

C U A D E R N O S

# DEMOCRÁTICOS

# 4

Patricia Carrión

## **Consulta previa:** Legislación y aplicación



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

La Fundación Konrad Adenauer es una institución política alemana cuyo objetivo es contribuir a la estabilización de la democracia y de las instituciones políticas y jurídicas en el mundo. La educación cívica, la formación política de los ciudadanos, la cooperación con grupos políticos, asociaciones de la sociedad civil y medios de comunicación son los objetivos de su labor internacional.

En el Ecuador, la Fundación Konrad Adenauer trabaja hace más de 40 años con organizaciones ecuatorianas en proyectos a largo plazo que buscan:

Fortalecer las instituciones democráticas

Consolidar el Estado de Derecho

Fomentar un orden social y económico eficientes

Fortalecer la participación política indígena

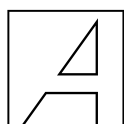
# Análisis

## de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador

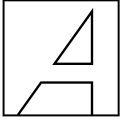
**CENTRO ECUATORIANO DE DERECHO AMBIENTAL (CEDA)**

**Patricia Carrión**

**Quito, diciembre 2012**



**Konrad  
Adenauer  
Stiftung**



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Fundación Konrad Adenauer  
Av. República de El Salvador N34-211 y Moscú  
Edificio Aseguradora del Sur, piso 7  
PBX: (593-2) 2269 763  
Fax: (593-2) 2242 438  
e-mail: [info.kasecuador@kas.de](mailto:info.kasecuador@kas.de)  
[www.kas.de](http://www.kas.de)  
Quito-Ecuador

ISBN es 978-9978-9977-4-1  
Registro Derechos de Autor: 040129  
Edición: Carla Bonilla E.  
Diseño portada: Solugraf  
Impresión: Solugraf  
Tiraje: 1000 ejemplares

Quito-Ecuador, 2012  
© 2012 Fundación Konrad Adenauer, Ecuador

# Índice

Introducción	5
Justificación	7
1. Antecedentes de la consulta previa, libre e informada en los acuerdos y jurisprudencia internacional y análisis comparado	9
1.1 Análisis de documentos internacionales	9
1.2 Análisis comparado del derecho de consulta previa, libre e informada	13
1.2.1 Perú	13
1.2.2 Bolivia	14
1.2.3 México	14
2. La consulta previa, libre e informada en la Constitución del Ecuador	17
2.1 Avances constitucionales en el reconocimiento del derecho de consulta	17
2.2 Enfoque sistémico e integral de la Constitución	20
2.3 La consulta como un derecho de participación y derecho colectivo	22
3. La consulta previa, libre e informada en la legislación ecuatoriana	25
3.1 Contenido esencial y alcance de la consulta previa, libre e informada	25
3.1.1 Sujetos consultados y consultante	27
3.1.2 Características de la consulta	28
3.2 Problemas que plantea la legislación ecuatoriana en relación a la consulta previa	29
3.2.1 Semejanzas entre los proyectos de ley	35
3.2.2 Diferencias entre los proyectos	36
3.2.3 Reglamento del CAL y Decreto 1247	39
4. Análisis de casos emblemáticos referentes al ejercicio de la consulta previa	43
4.1 Análisis de experiencias de consultas comunitarias en el Ecuador	43
4.2 Análisis de casos de conflictos en el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada	47
5. Conclusiones y recomendaciones para la aplicación del derecho de consulta previa, libre e informado en el Ecuador	53
BIBLIOGRAFÍA	57



# Introducción

---

La construcción conceptual de los Estados-nación modernos ha permitido el fortalecimiento de un sentido de pertenencia de la sociedad en su conjunto a un espacio geopolítico definido con una identidad particularizada, restándole importancia a las sociedades con identidades diferentes (cholos, indios, montubios, afrodescendientes). En este contexto, a lo largo de la historia en Latinoamérica se establecieron normas (leyes y constituciones) con principios excluyentes que no reconocieron derechos a los pueblos -diferentes-, definiéndolos equivocadamente como minorías.

Estos hechos dieron lugar a las luchas sociales en Latinoamérica, especialmente de los movimientos indígenas por la reivindicación de sus derechos y su autodefinición como pueblos y nacionalidades, que se empiezan a materializar a partir de la década de los noventa, con la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales de los derechos colectivos. Uno de estos derechos es el de consulta previa, libre e informada, que es un soporte conceptual para el ejercicio de los demás derechos colectivos, cuyo reconocimiento, contenido y alcance se establece en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1999) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas, 2006).

En el caso ecuatoriano, a partir de la Constitución del Ecuador del año 2008, son varias las figuras jurídicas que recobran fuerza para la aplicación efectiva de derechos fundamentales como es el vivir en un ambiente sano, y otros derechos como la participación ciudadana. En este nuevo contexto, el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades y pueblos indígenas afectados por una actividad económica, reviste un rol fundamental en la gestión ambiental.

La presente investigación busca evidenciar el contenido y alcance de este derecho, desde un enfoque de derechos humanos, asumiendo a la consulta como derecho colectivo, y como un derecho de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, en las decisiones administrativas y judiciales que puedan afectar a sus derechos humanos o