista considera que dentro de un Estado sólo puede regir el derecho interno, ya que el internacional regula únicamente las relaciones entre Estados. Tanto las fuentes, como los destinatarios de las leyes son distintos para ambos vasos. En el primer caso, las normas se originan de la voluntad unilateral del Estado, mientras que en el derecho internacional es la voluntad común de varios Estados, de donde surge la reglamentación. Los destinatarios del derecho interno son los individuos mientras que en la esfera internacional son los Estados. Finalmente, los dualistas señalan que las estructuras del derecho interno y el internacional son diferentes, tomando en cuenta que sólo el primero tiene las instituciones apropiadas para el cumplimiento coactivo de las normas.

Aparece entonces una interrogante, cuando una norma internacional genera obligaciones para los particulares de un Estado. Un caso puede ser, por ejemplo, en el que dos Estados firmen un tratado que se persiga combatir cierta enfermedad y que por lo tanto, se haga necesario que los ganaderos vacunen a sus animales. Para los dualistas, tanto los individuos de aquellos Estados, como sus órganos administrativos – quienes en aquel supuesto deberían supervisar que se cumpla con la medida que del tratado emane – no tienen obligación alguna de acatar dichas normas, a menos de que sean transformadas al derecho interno. Consecuentemente, las obligaciones impuestas por una norma de derecho

internacional a los particulares y órganos administrativos de un Estado no emanan de aquella, sino de la norma interna que se dicte por el legislativo o ejecutivo para su efectiva aplicación.

El dualismo tiene en Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti a sus más importantes exponentes (197-198).

La explicación monista toma como punto de partida el principio de que las normas jurídicas dependen de un orden rigurosamente jerárquico y donde las de derecho interno están subordinadas al derecho internacional.

Al respecto señala Kelsen:

El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí. (346)

Es por esto que los partidarios de esta teoría monista, consideran que las normas del derecho internacional pueden ser aplicables automáticamente dentro de un Estado e incluso llegar a obligar directamente a los particulares y órganos estatales. Los actos internos necesarios para que esto se dé, son considerados más bien complementarios; tales actos pueden ser por ejemplo la publicación de los tratados, pero esto no implica la transformación del derecho internacional al derecho interno. Una aprobación parlamentaria tampoco equivale a la transformación en mención. Como Kelsen indica, “muchas Constituciones establecen que todos, o ciertos tratados deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser válidos. Tal aprobación no es una transformación, es la participación en la creación del derecho internacional”(302).

La transformación procedería entonces, únicamente cuando exista la limitación, en la que el derecho interno exija a los órganos administrativos y judiciales aplicar sólo normas internas.

La práctica internacional actual, prácticamente ha dejado a un lado este debate y las polémica entre ambas teorías tiende a desvanecerse. Sin embargo, la inclinación de la postura en las Constituciones de los Estados acepta más la teoría monista, en mayor o menor medida.

A continuación, se citarán las posiciones de diferentes Estados:

Estados Unidos (Constitución Art. 6).- Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la Nación.

Gran Bretaña (no existe Constitución pero es un aforismo común del *common law*).- "*International law is part of the land*" – la ley internacional es parte de la tierra.

Alemania (Constitución Art. 25).- Las reglas del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y obligaciones directamente para los habitantes del territorio federal.

Austria (Constitución Art. 9).- Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal.

México (Constitución Art. 133).- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión.

Panamá (Constitución Art. 4).- La República de Panamá acata las normas del derecho internacional.

En la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, se incorpora sólo los tratados en cuanto a las normas del derecho internacional. En países como Argentina, Costa Rica, El

Salvador, Honduras, Paraguay Perú y Venezuela se reconocen dentro de su ordenamiento jurídico los tratados internacionales celebrados válidamente. Su jerarquía varía en las diferentes Constituciones (201).

II.A.5.b. Jerarquía del Derecho Interno y el Derecho Internacional

Una de las interrogantes que surgen al contraponer al derecho interno con el internacional, es el determinar cuál de los dos prima en caso de conflicto entre ambas. Los dualistas, al no admitir la posibilidad de coexistencia entre el derecho internacional y el derecho interno, no admitirán así mismo la cabida de algún conflicto entre estos.

Desde un punto de vista doctrinal, sería evidente reconocer que para la existencia armoniosa entre Estados, se debe respetar la supremacía del derecho internacional, ya que sería inconcebible tal situación sin respeto mutuo e igualdad jurídica entre Estados, para lo cual se tiene que reconocer un ordenamiento jurídico superior al de los mismos. Cierta doctrina considera necesaria la supremacía del derecho internacional, ya que de no existir la práctica solidaria entre los Estados suficientemente profunda para imponerse, quien se impondrá será el derecho interno, dejando en desuso al derecho internacional, causando que este se desvanezca(Scelle 32).

Si bien parece fácil determinar la supremacía del derecho internacional, la controversia aparece cuando se trata de definir quién es el llamado a resolver el conflicto que surja entre el derecho interno y el internacional. Revisaremos por lo tanto las dos posibilidades:

- Solución del conflicto dentro del ámbito internacional

Si el conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno se da en un Tribunal internacional por ejemplo, es obvio que la admitida es la norma de derecho internacional y, por lo tanto, una norma de derecho interno no sería aceptada como excusa, para dejar de cumplir sus obligaciones (Vargas 203). Según cita Vargas en su libro “Derecho Internacional

Público, existe una Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1995, en la que se pronuncia La Corte señalando que, “un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir a su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos”(Vargas 204).

Estos principios se encuentran actualmente contemplados en la Convención de Viena, en su artículo 27, en donde indica que, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

- Solución del conflicto dentro del ámbito interno

Si el conflicto entre el derecho internacional y el interno cae en jurisdicción interna, y es tratado por una autoridad judicial o administrativa nacional, este deberá aplicar lo que su respectivo derecho interno contemple. Existen cuatro sistemas para solucionar el conflicto según Edmundo Vargas Carreño:

1. Valor supraconstitucional del derecho internacional: Según este sistema, los tratados internacionales prevalecen incluso sobre la Constitución del Estado. Aunque poco común, está tipificado en las Constituciones de Holanda, Honduras y Perú. En el caso de los Países Bajos se produce una derogación de los correspondientes artículos de la Constitución; en el sistema de Honduras y Perú, los artículos quedan en suspenso mientras que el Estado continúa siendo parte en el tratado.
2. Valor constitucional del derecho internacional: Este método admite como de rango constitucional a los tratados internacionales celebrados por los Estados. Este sistema tiene una creciente aceptación en países como Colombia y España, donde sus Constituciones establecen que los derechos contemplados en los tratados de derechos humanos constituyen un elemento para la interpretación de las normas

relativas a los derechos humanos y libertades fundamentales de orden constitucional. En otras Constituciones, como la Argentina hay reconocimientos más explícitos. Establece así que: i) los tratados y concordatos, los que, en general, de acuerdo al artículo 75.2 tienen jerarquía superior a las leyes; ii) las declaraciones y tratados sobre derechos humanos que explícitamente se citan en la Constitución, los que tienen jerarquía constitucional; iii) los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, lo que “para gozar de jerarquía constitucional” requerirán luego de ser aprobados por el Congreso, el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

3. Valor supralegal del derecho internacional.- Aquí los derechos internacionales tienen un valor superior a las leyes internas. Así, la Constitución francesa del 1958 en su artículo 55 indica que “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados, desde su publicación tienen una autoridad superior a las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdos, de su aplicación. En Latinoamérica las Constituciones de Costa Rica, El Salvador y Paraguay contemplan disposiciones equivalentes.

4. Valor legal del derecho internacional.- Este le confiere al tratado el mismo valor que la ley interna. Este sistema es seguido por Estados Unidos y ciertos países europeos y latinoamericanos. México lo contempla en su Constitución. Vargas cita así, jurisprudencia sobre el tema en la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 1959, en la cual se señaló al respecto:

Por la Constitución, el tratado ha sido colocado en el mismo plano, y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados por aquel instrumento como la ley suprema del país, y no se da superior eficacia a uno respecto del otro, cuando los dos tratan de dar efecto a ambos, si se

puede lograr tal cosa sin hacer violencia al texto de ninguno; pero si son incompatibles, el de fecha posterior predominará sobre el otro, siempre que la estipulación del tratado en el tema sea susceptible de ejecutarse por sí sola.

II.A.6. Tratados e Instrumentos Internacionales en la Constitución del Ecuador

En el segundo inciso del artículo 424 establece que, “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

En ese sentido, el sistema aplicado, específicamente a tratados de derechos humanos, sería de valor supraconstitucional. Es decir, las preindicadas normas de protección a los derechos humanos, contenidas en los Tratados Internacionales se les reconocen un rango jerárquico superior al de la carta magna. .

Sin embargo, el artículo 425 de la Constitución, contempla que, “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

Esto implica que, el resto de normas en el orden jurídico nacional, tienen menos peso que los tratados. Consecuentemente, el sistema que la Constitución de Montecristi contempla para solucionar un conflicto, en el que se enfrenta hipotéticamente el derecho internacional con el derecho interno, sería el de investirle de un valor supralegal, lo que colocaría el resto de Tratados Internacionales, exceptuando los de derechos humanos, por encima de las leyes del Estado, pero no de su Constitución.

Es así, que si se presentara un conflicto de leyes, constitucionalmente, según el mismo artículo 425, en donde se establece que “la Corte Constitucional, las juezas y jueces,

autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.”Para ensayar un ejemplo, podríamos suponer el caso de un conflicto entre un Tratado Comercial y la Constitución: en tal caso, prevalecería esta última.”

La Constitución actual, también contempla en el artículo. 426, la posibilidad de que se enfrenten una norma constitucional y la de un tratado de derechos humanos. En tal supuesto, la Carta magna establece que, en un principio que, “todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.” Sin embargo, si “las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos” fuesen más favorables a las establecidas en la Constitución, estas serán aplicadas directamente por los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, incluso si las partes no las invoquen de manera expresa. Es importante notar que, al cambiar el concepto de tratados a instrumentos, incluye por lo tanto no sólo las Convenciones, Acuerdos y demás, sino cualquier instrumento donde existan disposiciones a favor de los Derechos Humanos, mientras dicho instrumento sea jurídicamente vinculante. Finalmente, el artículo concluye estableciendo que:

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Confirmamos de esta manera, el valor constitucional que poseen las normas contempladas en los tratados de derechos humanos.

En el numeral 9 del artículo 416, se “reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales,” otorgándole a las reglamentaciones, la importancia correspondiente para el correcto desarrollo de las

relaciones internacionales, en el que exista una actitud positiva entre nuestro Estado y los demás sujetos del derecho internacional, demandando a su vez participación equitativa en los organismos internacionales.

II.B. Derechos Humanos

II.B.1. Concepto y Clasificación

Es necesario, antes de empezar con el planteamiento y enfocarnos en la evolución institucional y normativa de los derechos humanos, dar un concepto de lo que significan estos derechos.

Los derechos humanos surgen de la naturaleza misma del ser humano, quien como ser gregario, se ha visto siempre en la necesidad de interrelacionarse con sus semejantes.

Lamentablemente, la convivencia entre individuos, y la relación de estos con la estructura jurídica y política de los Estados, ha generado en muchos casos, situaciones de violencia donde se han visto vulnerados los derechos humanos de los individuos frente a la arremetida del poder público del Estado. Las razones para las confrontaciones van desde el abuso del poder, hasta la intolerancia por las diferencias de género, clases sociales, culturas, religiones, políticas, económicas, sin dejar de lado la discriminación racial, la xenofobia, la violencia a la propiedad privada, y el irrespeto a la libertad de pensamiento, expresión, entre otros derechos.

Los derechos humanos, como veremos en la definición del concepto, son inherentes a la condición humana, sin embargo, es a partir de los más sangrientos conflictos que la comunidad internacional ha visto la necesidad de mayor atención, al categorizar estos derechos, reconociendo en ellos una connotación moral y acordando protección jurídica para que las normas y las instituciones prevalezcan tanto en el interior de cada Estado, como en el texto de la comunidad internacional.

La evolución de los derechos humanos ha ampliado su concepto, dando paso a diferentes clasificaciones que veremos a continuación.

De acuerdo con la doctrina, los derechos humanos consisten en aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos, que les asisten a toda persona, por el simple hecho de su condición humana (Pellegrini 1), y que son anteriores y superiores al Estado. Éste debe garantizar libre ejercicio de tales derechos, toda vez que el Estado no es su fin en sí mismo, sino el medio para asegurarse que los individuos sociales pueden desarrollar sus derechos humanos a plenitud. Éstos son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad y, desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones mínimas que permiten crear una interacción entre la persona y la sociedad, que facilite a los individuos realizarse como personas, identificándose consigo mismos y con los otros (Torre 81).

Los elementos conceptuales de los Derechos Humanos son:

1. Inherentes al ser humano.- Surgen de la condición misma del hombre. Nacen de su naturaleza.
2. Universales.- Porque el bien jurídicamente tutelado es la humanidad vista como un todo.
3. Inalienables.- No pueden ser quitados, por el mismo hecho de ser intrínseco al ser humano.
4. Inviolables.- No se pueden transgredir, y en caso de que esto suceda, el ciudadano puede exigir la reparación o compensación por el daño que se le pudo haber causado.

La conformación del concepto empezó con la idea del derecho subjetivo, básica para concebir los derechos humanos, la misma que fue anticipada en la baja Edad Media por Guillermo de Ockham, que introdujo el concepto de *ius fori* o potestad humana de reivindicar una cosa como propia en juicio. La escolástica española insistió en esta visión subjetiva del Derecho durante los siglos XVI y XVII: Luis de Molina, Domingo de Soto y

Francisco Suárez, miembros de la Escuela de Salamanca, definieron el derecho como un poder moral sobre lo propio. Aunque mantuvieron al mismo tiempo la idea de Derecho como un orden objetivo, enunciaron que son ciertos derechos naturales y aludieron tanto a derechos relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, a la dignidad). El jurista Vázquez de Menchaca, partiendo de una filosofía individualista, fue decisivo en la difusión del término *iura naturalia*. Este pensamiento iusnaturalista se vio auspiciado por el contacto con las civilizaciones americanas y el debate producido en Castilla sobre los justos títulos de la conquista y, en particular, la naturaleza de los indígenas. En la colonización castellana de América, se suele afirmar, se aplicaron medidas en las que están presentes los gérmenes de la idea de derechos humanos. No obstante, algunos critican que, en la práctica, estas medidas fueron formuladas para lograr objetivos de colonización (R. Pérez 188). El pensamiento de la Escuela de Salamanca, especialmente mediante Francisco Suárez y Gabriel Vázquez, contribuyó también al impulso del naturalismo europeo a través de Hugo Grocio (A. Pérez 127).

Durante la Revolución inglesa, la burguesía consiguió satisfacer sus exigencias de tener alguna clase de seguridad contra los abusos de la corona y limitó el poder de los reyes sobre sus súbditos. Habiendo proclamado la Ley de *Habeas corpus* en 1679, en 1689 el Parlamento impuso a Guillermo III de Inglaterra en la *Bill of Rights* una serie de principios sobre los cuales los monarcas no podían legislar o decidir. Se cerró así el paso a la restauración de la monarquía absoluta. Según Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, la *Bill of Rights* puede considerarse una declaración de derechos, pero no de derechos humanos, puesto que los mismos se reconocen con alcance nacional y no se consideran propios todo hombre (Fernández y Castro 98).

Durante los siglos XVII y XVIII, diversos filósofos europeos desarrollaron el concepto de derechos naturales. De entre ellos cabe destacar a John Locke, cuyas ideas fueron muy

importantes para el desarrollo de la noción moderna de derechos. Los derechos naturales, para Locke, no dependían de la ciudadanía ni las leyes de un Estado, ni estaban necesariamente limitadas a un grupo étnico, cultural o religioso en particular. La teoría del contrato social, de acuerdo con sus tres principales formuladores, el ya citado Locke, Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau, se basa en que los derechos del individuo son naturales y que, en el estado de naturaleza, todos los hombres son titulares de todos los derechos(J. Pérez 173). Estas nociones se plasmaron en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII.

La causa directa del nacimiento de los derechos humanos, desde una perspectiva sociológica, ha sido también un importante objeto de debate. Por una parte, Georg Jellinek ha defendido que los derechos humanos estaban directamente dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad religiosa; por otra, Karl Marx afirmó que se deben a la pretensión de la burguesía de garantizar el derecho de propiedad. Max Weber, en su obra “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”, afirma que existiría una conexión entre la ética individualista en que se basaron los derechos humanos y el surgimiento del capitalismo moderno(A. Pérez, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución 101).

A medida que se impulsaba la evolución de los derechos humanos a través del tiempo, se amplió su espectro de protección.

II.B.1.a. Clasificación: Derechos Humanos de primera generación

Para explicar la aparición de los derechos humanos de primera generación, creemos conveniente hacer una breve remembranza de sus antecedentes históricos y del proceso evolutivo del reconocimiento de que dichos derechos son anteriores y superiores de la formación del Estado, aclarando y enfatizando a la vez que el Estado no les da vida como un acto de liberalidad, no los crea, simplemente los reconoce. En efecto observamos, como situaciones de hechos en las que, a lo largo de la historia de la humanidad, los débiles se han

visto oprimido por los más poderosos económicamente, o por su conocimiento, fuerza, etc.

Junto con la revelación de los oprimidos, aparecen los derechos de primera generación.

En este análisis retrospectivo, trataremos como punto de partida del proceso histórico de gestación de la Carta Magna inglesa. Así, ante los abusos cometidos por las autoridades, en el siglo XII, los pueblos se revelan, razón por la que surge la primera Carta a la protección de los Derechos Humanos. Se trata de la Carta Magna de los Derechos Humanos. Gobernaba en Inglaterra el Rey Juan Sin Tierra, un monarca que no contaba con el cariño de sus gobernados, por ser opresivo, no sólo contra la clase modesta sino contra las capas nobiliarias. Consecuentemente, se produjo una reacción violenta contra dicho gobernante, el mismo que fue obligado a dictar la Carta Magna (1215) (R. Pérez 184), en la que se reconocía a los Barones determinados derechos y garantías. Sin embargo, al ser impulsado por los Barones, sólo ellos se veían beneficiados por lo contemplado en el texto en mención. Ocurría entonces gracias a la Carta promulgada que, por ejemplo, ya no se podía iniciar una acción legal de privación de libertad, sin establecerse cargos o motivos, además de que se debía informar sobre la misma.

Aunque este documento no protegió a toda la humanidad, como es natural en los derechos humanos, se convirtió en un precedente para los *derechos de primera generación*.

La Carta de derechos o Declaración de derechos "*Bill of Rights*" es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo (A. Pérez 111). El propósito principal de este texto era recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II). Constituye uno de los precedentes inmediatos de las modernas "Declaraciones de Derechos".

Con la independencia de los Estados Unidos, se redacta el Acta de "Declaración de Independencia de los Estados Unidos", un acuerdo, donde las trece colonias inglesas en Norte

América, en ese entonces en guerra contra Gran Bretaña, le exponen a ese reino las razones para proclamar su independencia. Entre estas causas, está la filosofía general que justifica una revolución, esto es, cuando un gobierno está haciendo daño a los derechos naturales de los individuos. Además, se enlistan las injurias de las que fueron víctimas, entre las que se encuentra el atentar contra la libertad de los ciudadanos e “irritar contra nosotros a los habitantes de las fronteras, los indios bárbaros y feroces cuyo método conocido de hacer la guerra es la destrucción de todas las edades, sexos y condiciones”, lo que hoy se entendería como genocidio. Luego de este acontecimiento, se realizó la declaración de “*Bill of rights*” (1789), por el que se conocen las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América. Estas enmiendas limitan el poder del gobierno federal, y garantizan los derechos y libertades de las personas. Entre los derechos y libertades que la Carta de Derechos garantiza se encuentran los siguientes: la libertad de expresión, la libertad de asamblea, la libertad religiosa, la libertad de petición, y el derecho a tener y portar armas; el derecho a no ser sometido a registros e incautaciones irrazonables, o a castigos crueles e inusuales; el derecho a no testificar contra uno mismo, al debido proceso, y a un juicio rápido con un jurado imparcial y local.

Finalmente, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue una declaración de principios de la Asamblea Nacional Constituyente francesa, realizada el 26 de agosto de 1789, que fue el prefacio a la Constitución de 1791, contiene derechos similares.

Cada uno de estos eventos representan un hito en la historia de los derechos humanos hasta hoy, donde se han dictado documentos de protección y defensa de estos derechos, como la Declaración de los Derechos Humanos auspiciada por las Naciones, la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de Deberes Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales, entre otros. Además, se llegaron a instaurar varias Cortes Internacionales sobre Derechos Humanos a nivel regional o mundial.

Se consideran derechos humanos de primera generación, los derechos civiles y políticos, los cuales se denominan primarios, porque le asisten a toda persona individualmente considerada, sin discriminar por raza, etnia, religión, nacionalidad, condición social, de género, filiación política, etc.

El individuo es dueño de una esfera de dominio privado, jurídicamente protegida por las normas legales del Estado, donde no puede interferir autoridad alguna. Esta esfera de dominio privado recoge los denominados derechos civiles; estos son, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976):

1. Derecho a la vida,
2. Derecho a la libertad,
3. Derecho a la libre expresión,
4. Derecho a la libertad de cultos,
5. Derecho a la privacidad de domicilio,
6. Derecho a la privacidad de correo,
7. Derecho a la libre circulación,
8. Derecho al debido proceso,
9. Derecho a la honra,
10. Derecho a la presunción de inocencia.

En general, los derechos civiles y políticos inherentes a la condición del ser humano. No son adquiridos sino originarios del hombre y la mujer.

Los derechos políticos, por su lado, devienen a la condición de ciudadanos, que corresponde a cada miembro de una sociedad, cuando éste haya cumplido con los requisitos que las leyes ponen para adquirir tal estatus. Esto quiere decir, que no necesariamente a toda persona le asisten estos derechos, sino que sólo a aquellos que han cumplido con dichos

requisitos y condiciones que la ley establece para ejercerlos. La plenitud de un ejercicio activo de los derechos políticos faculta al individuo a participar en:

1. Procesos electorales,
2. A crear y/o participar en partidos políticos,
3. Consultas populares y/o referéndums,
4. Derecho a elegir y ser elegido,
5. Propuestas de proyectos de ley.

II.B.1.b. Clasificación: derechos humanos de segunda generación

Nacen como consecuencia del desarrollo del pensamiento socialista, que se origina en la Revolución Industrial Inglesa de fines de los siglos XVIII y principios del XIX(Gómez). El maquinismo es el origen de la Revolución Industrial; las máquinas aplicadas a la producción industrial en serie, como la máquina de vapor, de hilar, de tejer, así como el barco y la locomotora a vapor, formaron parte de la industria de la época. Se inició la organización fabril que determinó la producción en serie. La máquina sustituye a la tierra como medio de producción, y el trabajo en fábrica sustituye el esfuerzo individual, generalmente de carácter artesanal.

Esta nueva relación de trabajo, que resultó en la fuerte migración campo – ciudad, también determinó cambios de costumbres y hábitos de vida, y más importante todavía: produjo la concepción de un nuevo pensamiento social que marcó la época e influyó en filósofos y pensadores en la determinación de lo que hoy se conoce como derechos humanos de segunda generación. Estos son los derechos sociales, económicos y culturales, según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), que asisten a toda la población, pero se aplica preferentemente a capas despauperizadas, es decir la capa social económicamente más postergada.

Países como Alemania, Rusia y México legislaron en sus Constituciones políticas la protección y defensa de estos derechos.

Los derechos sociales son una serie de prestaciones y servicios por parte del Estado, para los más pobres, tales como: protección a través de legislación en distintas áreas, como la laboral, agraria, inquilinato, a favor de la protección de la niñez, de la protección a la tercera edad y en general, la protección a las clases más vulnerables (asistencia social), discapacitados, seguridad social – mujeres embarazadas, fondo de cesantía – sobre vivienda popular, y toda estructura relativa a la defensa del consumidor.

En Estados Unidos, por ejemplo, estos grupos vulnerables, se les da importancia según el siguiente orden: niños, luego mujeres embarazadas, mujeres, ancianos, varones.

II.B.1.c. Clasificación: Derechos Humanos de tercera generación

Nuevos derechos, concebidos así por los ideólogos y protectores de los derechos humanos, son productos de la acción concertada de los Estados a favor de los derechos humanos, que tienen el deber de protegerlos y defenderlos. Ya no sólo debe el Estado diseñar y ejecutar una legislación especial para proteger tales derechos, sino que estos demandan una protección a mayor escala, que no reconoce límites de fronteras y que demanda que estos derechos estén amparados en tratados internacionales. Nos referimos específicamente a(Zamudio):

1. Derecho a vivir en paz,
2. Derecho de injerencia humanitaria / de solidaridad internacional,
3. *Derecho a vivir en un mundo ecológicamente sano y ambientalmente sustentable,*
4. Derecho a traer al mundo en número de hijos en forma planificada, a fin de no agravar el grave problema mundial de la explosión demográfica.,

5. *Derecho a reconocer las diferencias sociales, étnicas, raciales y religiosas de los diferentes pueblos del mundo.*

6. Derecho al desarrollo

El primero de estos derechos, no se refiere a la *paz* como resultado de la ausencia de guerra, sino que está concebido en un concepto más amplio, con una connotación de relaciones pacíficas y armoniosas en el contexto del convivir social, sea en el interior de una comunidad estatal, o en el ámbito de las relaciones entre los pueblos del mundo. La paz implica cooperación en el ámbito de las relaciones internacionales en busca de objetivos regionales, o bien objetivos a escala mundial. Un ejemplo de esto, podría ser erradicar el sida.

Debe ser entendida como el principal activo en la economía de las naciones, porque sin paz no se puede trabajar, producir, comerciar, en síntesis, no se puede generar riqueza y bienestar en el ejercicio económico de la vida de los pueblos.

Hay dos clases de violencia, que constituyen serias amenazas contra la paz(Salvador):

a) Violencia de arriba.- Expresada mediante sistemas o leyes ominosas, que lesionan el colectivo social; por ejemplo: leyes de Apartheid en Sudáfrica (ahora derogados);

b) Violencia de abajo.- Se expresa de modo contestatario y/o como reacción a la violencia de arriba cuando esta se encuentra institucionalizada; por ejemplo: mediante un golpe de Estado.

El segundo numeral de los derechos de tercera generación, es decir el de la solidaridad internacional, supone la premisa de que todos los pueblos y Estados del mundo, tienen el derecho a hacer respetar su integridad territorial y su independencia política, al mismo tiempo que tienen el deber de respetar la integridad territorial e independencia política de los demás pueblos y Estados del mundo (Suller). El principio de no intervención, que consiste en no inmiscuirse en los asuntos domésticos de cada Estado, que integra el concierto internacional,

constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional Público. Si se quebrantare la observación y cumplimiento de dicho principio, las relaciones internacionales, serían más propicias a la confrontación y habría menos espacio para la paz y la estabilidad mundial, de hecho este es el *deber ser*, el esquema ideal que tiene que permanecer en un mundo que ha sido diseñado por el Derecho Internacional Público, sea éste de carácter consuetudinario o de carácter convencional.

Sin embargo, no siempre ha sido así, muchos actos de injerencia de asuntos internos de otros Estados se han producido a lo largo de la historia. Muchas de estas, sino la mayoría, han quedado en la impunidad. En pocos casos se ha sancionado la intervención en asuntos internos de algún Estado, con medidas punitivas, establecidas por la comunidad universal de las Naciones Unidas. Ejemplo: sanción de intervención de Irak a Kuwait (1990).

Lo expuesto como premisa, constituye la regla de conducta enmarcada en el Derecho Internacional Público, sin embargo, por la vía de la excepción encontramos una nueva corriente del pensamiento jurídico internacional del derecho a la injerencia en procesos de gestación humanitaria. Cuando en un país determinado se ve afectada la institucionalidad de las autoridades del poder constituido, como se ve afectada también, el respeto y la vigencia a la aplicación de sus leyes, debe haberse producido un estado de descomposición política y social, tan grave que amenace con una posible desintegración del Estado, y en el proceso se vea afectada la población civil no combatiente y los grupos más vulnerables de la sociedad.

La historia se ha encargado de ilustrarnos con casos como el planteado. Por ejemplo, el de los Balcanes, integrados por las seis Repúblicas de la ex Yugoslavia. Cuando desapareció la Monarquía austro-húngara, el territorio se vio desintegrado por los ganadores de la Primera Guerra Mundial. No todas las regiones fueron transferidas a Austria y Hungría, sino que se destinaron a nuevas repúblicas que se establecieron como Yugoslavia (hoy, Croacia, Bosnia y Herzegovina, Serbia y Montenegro, Macedonia y Eslovenia) o Bohemia y Moravia, que se

incorporó en la nueva Checoslovaquia. Incluso Italia adquirió las comarcas de Tirol, Triestina, Istria, Trieste, etc.

En la ex Yugoslavia se generaron conflictos por diferentes religiones, lenguas y costumbres – los de Croacia son católicos, los de Bosnia y Herzegovina son musulmanes – eran un compuesto muy heterogéneo, difícil de que funcione por la disimilitud de sus componentes, quienes finalmente fueron el germen de su propia destrucción. Como consecuencia, se dio una confrontación bélica en la que cada república quería su independencia. Así se origina la Guerra de los Balcanes, en donde surge la pérdida de respeto a las leyes y autoridades, y la sociedad se convirtió en el blanco de militares.

En este contexto se estimaba necesaria la injerencia humanitaria, es decir, es útil sólo cuando se vea amenazada la integración de los Estados de una nación, porque es necesaria la protección de la sociedad, que es vulnerable en tiempos de guerra(Borja). Es exclusivamente en estos casos en los que la injerencia es viable. Es una excepción al principio de la no intervención, ya que no lo lesiona. La injerencia es un derecho en proceso de gestación.

El tercer derecho a estudiar, es el que tenemos los seres humanos a *un mundo ambientalmente sano y ecológicamente equilibrado*(De Los Ríos). La naturaleza humana, a lo largo de la historia, ha sido depredadora del ambiente; el hombre recibió tierra virgen, con playas, mares, océanos, bosques y demás, que le sirven no sólo para extraer su medio de subsistencia sino también para su recreación. Sin embargo, ha sido tal la acción depredadora del hombre, destruyendo el medio natural en el que habita, que hoy por hoy determinadas latitudes del planeta han sido puestas en peligro de un daño irreversible.

Los seres humanos, reclamamos como un derecho fundamental – hoy reconocido como derechos humanos de tercera generación – el derecho a respirar un aire puro, tener agua limpia y un paisaje verde y productivo, y esto con diferentes propósitos como el de nuestro desarrollo y subsistencia, así como el deber de reservarlo a futuras generaciones. Este es lo

que debería de ocurrir, no obstante el hombre ha sobreexplotado los recursos naturales del planeta al punto que es imperioso e impostergable que al interior de los Estados, y dentro de la comunidad internacional, se legisle normas de protección al medio ambiente, de otra manera no se podrán evitar fenómenos como: la tala indiscriminada de árboles, uso de plaguicidas y otros químicos que afectan la naturaleza, pesca indiscriminada o sobreexplotación de recursos marinos, uso de aerosoles y otros gases contaminantes de la atmósfera, etc.

La comunidad científica internacional ha persuadido a muchos líderes mundiales a tomar en serio el deterioro de la problemática ambiental, a tal punto que el tratamiento del tema ya no toma sólo parte de los foros internacionales que lo abordan, sino que también ha sido considerado para legislar la protección ambiental dentro de los Estados, así como regular su protección y preservación mediante tratados internacionales.

Se ha avanzado en la concientización del tema, reconociendo entre otras cosas, la existencia de recursos agotables, además del principio de desarrollo sustentable, abordado en las “*Convenciones de la Tierra*” de Estocolmo 1972, Johannesburgo 1992 y Río de Janeiro 2012. Sobre estas Convenciones, y en general los tratados en materia ambiental, revisaremos más adelante de una manera un poco más detallada.

En cuanto al cuarto derecho, el de la *planificación familiar*, se conoce que en el mismo se expresa en la facultad que tiene cada pareja, para decidir libremente, el número de hijos que desee traer al mundo, determinando el espaciamiento en la llegada de ellos. El tema de la planificación familiar, que busca concientizar a la humanidad, del vertiginoso crecimiento demográfico, ha concitado la realización de varias conferencias mundiales sobre población y desarrollo, la primera de las cuales se llevó a cabo en Bucarest en el año 1974, la segunda en México D.F. en el año 1984, y la tercera en Cairo en 1994. En dichas conferencias se trató la agenda de planificación familiar, fecundación de la mujer, transmisión de enfermedades

sexuales, de educación sexual y otros puntos coincidentes en dirección a evitar una paternidad o maternidad no responsable, o no deseada.

Los conductores políticos de la humanidad, están cada día más conscientes de que el crecimiento de número de habitantes en el mundo, no va acorde con la producción de alimentos, con sólo observar las cifras estadísticas de la tasa de crecimiento demográfico, cuando en el año 1830 la humanidad contaba con 1000 millones de población y que un siglo más tarde esta cantidad se había duplicado, para luego se acerque, hoy a 7500 millones(United State Census Bureau).

El quinto y último derecho trata de *reconocer las diferencias* entre los seres humanos, tanto las étnicas, como las raciales, lingüísticas, culturales(Aguilar), de creencias religiosas, y otras, sobre todo cuando estos factores diferenciales pertenezcan a las minorías sociales. Por lo tanto, es deber de todos los Estados que integran la comunidad internacional, no excluir a estas minorías, y por el contrario, incorporarlas en el convivir social, en una relación totalmente horizontal.

II.B.2. Evolución de los Derechos Humanos

Antes de que se cree una codificación de las normas de los derechos humanos, o un organismo para su prevención y protección, hubo documentos históricos que marcaron una pauta para el proceso creación de instrumentos similares, en los cuales se plasman ciertas garantías, que hoy son parte del contenido de los derechos humanos como concepto. Como mencionamos en la introducción, hay tres documentos, que son la base de los derechos humanos de primera generación y que constituyen los cimientos, en general de la evolución de la materia. Recordemos entonces:

a) La Carta Magna de 1215: Después de una reacción violenta contra el Rey de Inglaterra, Juan Sin Tierra, un gobernante opresor que cometió innumerables atropellos, se vio

obligado a dictar este documento. Aunque no protegía a todos los estratos de la sociedad, constituyó un precedente, para exigir derechos como el del debido proceso.

b) La Declaración de “*Bill of Rights*” de 1689: Este documento inglés es sobre el que se basan las diez primeras enmiendas en que se inspira la Constitución de los Estados Unidos de América. Estas enmiendas limitan el poder del gobierno federal, y garantizan los derechos y libertades de las personas. Entre los derechos y libertades que la Carta de Derechos garantiza se encuentran los siguientes: la libertad de expresión, la libertad de asamblea, la libertad religiosa, la libertad de petición, y el derecho a tener y portar armas; el derecho a no ser sometido a registros e incautaciones irrazonables, o a castigos crueles e inusuales; el derecho a no testificar contra uno mismo, al debido proceso, y a un juicio rápido con un jurado imparcial y local.

c) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue una declaración de principios de la Asamblea Nacional Constituyente francesa, realizada el 26 de agosto de 1789, que fue el prefacio a la Constitución de 1791, contiene derechos similares.

d) Leyes de Indias: Es la legislación promulgada por los monarcas españoles para regular la vida social, política y económica entre los pobladores de la parte americana de la Monarquía Hispánica.

II.B.3. Instrumentos Internacionales Vigentes

En la actualidad son varios los instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico de múltiples Estados signatarios de tales instrumentos.

Estos engloban las distintas ramas de los Derechos Humanos, mientras otros instrumentos se ocupan de determinadas áreas de la materia. Algunos de estos Convenios establecen, así mismo, tribunales o cortes para el enjuiciamiento de quienes violentan el sistema de derechos humanos.

II.B.2.a. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del Sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En el artículo 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, los Estados partes se "comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna." Prevé la situación en la que el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, estableciendo, que en este supuesto, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos. Es decir, no sólo los Estados partes aceptan el compromiso de aplicar el contenido de la Convención, sino a modificar su legislación interna para hacer efectivas las disposiciones legales, de ser necesario.

Además, establece la obligación para los Estados partes, del desarrollar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como medios de protección de los derechos y libertades, establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ha sido complementada con:

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), de 1988

• Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990

En su contenido, esta Convención consagra diversos derechos civiles y políticos, entre otros: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad personal y garantías judiciales, derecho al respeto de la honra y reconocimiento de la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, y el derecho a asociarse libremente.

En la Primera Parte, establece los Deberes de los Estados, y los derechos de los protegidos. Enumera así, los siguientes deberes:

- Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos
- Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Sobre este particular artículo vamos a tratar más adelante.

En el Segundo Capítulo, están tipificados los deberes civiles y políticos; estos son (derechos humanos de primera generación):

- Art. 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica
- Art. 4. Derecho a la Vida
- Art. 5. Derecho a la Integridad Personal
- Art. 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre
- Art. 7. Derecho a la Libertad Personal
- Art. 8. Garantías Judiciales
- Art. 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
- Art. 10. Derecho a Indemnización
- Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
- Art. 12. Libertad de Conciencia y de Religión
- Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

- Art. 14. Derecho de Rectificación o Respuesta
- Art. 15. Derecho de Reunión
- Art. 16. Libertad de Asociación
- Art. 17. Protección a la Familia
- Art. 18. Derecho al Nombre
- Art. 19. Derechos del Niño
- Art. 20. Derecho a la Nacionalidad
- Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada

Este es otro artículo relacionado con el presente Trabajo, revisaremos más adelante.

- Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia
- Art. 23. Derechos Políticos
- Art. 24. Igualdad ante la Ley
- Art. 25. Protección Judicial

En el tercer capítulo, hace la Convención lo propio con los derechos económicos, sociales y culturales (derechos humanos de segunda generación):

- Art. 26. Desarrollo Progresivo

El cuarto capítulo, contempla los deberes de la persona.

En la segunda parte se establece los medios de la protección. Designando así en el sexto capítulo, los órganos competentes; en el séptimo capítulo La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en el octavo capítulo La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tercera parte, contiene disposiciones generales y transitorias. En el cuarto décimo capítulo se encarga del proceso de firma, ratificación, reserva, enmiendo, protocolo y denuncia.

II.B.3.b. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es una declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge los derechos humanos considerados básicos.

La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos comprende lo que se ha denominado una Carta Internacional de los Derechos Humanos.

La DUDH (Declaración Universal de los Derechos Humanos) se compone de un preámbulo y treinta artículos, que recogen derechos de carácter civil, político, social, económico y cultural.

II.B.3.c.Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado multilateral, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York(Carrillo).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comprende un Preámbulo y seis partes:

- Parte I: Derecho a la libre determinación.
- Parte II: Garantía de los E. de no exclusión del Pacto por condiciones sociales, personales y económicas de los individuos que integran cada Estado parte.
- Parte III: Protección por motivos de sexo, religiosas, raciales y otras formas de discriminación.
- Parte IV: Libertad individual de creencia, expresión, libertad de prensa y el derecho a celebrar Asamblea.
- Parte V: Alcance jurídico del Pacto con los demás Tratados Internacionales.

- Parte VI: Regula la ratificación, entrada en vigor y la modificación del Pacto.

Según el 2, los Estados partes asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su jurisdicción, de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Esto implica que no sólo deben abstenerse de violar estos derechos, es decir, no sólo respetarlos, sino también adoptar medidas para que estos derechos sean efectivos, es decir, garantizar. Dado lo que indica el artículo 14, deben poner a disposición de toda persona víctima de una violación un recurso imparcial y efectivo para su defensa.

II.B.2.d. Pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un tratado multilateral general que reconoce derechos de segunda generación y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. A fecha de 11 de octubre de 2007, 157 Estados son parte en el Pacto (Carrillo).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comprende un Preámbulo y cinco partes:

- Parte I (artículo 1), que reconoce el derecho de libre determinación de los pueblos.
- Parte II (artículos 2 a 5), que reúne una serie de disposiciones transversales sobre el alcance de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados.
- Parte III (artículos 6 a 15), que enuncia los derechos reconocidos.
- Parte IV (artículos 16 a 25), que determina los mecanismos de control y garantía del Pacto y establece determinadas cláusulas interpretativas.
- Parte V (artículos 26 a 31), que recoge un conjunto de disposiciones generales.

En relación a las obligaciones de los Estados, los derechos reconocidos en el Pacto y de acuerdo con su artículo 2.1, cada uno de los Estados parte se obliga a:

Adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia, y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La lectura tradicional de este artículo se centra en tres aspectos: que se contraen obligaciones de comportamiento, es decir, se deben aportar medidas, y que están sujetas en todo caso a los principios de factibilidad y progresividad, reconociendo amplia discrecionalidad a los Estados. Frente a esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3, sostuvo una opinión que restringía esta discrecionalidad de manera considerable.

El Comité afirmó que, aunque la obligación de los Estados a adoptar medidas para la aplicación paulatina del Pacto, existen determinadas obligaciones cuyo cumplimiento debe ser inmediato. Por un lado, garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación; por otro, el compromiso en sí mismo de adoptar medidas no puede diferirse ni condicionarse.

Los derechos humanos recogidos en cada artículo, son los plasmados a continuación en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Art. 6.- Derecho a trabajar y libre elección de empleo.
- Art. 7.- Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- Art. 8.- Libertad sindical y derecho de huelga.
- Art. 9.- Derecho a la seguridad social.
- Art. 10.- Protección de la familia y los menores.
- Art. 11.- Derecho a un nivel de vida adecuado, y a la mejora continua de las condiciones de existencia.
- Art. 12.- Derecho a la salud.

- Art. 13 y 14.- Derecho a la educación.
- Art. 15.- Derecho a participar en la vida cultural. Protección, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No está previsto en el Pacto, sino que fue creado por la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para el desempeño de las funciones recogidas en la parte IV del Pacto.

El CDESC está formado por 18 expertos independientes elegidos por un período de cuatro años. Se reúne en períodos de sesiones, normalmente dos al año, que tienen lugar en Ginebra. Estos períodos de sesiones comprenden una sesión plenaria de tres semanas precedida por un grupo de trabajo que se reúne durante una semana.

Los Estados están obligados a informar periódicamente al CDESC sobre la aplicación del Pacto. Sobre la base de la información aportada, el Comité destaca los aspectos positivos y negativos y formula una serie de recomendaciones: sus respuestas a cada Estado toman la forma de observaciones finales. Por otro lado, el Comité emite observaciones generales, que contienen su interpretación sobre cuestiones relacionadas con el Pacto.

El Protocolo Facultativo del Pacto, aprobado el 10 de diciembre de 2008, otorga al CDESC la facultad de estudiar comunicaciones de particulares.

II.B.3.d. Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana, aprobada en sesión especial de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que se dio cita en Lima, Perú, es un instrumento que proclama como objetivo principal el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, al establecer que la ruptura del orden democrático o su alteración, que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro, constituye "un

obstáculo insuperable" para la participación de su gobierno en las diversas instancias de la OEA.

Según la intervención del señor Roberto Rojas, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica ante el XXVIII período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, que tuvo lugar en la ciudad de Lima, Perú:

Simboliza no sólo la voluntad de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos por promover y proteger conjuntamente la democracia en el continente, sino además culmina un proceso de trabajo que en sí mismo es un verdadero ejercicio democrático. Treinta y cuatro países, motivados por un sincero compromiso con la democracia, trabajaron arduamente durante casi tres semanas para lograr un documento de gran riqueza y coherencia, cuya aprobación por esta Asamblea General el día de hoy marca el inicio de una nueva etapa para la OEA. Sin duda debemos congratular al Embajador Humberto de la Calle por su tenaz labor como Presidente del Grupo de Trabajo que la elaboró, así como al Embajador Hernán Castro bajo cuya presidencia el Consejo Permanente aprobó La Carta que hoy estamos adoptando.

La Carta Democrática Interamericana es un instrumento de la mayor importancia. En primer lugar, nos presenta una definición de democracia sumamente completa, que junto con sus elementos tradicionales, como son el estado de derecho y la celebración de elecciones periódicas, incorpora componentes novedosos como la lucha contra la pobreza, la equidad de género, el respeto a la diversidad étnica y cultural, los derechos de los trabajadores, la importancia de la educación como un medio eficaz para construir la democracia, la protección del ambiente, y la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, entre otros.”

II.B.4. Organismos Internacionales de Derechos Humanos

Los organismos internacionales que tienen competencia para tratar casos relacionados con los derechos humanos son los siguientes:

II.B.4.a. Corte Interamericana de San José de Costa Rica:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado Sistema interamericano de protección de derechos humanos. Todo lo precedente consta en sus Estatutos.

Así mismo, en sus Estatutos reconoce que la Corte tiene competencia contenciosa, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención especial. Básicamente, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado derechos fundamentales o libertades protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotados los procedimientos previstos en la misma. Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero si pueden recurrir ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que previamente el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión. El procedimiento ante la Corte termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable.

En cuanto a la competencia consultiva, los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Además, pueden consultarla, en los que les compete, los órganos de la Organización de los Estados Americanos. La Corte puede además, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, darle a tal Estado opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

La Corte está compuesta de siete magistrados, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad, como consta en el Art. 4 de su Estatuto.

Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez. El juez electo para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completa tal mandato.

II.B.4.b. Corte Internacional de Justicia

Es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945, en La Haya (Países Bajos) siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Sus funciones principales son resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, o por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la Asamblea General de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (procedimiento

consultivo). El Estatuto de la Corte forma parte integral de dicha Carta. En virtud del artículo 30 del Estatuto, la Corte adoptó el 14 de abril de 1978 un Reglamento mediante el cual se determinó la manera de ejercer sus funciones y, en particular, sus reglas de procedimiento.

La Corte está integrada por 15 magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en votaciones independientes. Se los elige por sus méritos y no por su nacionalidad, y se intenta que estén representados en la Corte los principales sistemas jurídicos del mundo. No puede haber dos magistrados que sean nacionales de un mismo Estado. Los magistrados cumplen mandatos de nueve años y pueden ser reelegidos. No pueden dedicarse a ninguna otra ocupación mientras dure su mandato. No pueden tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad. Un tercio de la Corte es elegido cada tres años. Cada uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia, el Reino Unido, la República Popular de China, Rusia y los Estados Unidos) tiene siempre un juez en la Corte.

En 1889 se creó la Corte Permanente de Arbitraje, que es una lista de nombres, cuatro propuestos por cada Estado, de la cual pueden las partes en un conflicto escoger árbitros.

II.B.4.c. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

También denominado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales mientras se encontraba legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede

presentar una denuncia contra dicho Estado por violación del Convenio. Este Convenio es un tratado por el que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (todos los Estados europeos salvo Bielorrusia) han acordado comprometerse a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, tipificarlos, establecer el Tribunal y someterse a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar sus sentencias. La ejecución de las sentencias del Tribunal a los Estados miembros que han sido condenados, está supervisada por el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro. No tiene ninguna relación con la Unión Europea El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia).

Los derechos humanos y libertades fundamentales tipificadas para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en la Convención Europea de Derechos Humanos de la Unión Europea son, en sustancia los mismos.

El nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos comenzó a funcionar de la manera que se describe el 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Un sistema mixto (un Tribunal y una Comisión) existía ya anteriormente con base en el Convenio. El 31 de octubre de 1998 el antiguo Tribunal dejó de existir. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo núm. 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más (hasta el 31 de octubre de 1999) para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo.

II.C. Derechos de las Comunidades Indígenas

Aportando un nuevo elemento en el presente Trabajo, proseguiremos con el ensamblaje de los elementos del tema de tesis con el estudio de los derechos humanos, enfocándonos en

las comunidades indígenas, para luego analizar los derechos humanos relacionados con el ambiente.

Una vez determinada la complejidad e importancia tanto de los tratados internacionales, así como aquellos en materia de derechos humanos, el siguiente paso es abordar los tratados internacionales en materia de derechos de indígenas, revisar conceptos, historia y situación actual de los indígenas, que han ocasionado que hoy en día, se tenga mayor consciencia y respeto a su cultura y a sus tradiciones. El comportamiento cultural tiene sus cimientos en la cronología de los hechos que revisaremos más adelante.

En nuestro país los indígenas representan el 27% de la población, según el Censo de Población y Vivienda del 2010. A pesar de no ser mayoría, esta comunidad es considerada un grupo vulnerable de fuerte presión tanto social como política, y han conseguido reconocimientos de derechos que ningún otro grupo ha alcanzado jamás.

Son diversas las razones para que llegemos a la situación en la que nos encontramos hoy en día, donde los derechos de los indígenas gozan de importantes protecciones jurídicas.

Antes de revisar los tratados en materia, como ya hemos mencionado, no sólo debemos tener un claro concepto de los términos relacionados, sino del lugar que han ocupado en el mundo y del que ocupan actualmente. Repasaremos los motivos que los han llevado a luchar por múltiples causas, y la controversia que genera actualmente el tema.

II.C.1. Concepto de Indígenas

Indígena es un término que, en sentido amplio, se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos, o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por *oriunda* (es decir, originario de un lugar, según el Diccionario de la Real Academia Española). Con el mismo sentido se utiliza, con mayor frecuencia, el término equivalente *nativo*, presente en expresiones como *idioma nativo*. También es habitual utilizar

términos como pueblos originarios, naciones nativas o aborígenes. Es importante señalar, que la palabra aborígen proviene del latín *ab origine* que significa desde el comienzo o desde el principio.

En sentido estricto y más habitualmente, se aplica la denominación *indígenas* a las etnias que preservan las culturas tradicionales no europeas. Es decir, según este concepto, se denomina *indígenas* a los grupos humanos que presentan características tales como:

- Pertenecer a tradiciones organizativas anteriores a la aparición del Estado moderno,
- Pertenecer a culturas que sobrevivieron la expansión planetaria de la civilización europea.

Los indígenas frecuentemente constituyen una minoría, dentro de estados nacionales de corte europeo, organizados según pautas culturales, religiosas, políticas, económicas, raciales, etc., propias de un entorno mayoritariamente europeizado. En un sentido más restringido y común del término, *lo indígena* implica un remanente pre-europeo, que a su vez implica una antítesis de la cultura europea.

Siguiendo este uso, frecuentemente se habla de pueblos indígenas en distintas partes del mundo. Por ejemplo, suele considerarse que los maoríes son un pueblo indígena de Nueva Zelanda. También puede hablarse de aborígenes como los Masai y Zulúes en África, lapones en Europa, y en otros lugares.

Sin embargo, las poblaciones nativas de Australia, aun siendo también indígenas, se conocen bajo la denominación distintiva de aborígenes.

Hay pueblos que no vieron alterados su identidad cultural, a pesar de la presión exógena que se dio con Occidente, y a estos no se los conoce como “indígenas” o “aborígenes”, como es el caso de los judíos, egipcios o persas.

En un sentido aún más limitado, se usa el término *indígena* a los aborígenes americanos, también llamados *amerindios* o “*indios*”.

En un contexto muy amplio pueblos indígenas se han organizado en movimientos y asociaciones con el objetivo de defender y promover sus derechos, a cuyo favor han acudido Organismos Internacionales para legislar en protección de estos derechos, relacionados con la propiedad y posesión sobre las tierras ancestrales en que habitan, sus tradiciones e identidad cultural.

II.C.2. Concepto de Pueblos o Comunidades Indígenas

Los indígenas constituyen el 5% de la población mundial (Departamento de Opinión Pública de las Naciones Unidas). Muchos mantienen sus costumbres y tradiciones ancestrales. Existen una gran cantidad de pueblos indígenas que aún son nómadas, y aquellos que viven en sociedades tribales. Dada la influencia de occidente, muchos han adoptado también costumbres del sistema en el que se encuentran inmersos, aunque mantengan ciertas tradiciones, como el idioma, vestimenta, rituales, etc. Aun así, la convergencia de estos dos estilos de vida, ha sido siempre bastante difícil.

Son más de cinco mil pueblos, también conocidos como comunidades indígenas, con una manera particular de ver el mundo y sobretodo el territorio en el que habitan, cada comunidad o pueblo tiene sus diferentes singularidades en cuanto a tradiciones, costumbres, lengua, etc. Aunque vivieron años de represión, tema que más adelante veremos detalladamente en este mismo capítulo, en la actualidad se sienten orgullosos de su cultura, y por esta misma represión que sufrieron, se ven así mismo más comprometidos por reivindicar su identidad.

II.C.2.a. Pueblos indígenas de América Latina

De gran diversidad, se les agrupanen *familias* de pueblos, que comparten una ubicación geográfica, tradiciones y muchas veces, lengua e historia comunes. Así ocurre con los pueblos Andinos, Mayas y Caribes.

Históricamente, los pueblos indígenas de América han sido objeto de discriminación y racismo, tales como son la discriminación en lengua, en condiciones laborales y salariales, discriminación sexual, todas estas situaciones se han visto reflejadas en represiones a sus Derechos Humanos, desencadenando matanzas, la imposición de trabajo servil y otras muchas formas de injusticia, pero sobretodo, se ha prolongado la permanencia de las condiciones de pobreza.

Hoy en día se ha retomado el problema indígena. Este es el caso de nuestro país. A nivel continental, numerosos movimientos y organizaciones indígenas se han movilizado para alcanzar el reconocimiento de sus culturas, por ejemplo la educación intercultural y el derecho a la tierra.

En el caso de México, lo precedente se ve reflejado en el movimiento zapatista y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. En las Constituciones latinoamericanas también se reconoce a los Estados como “*pluriculturales*”, cuando no, plurinacionales, al reconocerse la existencia de las naciones indígenas que, como minoría étnica-racial, cohabitan con otra u otras naciones, en el territorio de dicho Estado.

La definición de la lengua indígena, como dialecto, es un error, en el que se considera como discriminación, considerar lenguas como el náhuatl o el otomí, por dar sólo dos de los miles de ejemplos que existen, como formas de comunicación menos complejas y menos desarrolladas que el español o el inglés o el francés. La lengua indígena es tan compleja y tan rica como cualquier otra lengua del mundo, si se la considera dialecto, según el significado del mismo, consistiría en una variante regional (local) de una misma lengua estándar. El

quechua, por ejemplo, no es variante del idioma español. Además, dentro de una lengua indígena existen muchas variantes dialectales, como lengua estándar; tal es el caso del náhuatl: existe el náhuatl mexicano, el náhuatl guatemalteco y, dentro del propio México, existen el náhuatl del Estado de México (mexiquense) y el que se habla en el estado de Hidalgo, el que se habla en el Puebla, etc.

II.C.3. Movimientos Indígenas

En diversas partes del mundo, especialmente en América, los indígenas han creado organizaciones, dentro de las cuales han llevado adelante acciones con el fin de defender y promover los derechos de sus pueblos.

Entre las organizaciones internacionales indígenas más importantes, puede mencionarse el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. Las sucesivas Cumbres de Pueblos Indígenas de América, los congresos indígenas, etc.

Muchos países contienen en sus constituciones el reconocimiento a los derechos específicos de los indígenas, usualmente relacionados con el derecho a la autonomía, la propiedad de la tierra y la reforma agraria, la discriminación y la protección de las culturas e idiomas, así como el derecho a ser consultados cuando se proyecte ejercer actividades extractivas dentro de sus territorios ancestrales. En el caso de Ecuador se le da incluso jurisdicción propia para la aplicación de justicia dentro de sus comunidades. También resulta habitual encontrar leyes especiales para garantizar sus derechos. Países como Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, Dinamarca, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, Venezuela, entre otros, tienen organizaciones políticas que buscan alcanzar y garantizar autonomía para sus comunidades.

II.C.4. Antecedentes y desarrollo de las Comunidades Indígenas en el Ecuador

Luego de clarificar las diferencias entre los conceptos que se vinculan al término indígena, y de señalar cuál es el concepto del mismo término en sí, es pertinente hacer una observación de la situación de los indígenas a lo largo de la historia.

Empezaremos así con la situación pre colonial, pasando por los abusos iniciados en la época de la colonia, para finalmente analizar las circunstancias en las que se encuentran hoy en día.

II.C.4.a. Situación Pre colonial

Nuestro continente ha sido habitado por distintos pueblos desde hace miles de años, con diversas formas de organización económica, social, política, religiosa, cultural, etc. Estos pueblos, durante un proceso histórico, fueron integrándose hasta formar complejos sistemas sociopolíticos. Tal es el caso de los mayas, aztecas e incas.

En el territorio que corresponde al actual Ecuador, se encontraban asentadas múltiples sociedades que poseían diferentes grados de complejidad socioeconómica, y política (CONAIE 4).

Un aspecto interesante de los diferentes pueblos que habitaban el Ecuador, era su capacidad de integración entre dichos pueblos. En el libro “Las nacionalidades indígenas en el Ecuador” publicado por la CONAIE, los integrantes de esta institución declaran:

No éramos pueblos aislados, estábamos relacionados por medio del intercambio comercial, cultural, de parentesco, etc. Manteníamos contacto entre los de la Sierra, Costa y Amazonía y en muchos casos con otros tan lejanos como los de México, al norte y Chile al sur. A pesar de las diferencias organizativas, lingüísticas y culturales de nuestros pueblos, todos estábamos organizados en base a la familia. Aunque había una diferenciación social, no existían clases sociales y las relaciones de reciprocidad eran las predominantes(7).

El proceso de incorporación de las diferentes sociedades indígenas, se dio producto de la expansión del Imperio Inca al norte andino, hecho que se fue dando en diferentes etapas. Esto duró aproximadamente un siglo y cesó su continuación con la colonización española. Debido al mayor tiempo de permanencia, los pueblos del centro y sur andinos estaban más consolidados que los del norte. En la Costa, la presencia de los incas fue esporádica, y se dio a través de expediciones militares y comerciales, y en la región Amazónica, nula (CONAIE 5).

El modelo organizativo socio-económico, político y cultural que el Imperio Inca entonces quiso imponer, no era totalmente ajeno al que tenían algunos pueblos indígenas, sobretodo en la sierra, en la medida de que todos tenían sistemas desarrollados a partir de la realidad agraria andina. Al interior de los ayllus había la obligación de pagar un tributo en trabajo, redistribuido en ocasiones festivas de manera parcial.

En el aspecto religioso, se tenían como divinidades al Sol, la Luna, la Tierra y otros elementos de la naturaleza.

La gran productividad alcanzada por el Imperio Inca se debió al conocimiento del medio, a las técnicas desarrolladas y a la capacidad de organizar la fuerza de trabajo para la producción. Al interior de un Estado redistributivo se mantuvieron las prácticas tradicionales de trabajo, basadas en relaciones de reciprocidad o ayuda mutua. El Estado Inca concentró recursos naturales y el excedente del producto social, por medio de un tributo que era entregado por los indígenas y reinvertido en la población (CONAIE 5).

Así, todas las comunidades del incario tenían acceso al uso de la tierra y demás recursos; se tenía provisiones para los afectados por crisis por sequías, inundaciones, terremotos, etc.; se protegía a viudas, huérfanos y ancianos.

II.C.4.b. Situación Colonial en el Ecuador

El proceso de colonización, como es sabido, se inició en 1492. La invasión, y el posterior colonialismo español, paralizaron el desarrollo histórico de los pueblos indígenas,

para implantar su propio sistema, en un régimen de explotación que incluso diezmó a los pueblos indígenas, que desestructuró la organización de estos últimos. El sistema colonial estuvo basado en las instituciones de la encomienda, la mita, el obraje y las reducciones. Así se llevaron la riqueza americana; para la explotación se utilizó la mano de obra indígena, donde no sólo se los sometía a extensas jornadas de trabajo, sino que estaban obligados a pagar tributos (CONAIE 7). Legitimaban la opresión y explotación a la que estaban sujetos los indígenas a través de una opresiva legislación.

En la Real Audiencia de Quito, se cobraba un tributo a través de las encomiendas, el trabajo en las diferentes mitas, especialmente minas y obrajes. Esto, además de las enfermedades, causó disminución demográfica en la población indígena. En los obrajes, que eran importantes centros manufactureros de producción textil, la disposición legal los obligaba a trabajar por un año, aunque este período nunca se respetaba y la situación laboral, se la describe de la siguiente manera:

Para formar perfecto juicio de lo que son los obrajes es preciso considerarlos como una galera que nunca cesa de navegar y continuamente rema en calma alejándose tanto del puerto que nunca consigue llegar a él, aunque su gente trabaja sin cesar con el fin de tener algún descanso. El gobierno de estos obrajes, el trabajo que hacen en ellos los indios, a quienes toca esta suerte verdaderamente desgraciada y el castigo que experimentan aquellos infelices, excede de todo cuanto nos es posible referir. (Guillén 215)

La mita, usada anteriormente por el Imperio Inca como una forma de trabajo comunal para beneficio colectivo, con los españoles se convirtió "en trabajo obligatorio temporal en principio, más sin límite en la realidad, separaba de su ayllu, de su familia, al indígena para llevarlo al infierno de las minas" (Guillén 220).

La suerte de los indígenas en las mitas de minas es reconocida por un sacerdote que fue testigo y que en una de sus cartas al Rey dice:

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

Al tiempo de las mitas es lástima ver traer a los indios de cincuenta en cincuenta, y de ciento en ciento, ensartados como malhechores, en ramales, y argolleras de hierro: y las mujeres, los hijuelos, y parientes, se despiden de los templos dejan tapiadas sus casas, y los van siguiendo, dando alaridos al cielo, desgreñados los cabellos, cantando en su lengua endechas tristes y lamentaciones lúgubres despidiendo de ellos, sin esperanza de volverlos a cobrar, porque allí se quedan y mueren en los socavones y laberintos (Guillén 219-220)”.

Esta situación en la que sólo se esperaba de los indígenas trabajo y tributo, en condiciones inhumanas y tratos discriminatorios, fue la causa de resistencia y en algunos casos de su resignación. Según cita la CONAIE, extraído tal como consta en el texto de “Las Casas en Chamix”:

...en lugar de trabajar razonablemente los autóctonos se permitían no solo huir dejando sin pan a los españoles, sino además llegar hasta el suicidio cuando eran apresados de nuevo.

Para escapar a una existencia que juzgaban insoportable... se informa del caso de familias cuyos miembros se ahorcaban todos juntos, o de pueblos que invitaban a otros a que solidarizaran con ellos en la muerte.

La reacción violenta vino en forma de levantamientos armados, según historiadores como Albornoz Moreno y Costales, mediante los cuales se protestaba por el despojo de tierras indígenas, de los excesivos tributos, el abuso, etc. No se daban a un nivel más general, porque surgían aisladamente en localidades focalizadas. La respuesta a tales reacciones se las relató de la siguiente manera:

Vieron a tantos indios ajusticiados, tantos cuerpos descuartizados en las horcas y árboles, tantos desorejados, muchos desnarigados, desgarrados otros, cortadas las manos y los pies a cual y cual, llagados y deshollados con los azotes que los que mejor libraban; que todo eso no paraba aún, sino que seguía con todo furor, crueldades que nadie creería sino contase. (CONAIE 9)

Esta situación duró hasta el final de la colonia, debido a que era ese el único sistema que conocían para mantener reprimido al pueblo indígena; ignorando los derechos que habían adquirido los indígenas por el sólo hecho de ser los habitantes originarios.

II.C.4.c. Independencia y situación actual en el Ecuador

Si bien es cierto que los ejércitos independentistas estuvieron formados en su gran mayoría por los sectores populares (incluyendo indígenas y negros), la independencia de España y la creación de la República del Ecuador no significó un gran cambio en las condiciones de vida de estos grupos, ya que para ellos implicó el traspaso de las manos de los españoles a las de los criollos.

En los años siguientes a la independencia, los terratenientes y militares continuaron apoderándose de tierras indígenas, forzándolos a trabajar en pésimas condiciones. Estos hechos dieron lugar a un sinnúmero de levantamientos producto de la rebeldía indígena. Estas sublevaciones fueron reprimidas. La economía ecuatoriana creció gracias a la apertura del comercio y de las exportaciones, sobretodo de productos primarios como el cacao. En la sierra el modelo impuesto por los terratenientes fue el que predominó y con ello la sobreexplotación indígena, las mismas que implicaban largas jornadas de trabajo, bajos salarios, en caso de haberlos; deudas que se heredaban de generación en generación, servicio en las tareas más duras que acarreaban desgracias como enfermedades, prisión, hambre, abuso de mujeres, etc.

La costa, región ampliamente beneficiada por el comercio, generó a que se empezaran a disputarla mano de obra indígena con los terratenientes serranos, debido a que la gran mayoría de la propiedad empezó a consolidarse como resultado de la expansión económica. Para fines del siglo XIX, en esta región se dio un considerable aumento demográfico, producto, en gran medida, de la corriente migratoria de población indígena que huía de las condiciones de explotación que vivían en la sierra.

El gobierno de García Moreno permite el reingreso de los Jesuitas al Ecuador, sobretodo en la Amazonía, para que tome control de la administración eclesiástica y civil, tal como había sucedido antes de su destierro por parte del Presidente Urbina.

En 1888 se firmó un acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno ecuatoriano, en el cual se crean cuatro Vicariatos en la Amazonía: Canelos y Macas a cargo de los dominicos; Napo, de los jesuitas; Zamora, de los franciscanos; y Méndez y Gualaquiza, de los salesianos. De esta manera, los misioneros constituyeron una especie de fronteras vivas que significaban aval de la presencia de la sociedad nacional en la Región Amazónica, que en ese contexto histórico, se encontraba insegura por la constante amenaza peruana. Aunque estaba poblada

hace cientos de años por la población indígena, el Estado no los consideraba verdadera presencia. Es así que a la región amazónica se la consideraba como "*tierra de nadie*".

Los misioneros fueron los encargados de llevar adelante la tarea evangelizadora y "*civilizadora*" que permitió la preparación de la mano de obra indígena y la construcción de cierta infraestructura para la posterior colonización. Esto expuso de manera permanente a los pueblos indígenas a un sinnúmero de problemas derivados de la expansión de la sociedad nacional, de la incorporación como fuerza de trabajo y del desconocimiento y desprecio a la cultura indígena. La sobreexplotación generó nuevamente un sinnúmero de sublevaciones.

A partir de 1895, con la Revolución Liberal el país se involucró, con el modelo agroexportador, aún más dentro del contexto económico mundial. La Ley de Patronato (1899), la Ley de Cultos (1904), la Ley para suprimir la prisión por deudas (1918), la construcción del ferrocarril, la laicización de la educación, etc., estuvieron encaminadas a favorecer el desarrollo de nuestra economía. La Iglesia perdió gran parte de su control en la administración, tanto en la asistencia pública, como también por el planteamiento de educación laica. Consecuentemente, el trabajo indígena se liberó del oprobioso concertaje, emigrando estos a la región Costa, atraídos por los salarios que se les ofrecía en las plantaciones. Otros permanecieron ligados a la hacienda, bajo una nueva forma de explotación llamada el huasipungo. Este consistía en el usufructo de un pedazo de tierra que le asignaba el hacendado al indígena a cambio del cual, él y su familia estaban obligados a trabajar en la hacienda 4,5 y hasta 7 días a la semana. Junto con el huasipungo coexistieron otras formas de explotación como son la yanapa, el sitioaje, el cuentayazgo, etc.

En la Amazonía se fue consolidando la expansión de la población ecuatoriana debido a la acción misionera, la explotación de productos como el caucho, de la creciente presencia de militares, etc. Los indígenas, por lo tanto, se veían afectados cuando se les empieza a quitar

sus territorios ancestrales, retirándose en la selva, y en caso de quedarse, sometidos por los colonos. Se produjeron más sublevaciones (CONAIE 45).

A comienzos del siglo XX, se empezaron a conformar organizaciones urbanas a partir de los gremios artesanales que existían desde la época de la Colonia; Alfaro apoyó estas organizaciones que impulsaban la corriente liberal. Estas, influenciadas por las ideas socialistas y la Revolución Rusa, fueron abriendo paso a la voz de la mano obrera, y en general a las clases sociales menos privilegiadas. Al final de la primera década, se sucedieron huelgas y surgieron organizaciones con capacidad de convocatoria como la Confederación de Obreros del Guayas (C.O.G.) luego la Federación de Trabajadores Regional Ecuatoriana (F.E.T.R.E), que habría de liderar una de las más importantes gestas del movimiento popular en 1922, que finalizó con una sangrienta represión. Neptalí Ulcuango dirigente indígena de Cayambe, indica, según se recoge en el texto "Las Nacionalidades Indígenas del Ecuador" de la CONAIE:

"los muchos abusos, maltratos y crueldades que cometían los patrones, empleados y gamonales, es lo que causó la reacción y la rebeldía de nosotros, los indígenas, hombres y mujeres. Ya sea en las faenas, ya en las tareas, ya en los trabajos por día, ya sea en los arados, ya en las cosechas... o en cualquier otro trabajo, se daban ya los enfrentamientos de hombre a hombre entre trabajadores y empleados. En las aradas, el indígena se enfrentaba con el empleado utilizando la hoz y el gavillero. Las mujeres se reunían todas, le cogían al empleado cruel, le bajaban del caballo, le desvestían y le llevaban a bañarle a una acequia de agua con ortiga y luego le botaban... así la gente se fue uniando, se armó de coraje, decidiendo no salir a la cosecha, a otro trabajo... y por más que los empleados salían a gritar por la mañana la gente no salía".

En 1937 se expidió la Ley de Comunas que alteró la estructura tradicional de la comunidad y puso un marco legal dentro de los cánones del Estado, que contrarrestó los esfuerzos indígenas y campesinos.

En agosto de 1944, se constituyó la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI) y la Confederación Ecuatoriana de Obreros (CTE).

Aunque algunos indígenas ocuparon puestos directivos, siempre estuvieron bajo el control de agentes externos (Partido Socialista, comunista, CTE). Desde 1938, en que se funda la Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos (CEDOC), más tarde Confederación de Organizaciones Clasistas, la Iglesia influye a través de esta organización en el movimiento popular con el afán de contrarrestar la creciente influencia de la izquierda, y a partir de mediados de los 60, amplía el ámbito de su acción al sector campesino indígena por medio de la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas (FENOC).

A partir de la década de los 50 y 60 la lucha por la tierra se enmarca dentro de la Ley de Reforma Agraria. Sin embargo, la reivindicación indígena que va más allá de lo económico empieza a surgir con características propias y a buscar, en la formación de organizaciones indígenas, el mecanismo de su lucha. Estas organizaciones tendrían que enfrentar más adelante numerosos problemas, entre otros, la acción misma del Estado a través de las Leyes que va creando: Segunda Ley de Reforma Agraria en 1973; la Ley de Fomento Agropecuario (1979), y un sinnúmero de reglamentos sobre la tenencia de tierra, productividad, control de comunicaciones y organizaciones, etc. Estas leyes, junto con una serie de instituciones que son creadas para aplicar la política del Estado como son: el IERAC, el INCRAE, PREDESUR, CREA, Banco Nacional de Fomento, Ministerio de Agricultura, FODERUMA, etc., dan origen al desarrollo de programas inconsultos que no toman en cuenta la verdadera problemática agraria del país, peor la indígena. Además, empiezan a aparecer numerosas agencias de desarrollo privadas, nacionales e internacionales, cada una de las cuales imponen

diversos programas dirigidos a comunidades indígenas y campesinas convirtiéndolos en objetos y no sujetos de la historia (CONAIE 14).

En esta dinámica, los indígenas han buscado su espacio, si surgen las organizaciones locales se consolidan las organizaciones regionales; las mismas que han dado origen a la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONADE), constituida en noviembre de 1986.

II.C.5. Principales Instrumentos Internacionales en Materias de Derechos de Comunidades o Pueblos Indígenas

Los siguientes documentos que enumeraremos, son los que en la actualidad actúan como instrumentos para consagrar y proteger los derechos que asisten a las Comunidades o Pueblos indígenas.

II.C.5.a. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Tribales

Desde 1985, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas comenzó a preparar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ocho años después, en julio de 1993, el Grupo de Trabajo acordó un texto definitivo de proyecto de declaración y lo presentó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la misma que lo aprobó en 1994 y posteriormente lo presentó a la Comisión de Derechos Humanos para que ésta lo examinara.

El proyecto de declaración consiste en un preámbulo de 19 párrafos y en 45 artículos que abordan los temas siguientes:

- i. Los derechos y las libertades de los pueblos indígenas, incluidos el mantenimiento y el desarrollo de características e identidades étnicas y culturales
- ii. La protección contra el genocidio y el etnocidio

- iii. Los derechos relativos a las religiones, los idiomas y las instituciones educativas
- iv. La propiedad, posesión y uso de las tierras y recursos naturales indígenas
- v. La protección de la propiedad cultural e intelectual
- vi. El mantenimiento de estructuras económicas y modos de vida tradicionales
- vii. La protección del medio ambiente
- viii. La participación en la vida política, económica y social de los Estados interesados, especialmente si se trata de cuestiones que pudieran afectar a los pueblos indígenas
- ix. La libre determinación, el autogobierno o la autonomía de los pueblos indígenas en cuestiones relacionadas con sus propios asuntos internos y locales
- x. Los contactos y cooperación tradicionales a través de las fronteras estatales
- xi. La observación de los tratados y otros acuerdos concertados con los pueblos indígenas.

También se prevén procedimientos justos y mutuamente aceptables para resolver las controversias entre los pueblos indígenas y los Estados y se especifica que los derechos que enumera constituyen las normas mínimas para la supervivencia y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

La Comisión de Derechos Humanos, estableció por medio de su Resolución 1995/32 (3 de marzo de 1995), un Grupo de Trabajo abierto que se reuniría entre períodos de sesiones para examinar el texto presentado por la Subcomisión y elaborar un proyecto de declaración para que fuera examinado y aprobado por la Asamblea General en el marco del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004). La Asamblea General ha afirmado que la aprobación de esa declaración es uno de los principales objetivos del Decenio (Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos).

El Grupo de Trabajo sobre el proyecto de declaración ha celebrado dos períodos de sesiones en Ginebra. En el primero (noviembre-diciembre de 1995), el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de declaración aprobado por la Subcomisión y celebró un debate general sobre el texto, de forma muy detallada, a fin de determinar dónde se había logrado un consenso general y qué artículos requerirían una deliberación más a fondo.

En el segundo período de sesiones (octubre-noviembre de 1996), se consolidaron los artículos que se ocupaban de temas análogos o que guardaban relación entre sí, con objeto de facilitar el debate y de recabar propuestas.

La Declaración fue aprobada en septiembre del 2007.

II.C.5.b. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (OIT 169)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ha sido un proceso realizado desde 1986. La OIT es un organismo que está integrado por los gobiernos, organizaciones de empresarios y de trabajadores, es la más antigua del sistema de las Naciones Unidas, e hizo un esfuerzo para que participen representantes de organizaciones indígenas durante las discusiones del Convenio.

El Convenio 169 no es una Declaración de los máximos derechos indígenas, sino una norma que se considera esencial y mínima, a la cual han llegado los países mediante un consenso a nivel internacional. Incorpora muchas demandas y reclamos indígenas y los convierte en derechos internacionales reconocidos. Sus conceptos básicos son el respeto y la participación (Dandler).

Citaremos algunos de los artículos más relevantes para el presente Trabajo:

Artículo 1. Derecho como Pueblos indígenas.- El derecho a ser reconocidos como pueblos dentro de un Estado, con identidad propia y con derechos que se derivan de su presencia histórica y contemporánea.

El Convenio dispone que la conciencia de su identidad indígena deberá ser considerada como criterio fundamental. Es decir, ningún Estado o grupo social tiene el derecho de negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena y sus miembros.

Artículo 2.- Responsabilidad de los gobiernos.- Los gobiernos deberán asumir, con la participación de los pueblos indígenas, la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos Pueblos y garantizar el respeto a su integridad.

Los artículos 3, 4 y 5 desarrollan los principios enmarcados en el artículo 2, para que los pueblos gocen en pie de igualdad de los mismos derechos que otros ciudadanos y para que se proteja su existencia.

En los Artículos 6 y 7 del texto, se establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en las decisiones sobre actividades que afectan o puedan afectar su desarrollo. Los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que se tomen medidas legislativas o programas que les afecte directamente y deben establecer las formas y medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar libremente en las decisiones.

Los pueblos indígenas deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, en la medida en que este desarrollo afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras o territorios que ocupan y utilizan, así como de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo social, económico y cultural. De igual manera, deben participar efectivamente en la formulación ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que los afecte directamente (Dandler).

Artículo 13. La relación especial con la tierra y el territorio.- El reconocimiento a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios para su existencia social, espiritual, y política, especialmente tomando en cuenta que los indígenas tienen una relación colectiva con la tierra y con sus territorios.

El territorio es entendido como su hábitat, además de lo que sobre dicho territorio se encuentra, tomando en cuenta que los indígenas tienen especial interés en la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, por ser esta una condición básica para su vida.

Artículo 14. Derecho a la propiedad y posición de la tierra.- El derecho de propiedad y posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas.

Los gobiernos deberán agilizar los trámites para determinar y deslindar las tierras para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión por parte de los indígenas. El Ecuador ya ha venido realizando los actos administrativos y legales necesarios para efectivizar este derecho.

En el artículo 15 se establece el derecho al acceso, uso y administración de los recursos naturales en sus territorios. Cuando los recursos naturales (incluyendo el subsuelo) son propiedad del Estado, se “deberán establecer o mantener procedimientos para consultar a los pueblos indígenas para determinar si serían perjudicados, antes de emprender o autorizar la prospección o explotación de los recursos en sus tierras y territorios.” Los pueblos indígenas deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que traigan tales actividades, y recibir una indemnización por cualquier daño.

El artículo 16 aborda los traslados o reubicación, señalando que, “los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras y territorios que ocupan.” Esto sólo pudiese suceder en situaciones excepcionales y deben realizarse sólo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa.

Finalmente, el artículo 18 identifica las sanciones contra personas que se apropian de tierras indígenas. Se estipula que, “se deberá prohibir todo despojo de las tierras de los pueblos indígenas o todo uso no autorizado de ellas por personas ajenas. Los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.”

II.C.5.c. Declaración Sobre Los Derechos De Las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas.

En 1992 esta Declaración fue proclamada, y tiene por objeto el desarrollo y el estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas que integren una minoría nacional, étnica, religiosa o lingüística, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Consta de sólo nueve artículos, de los que citaremos a continuación, los de relevancia para el presente Trabajo:

Artículo 1. n.1: Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.

n.2. Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.

Artículo 2. n.1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

2. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública.

3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.

4. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones.

5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos.

Artículo 3.n.1. Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.

n.2. Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 4. n.1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.

n.2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

n.5. Los Estados deberán examinar medidas apropiadas de modo que las personas pertenecientes a minorías puedan participar plenamente en el progreso y el desarrollo económicos de su país.

Artículo 5. n.1. Las políticas y programas nacionales se planificarán y ejecutarán teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.

n.2. Los programas de cooperación y asistencia entre Estados deberán planificarse y ejecutarse teniendo debidamente en cuenta los intereses legítimos de las personas pertenecientes a minorías.

Artículo 8. N.1. Ninguna de las disposiciones de la presente Declaración impedirá el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con las personas pertenecientes a minorías. En particular, los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones y los compromisos contraídos en virtud de los tratados y acuerdos internacionales en que sean partes.

En conclusión, lo que busca la Declaración es establecer el compromiso de los Estados partes y los derechos que asisten a las comunidades indígenas y sus miembros. Su énfasis está en las medidas que se señalan para garantizar el cumplimiento de este compromiso y estos derechos.

II. D. Derechos Ambientales

El derecho ambiental, tal como lo revisamos, supone uno de los derechos humanos, que en la actualidad se tratan con mayor atención. La doctrina y la normativa, doméstica e internacional, le han dado especial enfoque, como veremos a continuación.

II.D.1. Conceptos

Para el tratadista Raúl Brañes, según la investigación elaborada por la Doctora Brenda Chávez, en su documento “Derecho al Medio Ambiente, Un Derecho Convergente”, el concepto de Derecho Ambiental es:

El conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos(Chávez 2)

La autora Carmen Morant, recoge en su libro “Sensibilización Medioambiental”, el concepto de Derecho Ambiental sostenido por el jurista español Javier Junceda, señalando que es, “conjunto de reglas y principios preservadores de la naturaleza y de sus elementos constitutivos básicos o esenciales para su complejo equilibrio: aire, espacios y especies protegidas, paisaje, flora y fauna, aguas, montes, suelos y subsuelos y recursos naturales” (26).

En todo caso, tomando estos conceptos, el derecho ambiental busca en primer lugar proteger la naturaleza y los organismos vivos y sistemas que la componen, y en segundo lugar busca la forma más efectiva de hacerlo que es controlar la actividad humana que puede afectar el medio en el que vivimos.

II.D.2. Antecedentes y Desarrollo del Derecho Ambiental

Desertización, recalentamiento terrestre, desaparición de especies, disipación de flora, agotamiento de recursos, contaminación atmosférica, mareas negras, agujero de ozono, vertido incontrolado de productos químicos, lluvia ácida, alteración de los ecosistemas, depauperación de energías no renovables, erosión del suelo, deforestación, son algunos de los múltiples términos que la humanidad no ha tenido otro remedio que incluir en su dialéctica cotidiana(Rubio 99-162).

El concepto y respeto que nuestros ancestros, e incluso algunas poblaciones indígenas de hoy le han dado a la naturaleza, convirtiendo dicho concepto en dogma de fe, fue trastocado por una falsa valoración del concepto de *desarrollo*.

Sin embargo, las evidentes alteraciones que ha sufrido el medio ambiente, generaron una paulatina concientización por parte de los actores internacionales, y un cambio de discurso respecto del desarrollo. Aquel discurso que en primera instancia se basó en motivaciones económicas, se vio reemplazado por razonamientos ecológicos e ideales de justicia. La comunidad internacional empezó a reconocer que los fenómenos ambientales traspasan fronteras y que la colaboración para controlarlos debe ser interestatal.

Pero antes de que esto ocurriese existió como ya lo indicamos, una era de depredación y falta de consciencia que alcanzó su punto máximo con la industrialización. Una vez que se hizo evidente que la explotación desenfrenada del medio ambiente hacía peligrar determinados sectores económicos, surgió una primera etapa de lo que algunos autores han denominado la *Prehistoria del Derecho internacional del medio ambiente*, que abarca desde finales del siglo XIX hasta la primera Guerra Mundial(Lozano 47). Se firmaron tratados multilaterales de objetivos medioambientales específicos como el Convenio de París, sobre la protección de las aves útiles para la agricultura, los Convenios de Washington, de 7 de febrero y 7 de julio de 1911, sobre la protección de las focas para peletería, y diversos tratados bilaterales sobre las aguas fronterizas dirigidas a combatir su contaminación, que tomaron como modelo el Convenio sobre la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos, del 11 de enero de 1909, entre Estados Unidos y Canadá (Rubio 99-162).

El siguiente período, situado entre las dos Guerras Mundiales se caracterizó por la introducción de nuevos enfoques a la protección del medio ambiente, que derivaron en la adopción de dos Convenios: La Convención de Londres de noviembre del 1933, relativa a la preservación de la fauna y la flora en su estado natural, aplicable exclusivamente al África colonial, y la Convención de Washington, de 12 de octubre de 1940, sobre la Protección de la Naturaleza y Preservación de la vida salvaje en el Hemisferio Occidental, destinada a conservar el rentable mundo de la caza y recolección salvajes, se crearon reservas y parques

nacionales y protegiendo determinadas especies de animales y plantas, existentes en las zonas de protección fijadas por su texto (Rubio 99-162).

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, se produjeron ciertos avances en la materia, aunque seguía existiendo cierta preocupación por la devastación del medio ambiente, la razón principal no era cuidar el planeta, sino conservar los espacios de cada Nación, de las consecuencias que se estaban viviendo en aquellos momentos por conductas poco amigables con el medio ambiente. Entre estas conductas se puede nombrar, la explotación de hidrocarburos y vertido del mismo de manera descontrolada en áreas naturales; el uso de bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, por parte de Estados Unidos; el uso descontrolado de materiales derivados del petróleo, como son los plásticos, cuya descomposición, luego se conoció, tardaría millones de años, etc.

Con estos antecedentes, se le empezó a dar espacio a instrumentos internacionales sobre protección de aguas, espacios marinos y factores contaminantes que traspasaban jurisdicciones nacionales. Como sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Canal de Corfú, entre Reino Unido y Albania (1949), y al arbitraje entre España y Francia por el Lago Lanoux (1957), ambos casos, concluyeron en la obligación de no causar daños a terceros Estados en el ejercicio de derechos y competencias. Al respecto la Carta Constitutiva de la OEA establece, en su artículo 15 que, “el derecho que tiene el Estado a proteger y desarrollar su existencia no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado.”

La nueva concepción en Derecho Internacional del medio ambiente, nace de una mezcla entre la obligación de responder al clamor generalizado por parte de la Comunidad internacional de la protección del medio ambiente y la liberación que suministraba poder empezar a desprenderse del apetito desmedido por explotar los recursos naturales en aras del crecimiento industrial. En el Consejo de Europa nacen los primeros instrumentos internacionales ambientales de carácter general elaborados por una organización internacional

de 1968, en efecto, adopta la Declaración del Control de la Contaminación Aérea; el 6 de marzo la Carta Europea del Agua; el Acuerdo Europeo sobre la Restricción del Uso de Determinados Detergentes en el Lavado y Limpieza de Productos; la Convención para la Protección de los Animales durante su Transporte Internacional.

Adicionalmente, con el hundimiento del buque petrolero *Torrey Canyon*, los países que quedaron expuestos a las consecuencias demoledoras del hecho, dieron carta de naturaleza el 9 de julio de 1969 al Convenio de Bonn, para la lucha contra la contaminación de las aguas del mar en caso de accidente por hidrocarburos, y en el seno de la Organización Marítima Internacional (OMI) se adoptaron diferentes tratados internacionales sobre dicha contaminación como el Convenio de Bruselas, del 29 de noviembre del mismo año, para más adelante avanzar en la protección ambiental con otros instrumentos sobre conservación de determinadas zonas terrestres y especies animales, como el Convenio de Ramsar, del 2 de febrero de 1971. Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) creó, el 22 de julio de 1970, un Comité sobre Medio Ambiente con la función de ayudar a sus Estados miembros a definir las políticas ambientales, reconciliar estas con el desarrollo económico y social, y suministrarles la información necesaria para ello.

Por último, en 1972 aparece el primer informe del Club de Roma, que expone las grandes líneas de la nueva filosofía con la que se abarcaría el tratamiento de la problemática ambiental en las épocas sucesivas: la interacción del medio ambiente con la población, la alimentación, el crecimiento de los capitales, los modos de comportamiento del sistema mundial y el Estado de bienestar. Si la tecnología y la asunción de nuevas actitudes no conseguían corregir las derivaciones funestas de esta interacción, el año 2100 sería la fecha límite del final del crecimiento en todas sus dimensiones y, en definitiva, el declive general (Rubio 99-162).

II.D.3. Principales Tratados en Materia de Derecho Ambiental Ratificados por el Ecuador

Ecuador, como sujeto jurídico en el ordenamiento legal internacional, ha ratificado varios instrumentos internacionales en materia de derecho ambiental. Estos forman hoy, piezas del engranaje jurídico nacional.

II.D.3.a. Declaración de Estocolmo 1972

La Declaración de Estocolmo, o también llamada la Declaración sobre el Medio Humano de 1972, fue considerada un hecho sin precedentes en cuanto al interés y preocupación ambiental. Se reunieron alrededor de seis mil personas, entre delegaciones de ciento trece Estados, incluido Ecuador. Representantes del Secretario General, de las Agencias especializadas de Naciones Unidas, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, personalidades invitadas y periodistas.

La Declaración de Estocolmo, con su Preámbulo y sus 26 Principios, vino a señalar la relación existente entre medio ambiente y derechos humanos, las bases de la equidad intergeneracional y la trascendencia ambiental del crecimiento demográfico, la necesidad de cooperación internacional y nacional en estos temas, así como la particular situación de los países subdesarrollados, y toda una serie de consideraciones sobre el derecho de cada Estado a explotar sus propios recursos y su responsabilidad de no causar daños a terceros como consecuencia de dicha explotación. Por su parte, el Plan de Acción, con 109 recomendaciones, centró sus disposiciones alrededor de tres líneas: un programa global de evaluación ambiental, las actividades de gestión ambiental y las medidas de apoyo (Rubio).

II.D.3.b. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992

Esta Declaración es el resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente y el Desarrollo, que se dio en Río de Janeiro del 3 al 14 de Junio de 1992, en donde se reafirma la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de Junio de 1972.

Trascribimos ciertos principios que son parte de dicha Declaración y son relevantes para la presente tesis. A saber:

Principio 1.- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Principio 2.- Los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos, según sus políticas ambientales y de desarrollo.

Principio 3.- El desarrollo debe responder a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Principio 4.- La protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo.

Principio 8.- Para alcanzar el Desarrollo Sostenible, los Estados deberán reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas.

Principio 10.- El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la amplia participación ciudadana, asegurando el acceso a la información y a la adopción de decisiones. Los Estados deberán fomentar la sensibilización y la participación de la población...

Principio 13.- Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respectiva de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

Principio 14.- Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.

Principio 17.- Deberá de emprenderse la evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional.

Principio 19.- Los Estados deberán informar a aquellos a los que puedan afectar con sus actividades de forma temprana y de buena fe.

Principio 22.- Los Estados deberán asegurar la participación de las comunidades aborígenes en los procesos.

Este instrumento internacional, como se puede concluir de su texto, llevó el compromiso y solidaridad internacional en materia de derechos ambientales, a niveles más profundos.

II.D.3.c. Protocolo de Kyoto de 1997(UNFCCC)

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, entró en vigor en 1994, y ya en 1995 los gobiernos habían iniciado negociaciones sobre un protocolo. El texto del Protocolo de Kyoto se adoptó por unanimidad en 1997.

La principal característica del Protocolo es que tiene objetivos que constituyen una obligación para las principales economías mundiales, con respecto a las emisiones de gases de efecto invernadero. Los compromisos contraídos en virtud del Protocolo varían de un país a otro. El objetivo global del 5% (con los niveles de 1990 como referencia) para los países desarrollados. Estos deben conseguirse mediante las siguientes disminuciones de emisiones: 8% en la Unión Europea, Suiza y la mayor parte de los países de Europa central y oriental; 6% en el Canadá; 7% en los Estados Unidos (aunque los Estados Unidos han retirado su apoyo al Protocolo), y el 6% en Hungría, Japón y Polonia. Nueva Zelandia, Rusia y Ucrania deben estabilizar sus emisiones, mientras que Noruega puede aumentarlas hasta un 1%, Australia un 8% (posteriormente retiró su apoyo al Protocolo) e Islandia un 10%. La UE ha establecido su propio acuerdo interno para alcanzar su objetivo del 8% distribuyendo diferentes porcentajes entre sus Estados Miembros. Estos objetivos oscilan entre recortes del 28% en Luxemburgo y del 21% en Dinamarca y Alemania a un aumento del 25% en Grecia y del 27% en Portugal.

Para compensar las duras consecuencias de los *objetivos vinculantes*, el acuerdo ofrece flexibilidad en la manera en que los países pueden cumplir sus objetivos. Por ejemplo, pueden compensar parcialmente sus emisiones aumentando bosques, que eliminan el dióxido de carbono de la atmósfera. Ello puede conseguirse bien en el territorio nacional o en otros países. Pueden pagar también proyectos en el extranjero cuyo resultado sea una reducción de los gases de efecto invernadero. Se han establecido varios mecanismos con este fin (Navarro). Existen también mecanismos para un desarrollo limpio, a través del cual los países industrializados pueden cumplir en parte sus objetivos vinculantes de emisión mediante créditos obtenidos patrocinando proyectos que reducen las emisiones de gases de efecto invernadero en los países en desarrollo.

Hasta el 2009 el Protocolo ha sido ratificado por 187 Estados. Estos Estados ratificaron en el 2012 en la Conferencia de las Naciones Unidas, llevada a cabo en Qatar, participar en un segundo período, que empieza en el 2013 y culminaría en el 2020 (Oficina Catalana de Cambio Climático).

Una de las mayores preocupaciones es que los Estados Unidos y Australia han manifestado que no apoyarán ya el tratado. Especialmente considerando que Estados Unidos, con el 4% de la población mundial, consume el 25% de la energía fósil del planeta.

II.D.4. Legislación Ecuatoriana

La normativa ecuatoriana, cuenta con varios documentos destinados a la protección del medio ambiente, sin perjuicio de los diferentes Tratados internacionales que ha suscrito y ratificado y que forman parte de su ordenamiento jurídico, sobresalen:

- a. La Constitución de la República del Ecuador
- b. Ley de Gestión Ambiental
- c. Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente

II.D.4.a. La Constitución actual

Contempla los siguientes derechos en materia ambiental:

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

El artículo 57 que atañe también a los derechos indígenas, reconoce, entre otros derechos colectivos a las comunidades indígenas, en el numeral 7, “a la consulta libre, previa 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 afectar ambientalmente o culturalmente...”

Por otro lado, el artículo 409 de la Carta Magna establece que es de prioridad nacional “la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión.” Plantea además para las áreas que han sido menoscabadas por la degradación y desertificación, proyecto para regenerar aquellas zonas.

II.D.4.b. La Ley de Gestión Ambiental de 1999

Por su parte, esta Ley promulgada en 1999, es la norma más relevante en materia ambiental, dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador. Está relacionada directamente con la prevención, control y sanción a las actividades contaminantes a los recursos naturales y establece las directrices de política ambiental, así como determina las obligaciones y niveles de participaciones de actores tanto privados como públicos.

En el texto se establece un marco general para el desarrollo y aprobación de la normativa ambiental, basándose en el principio de desarrollo sustentable y otros, establecidos

en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, mismos que se reiteraron en la Constitución Política de la República de aquella época y la actual.

II.D.4.c. El Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente del 2003

Fue publicado en el año 2003 y reformado en el 2014 unifica la legislación secundaria ambiental para que la misma sea de fácil acceso para la ciudadanía. Es una herramienta legal que trata principalmente, los impactos ambientales, al régimen forestal y afines, etc.

Existen otras normas que regulan temas específicos como el Decreto Ejecutivo 1040, relacionado con los Mecanismos de Participación Social, que atañen al presente Trabajo y que mencionaremos más adelante.

Así mismo, revisaremos jurisprudencia internacional en el planteamiento en sí del tema de la Tesis, que servirá de base legal para la propuesta.

II. Objetivos

En la actualidad, luego de haber revisado la legislación y doctrina relacionadas con la problemática que tratamos en la presente Tesis, hemos podido constatar que se han desarrollado distintas herramientas jurídicas, tanto para la protección del medio ambiente, como para la protección de las comunidades indígenas. En ambos casos, la historia evidencia, como hemos visto, atropellos de diferentes índoles.

III.A. Objetivo General

El tema jurídico a tratar está relacionado tanto con la protección al medio ambiente como a las comunidades indígenas. Ambos aspectos convocan dentro de un concepto amplio sobre protección de los Derechos Humanos. El objetivo general propone la protección de los derechos que les asisten a todos los seres humanos a vivir en un medio ambiente equilibrado, y aquellos derechos específicos que son atribuibles a los indígenas, a través de las herramientas jurídicas que así lo permitan.

III.B. Objetivo Específico

El análisis que elaboramos en el presente Trabajo de Conclusión de carrera apunta a establecer los mecanismos específicos con los que contamos, tanto en nuestra legislación interna, como por aquellos instrumentos internacionales de los que nuestro país es Estado parte, que deben ser considerados para señalar de manera precisa los derechos que asisten a las comunidades indígenas y, como consecuencia directa de esta protección, al medio ambiente. Una vez identificados dichos derechos, la normativa debe aplicarse para hacerlos positivos.

Para tales efectos, debe revisarse diferentes aspectos de la legislación nacional e internacional. A modo general repasaremos los tipos de consulta. La consulta previa para actos administrativos que puedan afectar a las comunidades indígenas, si bien está

contemplada en nuestra Carta Magna, en el artículo 57 numeral 7, los mecanismos para la misma no están especificados en normas secundarias.

Así mismo, debe revisarse la Sentencia No. 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional, del 21 de abril del 2010, en la que dicho organismo resolvió una acción de inconstitucionalidad de forma y fondo contra la Ley de Minería, haciendo uso del control de constitucionalidad – el mismo que revisaremos más adelante – mediante el cual se estableció el procedimiento para la consulta previa, hasta que los legisladores regulen sobre dicha consulta.

Sin embargo, en dos sentencias de la Corte de Justicia Interamericana de Derechos Humanos – una de ellas involucra el Estado Ecuatoriano – se determinan mecanismos más severos y detallados respecto de la consulta previa, esta vez haciendo uso del Control de Convencionalidad. Las sentencias a las que me refiero, y las que revisaremos con mayor detenimiento en el planteamiento del presente Trabajo, son las de *Saramaka vs. Surinam* y *Sarayaku vs. Ecuador*.

Es así que revisaremos primero los diferentes tipos de consulta, recogiendo criterios de la Corte Constitucional del Ecuador, y luego analizaremos la obligación, no sólo de establecer mecanismos para una Consulta previa, libre e informada, sino de obtener el consentimiento de las comunidades indígenas, para la ejecución de dicho acto. También analizaremos jurídicamente la obligación de adopción de ambas sentencias al derecho interno ecuatoriano, de acuerdo con los Convenios firmados por el país y la misma Constitución.

Finalmente, analizaremos si las referidas sentencias son jurídicamente vinculantes de conformidad con el derecho interno ecuatoriano, según los instrumentos internacionales firmados por el país y la Constitución.

III. Justificación del objetivo

Tal como revisamos en los antecedentes, los derechos humanos, en especial aquellos que conciernen al presente documento, han sido trasgredidos en incontables ocasiones. Ha resultado de aquello, la imperiosa necesidad de un marco jurídico claro y efectivo para protegerlos. Son dos los sectores a los que afecta el planteamiento de esta Tesis. En primer orden, y de una forma más evidente, a las Comunidades Indígenas y tribales – tanto las ecuatorianas como cualquier otra comunidad que habite en nuestro Planeta.

La importancia de este tema para estas comunidades, no sólo evidenciarla necesidad de mantener sus costumbres y tradiciones ancestrales, sino en muchas ocasiones implica también mantener derechos fundamentales de primera generación como son derecho a la vida, a la salud, y a una vida digna.

Por otro lado, y de una manera que quizás parezca poco evidente, la relevancia del tema sugerido, es también dirigida a la comunidad internacional. Esto por dos aspectos.

Primero, el respeto que la comunidad internacional debe mantener hacia el Derecho Internacional Público. La inaplicación de normas no sólo constitucionales, sino a Instrumentos Internacionales, genera desorden en el Derecho Internacional, y esto, a su vez, inseguridad jurídica. Todos los Estados signatarios de Tratados Internacionales, como actores de derecho internacional, debemos respetar los compromisos que se han adquirido, de conformidad con lo prescrito en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que reconoce al principio del *Pacta Sunt Servanda*, como el deber que tienen los Estados de cumplir con sus Tratados, sin que un Estado parte que ha suscrito y ratificado un Tratado, pueda más tarde invocar sus disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento.

Segundo, el respeto al medio ambiente. Toda la comunidad internacional, se vería beneficiada por la restricción de actos que perjudican al medio ambiente. En los casos cuyas

sentencias que revisaremos a continuación y sobre las cuales basamos la propuesta, se cometieron violaciones a los derechos humanos que asisten a las Comunidades Indígenas, pero no son sólo ellos los que sentirán las afectaciones de dichas violaciones. Probablemente, a largo plazo, toda los habitantes(debido a que los daños al medio ambiente, como ya revisamos no conocen fronteras) sentirán los efectos de ríos contaminados, bosques talados, aire menos puro, y en general, de un ambiente impactado de manera negativa.

El tema abordado, debe de ser estudiado profundamente. En la actualidad, tanto los derechos de las minorías como los del medio ambiente, constituyen un importante y controversial tema, especialmente ahora que se ha aprobado el proyecto ITT Yasuní, muy a pesar de la desaprobación de la comunidad indígena, comunidad internacional y organismos de la sociedad civil. La justificación del proyecto es debatible, sin embargo, la normativa aplicable no lo es, tal como veremos en el estudio de la misma.

Supone además asuntos prioritarios en el orden nacional e internacional. Así como hemos aclarado, no es sólo la comunidad indígena la que se ve afectada por el impacto ambiental. Cada individuo que habita el planeta está sujeto a las consecuencias de obras de importante menoscabo al medio ambiente.

Por lo tanto, es imprescindible el análisis jurídico de la herramienta que el marco normativo ofrece: la consulta previa, libre e informada. El corazón del Trabajo de la Tesis.

IV. Planteamiento Del Tema Propuesto.

Para hacer efectivo todos aquellos derechos contemplados en los diferentes instrumentos nacionales e internacionales, que hemos venido repasando con detenimiento, el presente Trabajo sostiene que es la consulta previa, libre e informada, la herramienta idónea para proteger a las comunidades indígenas y al medio ambiente de aquellas obras de alto impacto ambiental en tierras ancestrales.

La tesis sostenida es que, además de estas tres características propias de la consulta, ésta debe obtener, según los documentos que revisaremos a continuación, el consentimiento de la Comunidad a quien se le realiza la consulta.

V.A. Tipos De Consulta Establecidos En La Constitución.

La Corte Constitucional, en la Sentencia 001-10-SIN-CC, del 2008 (Caso consulta prelegislativa-Ley de Minería), resuelve sobre una acción de inconstitucionalidad de forma y fondo en contra de La Ley de Minería, que fuera interpuesta por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). En dicha sentencia, se hace una clara distinción entre tres tipos de consulta que se encuentran contempladas en nuestra Constitución.

V.A.1. La Consulta Prelegislativa

La consulta prelegislativa, es una de las formas de garantizar los derechos colectivos de las comunidades indígenas, la cual debe realizarse con anterioridad al proyecto de ley que pueda afectar alguno de sus derechos colectivos. Al respecto, el artículo 57.17 establece lo siguiente que:

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

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

Por lo tanto, toda norma legislativa debe ser consultada a los indígenas, no solamente cuando esté relacionada con los territorios de estos, como lo contempla así mismo el Convenio 169 de la OIT, sino también respecto a cualquier otro derecho colectivo. La falta de este requisito implicaría la inconstitucionalidad de cualquier Resolución derivada de los órganos del poder Público.

V.A.2. La Consulta Previa

La consulta previa, demanda el pronunciamiento de las nacionalidades indígenas sobre los efectos que pueden generar una actividad administrativa de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales.

Lo precedente, lo afirmamos según el artículo 57.7 de la Constitución, en el que se señala que, “la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...”

Al respecto, la Corte Constitucional señala que el Art.6 del Convenio 169 de la OIT, “constituye el marco genérico de regulación de las consultas previas a realizarse con anterioridad a la adopción legislativas o administrativas.” La Corte establece parámetros que han sido desarrollados por la OIT que deben ser considerados para este tipo de consulta (Sentencia sobre la Acción de inconstitucionalidad de forma y fondo en contra de la Ley de Minería 30)

V.A.3. La Consulta En Asuntos Ambientales

La consulta en asuntos ambientales, una tercera modalidad de consulta, sobre aspectos ambientales, la cual se diferencia del resto no sólo por su carácter esencialmente ecológico,

sino por el sentido universal de la consulta, por cuanto en que es realizada a la ciudadanía en general.

El artículo 398 de la Constitución señala al respecto que, “Toda decisión 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...”

V.B. Características

Para que los derechos que se persigue alcanzar mediante la consulta se hagan efectivos, debe realizarse la misma de manera previa, libre e informada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ahondado de manera exhaustiva en estos aspectos que deben considerarse al momento de efectuar la consulta, para que la misma garantice el derecho colectivo que les asiste a las comunidades indígenas de preservar de manera especial el territorio que han habitado ancestralmente. Antes de continuar, debemos hacer un paréntesis, para referirnos a este tema en particular, sobre los territorios ancestrales ocupados por las comunidades indígenas, y para referirnos brevemente a dos casos específicos que conciernen especialmente a esta materia.

El 27 de junio de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resolvió sobre el caso Sarayaku vs. Ecuador, en donde declaró, por unanimidad, que el Estado ecuatoriano, es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena, a la identidad cultural y por la violación de los derechos a la garantías judiciales y a la protección judicial, además el Estado fue declarado responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los integrantes de la Comunidad Sarayaku. El fallo se refiere a la extracción de material explosivo, a la indemnización económica y a la consulta a las comunidades por temas extractivos. Esto como consecuencia del contrato suscrito el 26 de julio de 1996 para la exploración de hidrocarburos

y explotación de petróleo crudo entre la Empresa Estatal de Petr6leos del Ecuador PETROECUADOR, y el consorcio conformado por la Compa1a General de Combustibles S.A. (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A., cuya actividad se realizar1a en el Bloque No. 23, de la Regi6n Amaz6nica de la provincia de Pastaza, mismo que se encuentra ubicado a 40 km. de la ciudad del Puyo; la base de operaciones de la empresa CGC se estableci6 en Chonta. El espacio territorial otorgado para efectos del contrato, comprend1a 200.000 Ha, en las que habitaban varios pueblos ind1genas: Sarayaku, Jatun Molino, Pacayaky, Canelos, Shaimi y Uyuime. Sarayaku es la m1s grande en t6rminos de poblaci6n y extensi6n territorial, abarcando un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23, seg6n se indica en los p1rrafos 64 y 65 de la sentencia de la Corte IDH antes mencionada. Dicha actividad gener6, como se constat6 a trav6s de gran cantidad de pruebas, da1os irreparables para las tierras ancestrales que comprende el territorio de la comunidad de Sarayaku, mismos que incluyen da1os a lugares sagrados, bosques, de los cuales obtienen medicinas, alimentos, etc., dejando varios pasivos ambientales (Sarayaku vs. Ecuador 75-76).

Por otro lado, y previo a la sentencia de Sarayaku, el 28 de noviembre del 2007, la CIDH, determin6 en su sentencia que el Estado de Surinam viol6, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho a la propiedad, al reconocimiento de la propiedad jur1dica y a la protecci6n judicial. Dicha violaci6n se produjo con la construcci6n de una represa hidroel6ctrica en la d6cada del 60 que inund6 el territorio tradicional de los Saramakas, que vive en la regi6n superior del r1o Surinam (CIDH 2-4). A esta comunidad se la considera Tribal, debido a que sus ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam, durante la colonizaci6n europea. Sus ancestros se escaparon a las regiones del interior del pa1s donde establecieron comunidades aut6nomas, que adoptaron ciertas tradiciones y costumbres de la zona. Las consecuencias de la actividad, fueron nociva, y se destruyeron as1 mismo lugares sagrados, como restos enterrados.

En ambas sentencias, se refieren con énfasis al artículo 21 de la Convención Americana, mismo que protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprenden de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una visión comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Este principio reiterado en amplia jurisprudencia de la Corte.- Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, Caso Comunidad Indígena de Xámok Kásek vs. Paraguay, Caso Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, y otros. Estas nociones del dominio, de la posesión de dominio, y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la percepción clásica de la propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención.

Debido a la conexión intrínseca que tienen con su territorio los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, es necesaria para garantizar su supervivencia, la protección del derecho a la propiedad, el uso y goce sobre este. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida tradicional (Sarayaku vs. Ecuador).

Al respecto, en el caso Saramaka, la Corte señaló que ha tratado la cuestión previamente y ha sostenido en repetidas oportunidades que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentra así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención American” (CIDH 27).

Una vez que ha sido explicada la importancia que tienen los territorios ancestrales para las comunidades indígenas, y la consecuente necesidad de la consulta previa a actividades sobretodo que generen impactos en dichos territorios, vamos a puntualizar los tres criterios que la Corte ha reiterado para realizar la aludida consulta.

Debe ser *previa*. El artículo 15. 2 del Convenio No. 169 de la OIT señala que, “los Gobiernos deberán establecer o mantener procedimiento con miras a consulta a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección y explotación de los recursos existentes en sus tierras.”

Sobre el particular, el Tribunal ha observado que se debe consultar de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado” (CIDH 42).

Por otro lado, pero estrechamente relacionado, la legislación interna a través del Decreto Ejecutivo 1040 – Reglamento de Participación establecidos en la Ley de Gestión Empresarial – respecto a consultas ambientales, establece así mismo en su artículo 10, en base a criterios similares que, “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.”

Sin ahondar en el tema, es importante especificar, que a partir de la Ley de Gestión Ambiental, la obligación de elaborar Estudios de Impactos Ambientales, son previos a la ejecución de cualquier obra. Así lo establece la misma Ley en concordancia con la Carta Magna, como revisamos previamente.

Cabe señalar que se hace breve referencia, sin detallar mecanismos y procedimientos, la realización de la participación social respecto de Comunidades Indígenas, en el artículo 26 del Decreto Ejecutivo 1040 se establece que, “el procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos.”

Este hecho es controvertido en la Sentencia de la Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Como vemos la legislación interna no se ha encargado de detallar el procedimiento de la consulta previa a actividades que pueden afectar los derechos de las comunidades indígenas, tan íntimamente relacionados con los derechos ambientales, por la cosmovisión que estos pueblos tienen respecto a sus tierras ancestrales. El carácter de “previa”, debe ser estrictamente respetado para garantizar los derechos de las comunidades indígenas establecidos en la Constitución y Tratados en materia de Derechos Humanos.

Ahora bien, con respecto al carácter de *libre*, el Tribunal hace referencia a hechos de mala fe por parte de la empresa encargada de las actividades de exploración y explotación en Sarayaku, quien se encargó de ciertos mecanismos de “socialización”, en los que enemistaban a las comunidades y llegaban a acuerdos a través de diferentes tipos de compensaciones o presiones. Es esto precisamente lo que se trata de evitar al exigir el carácter libre de la consulta. Debe ser libre de presiones o manipulaciones de cualquier índole. Es importante recalcar que la Consulta debe ser realizada y monitoreada por el mismo Estado incluso antes de cualquier decisión administrativa que incida sobre su territorio, y no por terceros, mucho menos la misma Compañía interesada en realizar actividades. Los procedimientos deben ser adecuados y accesibles según las tradiciones y costumbre de los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT aclara este tema, señalando:

Art. 2.- 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 las siguientes medidas:

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social, cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

Por último, según ha sido señalado por la Corte, y con lo que coincidimos, la consulta debe ser *informada*, en el sentido de que los pueblos tengan conocimientos de los posibles riesgos del plan de desarrollo e inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información, lo que implica una comunicación constante entre las partes (Sarayaku vs. Ecuador). El principio de información es uno de los pilares fundamentales para garantizar el derecho al ambiente. Determina la posibilidad de que las personas conozcan la situación y sean parte de las decisiones que puedan afectarlos(Salazar).

La Declaración de Río señala en referencia a esto:

Art. 10.- El mejor modo de tratar las cuestiones es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuada 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 actividades, 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 estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Por lo tanto, al referirnos a la *información* no sólo se trata de aquella relacionada con la actividad consultada, sino con los medios para hacer efectivos sus derechos en materia ambiental.

V.C. Consentimiento de la Consulta

En el 2004 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas emitió sus “Observaciones Conclusivas” al último Reporte presentado por el Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Destaca en dichas observaciones, la expresa referencia a la falta de una completa implementación en la práctica del derecho de las comunidades indígenas a la tierra y a ser consultadas antes de que recursos naturales sean explotados en sus territorios. Señala además, en el párrafo 12 de dicho texto, que el Estado Ecuatoriano ha entregado concesiones extractivas de recursos naturales en territorios comunitarios indígenas, “sin el pleno consentimiento de las comunidades afectadas.” Luego, en el Párrafo 35 de las Observaciones, el Comité “enérgicamente urge” al Estado a asegurar que los indígenas participen en las decisiones que afecten sus vidas y particularmente requiere que el estado consulte y busque el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a proyectos extractivos y políticas públicas que los afecten (INREDH 6).

Así mismo, observa Wilton Guaranda Mendoza, autor del artículo “La Consulta previa y Derecho a la Resistencia, en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano”, cuando el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial emitió sus Observaciones Finales al Informe sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la Erradicación de todas las formas de Discriminación Racial, correspondiente al período 1994-2000, que el país presentó en marzo de 2003, destacaba la

insuficiencia de la mera consulta para garantizar los derechos indígenas y recomendaba el consentimiento previo de las comunidades:

En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General No. XXIII del comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación.(Guaranda 156)

La citada Recomendación General No. XXIII recogida por Wilton Guaranda, hace un llamado a los Estados parte de la Convención a reconocer y proteger los derechos territoriales de los pueblos indígenas y menciona expresamente su libre e informado *consentimiento* como un requisito para permitir el uso de sus tierras y territorios.

Así mismo, cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que tiene la potestad de normar a través de su Sentencia a todos los Estados signatarios del Pacto de San José, se ha expresado al respecto, de manera clara en su sentencia sobre el Caso Saramaka vs. Surinam.

Antes de continuar, es relevante para el presente Trabajo puntualizar que el derecho a la propiedad, y uso y goce de las tierras se ve relativizado a través de la expropiación, acto de poder en virtud del cual el Estado o alguna de sus instituciones extingue el dominio particular sobre bienes inmuebles, sin que el dueño pueda oponerse, sino tan sólo obtener una justa compensación(Eguigueren 25).

Al respecto de esta limitante al uso y goce de un bien inmueble, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramanka vs. Surinam se refiere enfáticamente a los

derechos colectivos de las comunidades indígenas a la propiedad, debido a que en este caso el derecho a la propiedad territorial de las comunidades indígenas y tribales, es tema de controversia, a diferencia del caso Sarayaku vs. Ecuador, donde la propiedad de las tierras ancestrales no es controvertida. Establece que, si bien es cierto que toda actividad de extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia, por ejemplo, es un recurso esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y por lo tanto de sus miembros. Por lo tanto, y en virtud de que la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta, la Corte establece considerandos, para la restricción del derecho al uso y goce de la propiedad conforme dicho artículo:

- i. Que las restricciones hayan sido previamente establecidas por ley;
- ii. Que sean necesarias;
- iii. Proporcionales;
- iv. Que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (40)

Finalmente, y lo explicamos de manera adicional, por ser una circunstancia que se debe tomar en cuenta de manera especial, en efecto, el último factor que determina la Corte para ponderar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres

de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos enumerados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal (CIDH 40). De no cumplir con estos requisitos, no solo la consulta debe ser previa, libre e informada, sino también *el consentimiento*.

Así mismo, lo establece también la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del cual Ecuador es Estado signatario, que establece:

Art. 23.- Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras y territorios y otros recursos.

Art. 30 No. 2.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

La Corte reitera enérgicamente en la Sentencia de Saramaka vs. Surinam, que cuando se trata de planes de desarrollo, o de inversión a gran escala que tendría un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento, libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres tradicionales (44).

Al respecto, en la misma sentencia del caso Saramaka vs. Suriname, (43) se cita al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que, “siempre que

se lleven a cabo (proyectos a gran escala) en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades no son capaces de entender, mucho menos anticipar” aquellos efectos que “comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, pérdida de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración (y), en algunos casos, abuso y violencia.”

En consecuencia, continúa la sentencia, señalando que el mencionada Relator Especial de la ONU determinó que “es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.

V.D. Análisis Jurídico Doctrinal de la Adopción de Procedimientos para Consultas Previas a Comunidades Indígenas.

Para hacer el respectivo análisis jurídico en relación al porqué se deben establecer estas medidas en la normativa nacional, en cuanto a los procedimientos para la consulta previa, revisaremos a continuación los siguientes aspectos jurídicos doctrinales:

- La supraconstitucionalidad de las disposiciones establecidas en materia de derechos humanos en Instrumentos internacionales (Convenciones, Declaraciones, Tratados, etc.), tal como lo analizamos previamente en el análisis del entorno del presente Trabajo;
- El Control de Convencionalidad.

V.D.1. Supraconstitucionalidad de los Instrumentos Internacionales en Derechos Humanos.

El artículo 424 presentado previamente en el capítulo del análisis del entorno, de la presente tesis, establece que, “...los tratados Internacionales de derechos humanos ratificados

por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” En consecuencia, la Convención Americana de Derechos Humanos está por encima de la Constitución. Este aspecto es de alta importancia, considerando que la tesis planteada resulta de un tratado Internacional de derechos humanos.

Este artículo constitucional, puede ser aplicado en casos en que dos normas se llegasen a contraponer. Es así que, incluso cuando el Estado se reserva en su Constitución, artículo 313, el derechos de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, esto no debe menoscabar los derechos que se encuentran asistidos en instrumentos internacionales de derechos humanos. En la Ley de Seguridad Pública y del Estado se establece la posibilidad de proteger dichos sectores estratégicos por medio de zonas de seguridad, tal como se señala en el artículo 38:

Por zona de seguridad se entiende el espacio territorial ecuatoriano cuya importancia estratégica, características y elementos que la conforman, requieren de una regulación especial con la finalidad de garantizar la protección de esta zona ante eventuales graves afectaciones o amenazas a la seguridad objeto de esta ley. Son zonas de seguridad, las de frontera y las áreas reservadas de seguridad que establezca el Presidente o Presidenta de la República, por recomendación del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, previo informe elaborado por el Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces.

Sin embargo, no sólo son los instrumentos internacionales en materia de DDHH de carácter supraconstitucional, sino que en el mismo artículo 313, se especifica que dicha administración, regulación y control de sectores estratégicos, debe de realizarse bajo los criterios de desarrollo sustentable.

Es así que, en observancia al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo aquello acordado a través de la firma y ratificación de dicha Convención, debe ser adoptado por los Estados Partes, tomando las medidas legislativas o de cualquier otro carácter, necesarias para hacer efectivos los Derechos Humanos. Sólo de esta manera se considera que se puede garantizar los derechos y obligaciones del Estado contemplados en dicha Convención.

V.D.2. Control de Convencionalidad

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, así como los funcionarios públicos y las autoridades administrativas, haciendo una ‘comparación’ entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por la efectividad de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados (Hitters).

Cabe realizar un paréntesis, para recalcar que se torna complicado efectivizar el control de convencionalidad por parte de todos los funcionarios y administradores públicos. Tomando en cuenta que este grupo de personas está constituido por un amplio número, con diferentes áreas de *expertise*, que no necesariamente involucren el conocimiento jurídico (sin perjuicio del Principio “*Ignorantia Juris Non Excusat*”).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado al respecto, señalando que dicho Control implica una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y las disposiciones de Derecho interno. Esta potestad la ha venido realizando desde siempre, es sólo reciente, el uso del concepto como tal. Es decir, la facultad de controlar que las disposiciones de dicho Pacto, estén en armonía con la normativa interna de cada Estado, para así lograr la aplicación mismo, ha sido ejercida por la Corte, sin embargo no es sino hasta

la sentencia del caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*(CIDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*), que se señala:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional. (7)

La normativa aplicable y la doctrina han hecho una clara distinción con *control de constitucionalidad*. El autor Juan Carlos Hitter, *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad*. Comparación, señala:

Los órganos jurisdiccionales locales – y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional– ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera.

Podemos hablar entonces de un contralor concentrado, típico de algunas Constituciones Europeas... (110)

Es importante señalar que en la internacionalización actual de los Derechos Humanos, el ámbito interno no es ajeno al control de las instancias internacionales. Ambos ámbitos deben retroalimentarse, para ello no debe evitarse la evaluación del momento histórico en el que surge el intento de buscar mecanismos idóneos más allá de las fronteras de los Estados, ni

los varios acontecimientos posteriores que hicieron perdurar determinadas estructuras originales, y modificar otra (Albanese 51-63). Es decir, cuando se realice el control de convencionalidad debe tomarse en cuenta el contexto en el que la norma fue adoptada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado en su jurisprudencia que ésta es competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, según el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Precisamente, es este control el objetivo principal del Tribunal Interamericano, es decir, “la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” tal como lo contempla el artículo 1 de los Estatutos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de donde deriva su competencia para analizar también el debido ejercicio del control de convencionalidad por el Juez Nacional cuando exista violación del Pacto (Ferrer 365).

Finalmente, como última reflexión para el análisis de la adopción de las medidas respecto a la consulta según lo establecido en la Jurisprudencia de la CIDH (además de otros instrumentos internacionales), hacemos referencia a la siguiente Sentencia de la misma en donde señala:

La Corte es consciente de que los jueces y tribunales Internos están sujetos al imperio de la Ley, y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación a leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (Almonacid Arellano vs. Chile 53)

Lo que implica que las interpretaciones de la Corte, deben tomarse en consideración entre otros, por los Jueces, incluso por encima de la normativa interna, si esta contradice los principios establecidos en la Declaración Americana sobre DD.HH. Con lo cual se ratifica el principio de supraconstitucionalidad de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con respecto a las normas de Derecho Interno del Estado.

V. Conclusiones y Recomendaciones

Haciendo un brevísimo resumen de lo revisado se puede concluir que tanto los Derechos Humanos, como el Derecho de los Tratados Internacionales, se han ido desarrollando de forma casi paralela. Con el reconocimiento de los Derechos Humanos, se ha generado una conciencia colectiva, que ha establecido la necesidad de crear instrumentos internacionales, de carácter global, destinados a evitar escenarios violentos y catástrofes que se han convertido en momentos históricos oscuros de la humanidad. El compromiso se ha extendido a varias ramas de los Derechos Humanos. La comunidad internacional ha elaborado progresivamente, una clasificación amplia y específica de los principios contenidos en los Derechos Humanos, tal como pudimos comprobar, al revisar las tres generaciones de estos derechos.

Como lo mencionamos en un inicio, la intención de este Trabajo es enfocarnos en el análisis jurídico de dos principios de los recogidos en los diferentes Tratados Internacionales en Derechos Humanos. La preocupación mundial sobre el problema ambiental ha seguido una trayectoria parecida al proceso de reconocimiento y protección de los derechos humanos que inicialmente contaron tan solo con el amparo de la legislación interna de los Estados, para más tarde, traspasar las fronteras hasta alcanzar su internacionalización mediante la suscripción de Convenios y/o Tratados multilaterales. Lo cierto es que, no obstante que la conciencia ambientalista está íntimamente relacionada con la protección de los derechos humanos, la protección ambiental no constó entre los derechos consagrados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948. Este vacío de una norma protectora del derecho ambiental ha sido llenada con diferentes instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, que han sido suscritos por los Estados respecto a la materia ambiental, y que han servido para reparar esa omisión u olvido que de alguna manera se explica dentro del proceso evolutivo del reconocimiento de los derechos humanos.

Recordemos que este proceso de internacionalización de la protección legal del medio ambiente se circunscribe en los denominados derechos humanos de tercera generación, que son derechos de los pueblos o derechos colectivos basados en el principio de solidaridad supranacional (J. Roca 198).

Tanto el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, como el derecho a reconocer las diferencias sociales, étnicas, raciales y religiosas de los diferentes pueblos del mundo, son abordados en dos sentencias que hemos revisado: *Sarayaku vs. Ecuador*, y *Saramanka vs. Surinam*. Ambas sentencias ahondan en la necesidad de consultar a las comunidades (indígenas y tribales, respectivamente) de manera previa, libre e informada, cuando se realicen obra de impacto ambiental. Así mismo, se establece en las sentencias, la obligación de los Estados de ir más allá de la simple consulta, y condicionar la ejecución de tales obras, con la obtención del consentimiento de la comunidad en cuestión.

Realizando un análisis aún más profundo de la normativa interna e internacional, se concluye que debe incorporarse a la normativa interna, la jurisprudencia señalada.

La manera más efectiva de garantizar los derechos no sólo de las comunidades indígenas, sino de toda la comunidad internacional, que se ve afectada con los actos administrativos arbitrarios y que carecen de la regulación necesaria. La importancia especial de proteger los derechos colectivos de las comunidades indígenas (o tribales), cuando la ejecución de determinada obra se produce a gran escala, es que la misma no sólo afecta a las propiedades de las comunidades indígenas – es decir, las Tierras Ancestrales – sino el medio en el que habitamos todos los seres humanos. Por lo tanto, se genera un valor adicional, al vernos todos beneficiados con la ejecución de la protección de estos derechos. Adoptar las medidas necesarias para garantizarlos, incluye la regularización, seguimiento y monitoreo de los procesos de socialización, basándonos en principios revisados a lo largo de la presente Tesis.

Por lo expuesto, me permito plantear las siguientes recomendaciones, basadas la normativa revisada y en las mismas recomendaciones contenidas en las Sentencias revisadas.

i. Revocar disposiciones en la normativa interna, que contravengan los derechos de las Comunidades Indígenas a la consulta previa, libre e informada, que debe realizar el Estado, y adoptar aquellas disposiciones que ayuden a garantizar dicho derecho. Esto de manera general.

ii. Así mismo abstenerse de realizar obras de gran escala que afecten los recursos de supervivencia y mantenimiento de modo de vida según sus costumbres y tradiciones, de las comunidades indígenas, a menos que obtengan el consentimiento de la misma. Para este proceso también se debe revocar disposiciones que lo contravengan y adoptar disposiciones que ayuden a incorporar al mismo a la normativa interna.

Para lo cual, el Estado Ecuatoriano debe:

a) En primer lugar, y tal como la CIDH lo ha dispuesto, garantizar a las Comunidades Indígenas y Tribales, el acceso a la justicia, según sus costumbres y tradiciones, como recurso para hacer efectivos los derechos de consulta y obtención de consentimientos en los casos aplicables.

b) Considero pertinente, como medida específica, tomar el texto del Decreto Ejecutivo 1040, como punto de partida el mismo artículo 26 que se refiere a las obras en territorios ancestrales indígenas, sin especificar los procedimientos, y modificar dicha norma, estableciendo procesos claros y específicos para este tipo de casos.

c) Reconocer explícitamente mediante una disposición legal, que las Comunidades indígenas constituyen un nuevo sujeto colectivo de Derecho,

conforme así lo establece la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Sarayaku vs. Ecuador.

El respeto que las Comunidades Indígenas (o Tribales) tienen por las tierras que han ocupado ancestralmente, engloba el espíritu de los principios perseguidos en Tratados Internacionales en la materia. Esta forma de vida, íntimamente ligada a sus tradiciones precolombinas, puede resultar muy difícil de encajar en el contexto histórico en el que nos hallamos, donde el concepto de “desarrollo” se lo vincula fácilmente con el nivel de industrialización que tenga cada país. Es por esto que para los Estados, cuya economía se basa en grandes industrias, se torna complicado el compromiso con la comunidad internacional en materia ambiental.

A nivel nacional, estamos precisamente atravesando una disyuntiva relacionada al tema de la presente Tesis. Tal es el caso del Proyecto Yasuní ITT, proyecto de exploración y extracción petrolera, luego de que la iniciativa – Yasuní ITT – en la que el Gobierno Nacional propuso a la Comunidad Internacional, compensar al Estado ecuatoriano, por mantener intacto el área materia del proyecto, haya fallado. Tomando en cuenta el aspecto estrictamente jurídico de la materia, y una vez que estudiamos todos los documentos relacionados, se concluye que tanto el proyecto mencionado como cualquier otro que pueda generar un menoscabo en las Tierras Ancestrales de las Comunidades Indígenas, debe realizar una consulta previa al respecto, libre e informada, de la cual se debe obtener consentimiento por parte de la Comunidad afectada.

Existen principios rectores y normas de conducta del Derecho Internacional que además de su valoración ética, cobran especial importancia para el Ecuador porque, encontrándose íntimamente relacionados con sus intereses nacionales, constituyen factores fundamentales en la determinación de sus objetivos nacionales (Roca, Objetivos Nacionales de Política Exterior Ecuatoriana). Este es el caso en cuestión, no sólo la conducta comprometida del Ecuador con

sus Tratados Internacionales en materia de Derechos Ambientales y Derechos de Colectividades (Comunidades Indígenas en este caso) denota su valor ético, sino que genera bases sólidas para los objetivos perseguidos en nuestra Constitución.

Bibliografía

Aguilar, Adán. «Cultura y Derechos Humanos.» 2012.

ISTMO.<<http://istmo.mx/2012/09/cultura-y-derechos-humanos/>>.

Albanese, Susana. Derechos Humanos, Estudio de Casos y Opiniones Consultivas. Buenos Aires: Fundación Editorial Belgrano, 1997.

Almonacid Arellano vs. Chile. Nº 12.057. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 11 de Julio de 2005.

Borja, Rodrigo. «Injerencia Humanitaria.» 27 de marzo de 2011.

<<http://www.elcomercio.com/opinion/injerencia-humanitaria.html>>.

Carrillo, Juan Antonio. «Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo.» s.f. Corte IDH.

Or.Cr.<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/15052.pdf>>.

Caso de Competencia en materia de pesquería entre Reino Unido e Islandia. Nº RR.UU. vs Islandia. Corte Internacional de Justicia. 17 de Agosto de 1972.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Nº 12338. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de noviembre de 2007.

Chávez, Brenda. «Derecho Ambiental, Un Derecho Convergente.» s.f.

<http://www.ceja.org.mx/IMG/pdf/DERECHO_AMBIENTAL_CONVERGENTE_NUEVA_REDACCION.pdf>.

CIJ. «Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado de las Naciones Unidas.» Opinión Consultiva. Nueva York: ICJ Reports, 3 de marzo de 1950.

—. «Opinión Consultiva.» Opinión consultiva obre los servicios postales de Polonia en Danzig. New York, Sr. B No. 11 39.

CONAIE. Las Nacionalidades Indígenas en Ecuador, nuestro proceso organizativo. Quito, 1988.

Dandler, Jorge. «OIT.» s.f. <<http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=314>>.

De Los Ríos, Isabel. El Derecho a una Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado. s.f. <<http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/libros/446/isabel.html>>.

Departamento de Opinión Pública de las Naciones Unidas . «UN, Org.» 2010. La situación de los pueblos indígenas del mundo.<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf>.

Eguigueren, Genaro. Derecho de Propiedad en el Ecuador. Quito: Corporación Editora Nacional, 2008.

Ferández, Antonio y Benito Castro. Lecciones de Teorías del Derecho y del Derecho Natural. Madrid: UNIVERSITAS, 1995.

Ferrer, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. México D.F.: Estudios Constitucionales, 2001.

Gómez, Felipe. «Derechos Humanos, Universidad de Deusto.» s.f. <<file:///C:/Users/usuario/Downloads/derechoshumanos.pdf>>.

Guaranda, Wilton. La consulta Previa y el Derecho a la Resistencia. investigación. Quito: Comunicaciones INREDH, 2009.

Guillén, Julio. Los tenientes de navío Jorge Juan y Santacilia y Antonio de Ulloa y de la Torre-Guiral y la medición del Meridiano. Madrid, 1973.

Hitters, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Talca: Estudios Constitucionales, 2009.

INREDH. Resumen tomado del Artículo: La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia, en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, de Wilton Guaranda Mendoza. no consta de Enero de 2011. 06 de 06 de 2014

<http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=286:la-consulta-previa&Itemid=126>.

Kelsen, Hans. Principios del Derecho Internacional Público. Buenos Aires: COMARES, 1965.

Lozano, Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. Madrid: Dykinson, 2009.

Morant, Carmen. Sensibilización Medioambiental. Vigo: Ideaspropias, 2008.

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Nº 10.636. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 19 de Junio de 2001.

Navarro, Jano. «Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Secretaría sobre el Cambio Climático.» s.f.
(UNFCCC).<<http://www.cambioclimatico.org/content/resumen-del-protocolo-de-kyoto>>.

Nicolás, Jorge y Úrsula Basset. «Matrimonio, Familia y Uniones del Mismo Sexo en la Jurisprudencia de la Corte Europea.» Persona y Derecho (2010): 9-44.

NN.UU., Comisión de Derecho Internacional de las. «onu.org.» 1969.

<[http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1969_v2_s.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1969_v2_s.pdf)>.

Oficina Catalana de Cambio Climático. s.f.

<<http://www20.gencat.cat/portal/site/canviclimatic/menuitem.19a41a24dc847ece9b85ea75b0c0e1a0/?vgnextoid=df80dcc12a098210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=df80dcc12a098210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=detall&contentid=ca83e7cfdc632410VgnVCM2000009>>.

- Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. «Folleto 5: El Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.» s.f. OHCHR.<<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet5sp.pdf>>.
- Pellegrini, Joaquín. «Ensayo "Conectando Ciencias con Derechos Humanos".» s.f. .ancefn.org.ar.<http://www.ancefn.org.ar/becas/docs/ensayo_Joaquin_M_Pellegrini.pdf>.
- Pérez, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: TECNOS, 1996.
- . Los Derechos Fundamentales. Madrid: TECNOS, 2010.
- Pérez, Javier. La Reforma de la Constitución. México D.F.: UNAM, 1998.
- Pérez, Regina. «Derechos Humanos e Inquisición, ¿conceptos contrapuestos?» Revista de la Inquisición (2000): 181-190.
- Relativo al Laudo Arbitral emitido por el Rey de España el 21 de Diciembre de 1906. Corte Internacional de Justicia. 11 de Noviembre de 1960.
- Roca, Johnny. Objetivos Nacionales de Política Exterior Ecuatoriana. Guayaquil: Edino, 2007.
- Roca, Jonny. Ius Cogens Sobre Protección Ambiental. Guayaquil: EDINA, UEES, 2014.
- Rodríguez, Pablo. «Pacta Sunt Servanda.» Actualidad Jurídica No. 18, Universidad del Desarrollo Santiago, Chile (2008): 81.
- Rubio, Eva María. "Justicia Ecológica y protección del medio ambiente", Expansión de la legislación ambiental y su dimensión internacional. Madrid: Trotta, 2002.
- Salazar, Katya. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal - El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. 3 de Septiembre de 2010. <<http://dplf.org/uploads/1285264789.pdf>>.

Salvador, Carlos. «Los Andes - Artículo de Opinión.» 2004.

<<http://www.losandes.com.ar/article/opinion-105217>>.

Sarayaku vs. Ecuador. N° 12465. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de junio de 2012.

Scelle, George. Principio del Derecho de Gentes. París: Dalloz, 1932.

Sentencia sobre la Acción de inconstitucionalidad de forma y fondo en contra de la Ley de Minería. N° 008-09 IN. Corte Constitucional del Ecuador. 2009.

Suller, Neil. «Derechos Humanos de Solidaridad.» febrero de 2010.

<<http://cecuha.com/2010/02/derechos-humanos-de-solidaridad.html>>.

Torre, Héctor Morales Gil De La. Derechos Humanos: Dignidad y Conflicto. México D.F.: Universidad Iberoamericana, 1996.

UNFCCC. «Kyoto 1997.» s.f. <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>>.

United State Census Bureau. 2014. <<http://www.census.gov/main/www/popclock.html>>.

Van Duzel vs. Canadá. N° 50/1979. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 7 de abril de 1982.

Vargas, Edmundo. Derecho Internacional Público. Santiago: Jurídica de Chile, 2007.

Veloc y Ergec. La Comisión Europea de los Derechos del Hombre. Anuario de la Convención Europea de Derechos Humanos, 1990.

Zamudio, Teodora. «Historia de los Bioderechos y del Pensamiento bioético.» s.f. <

<http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/pactos.htm>>.

Anexos

- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.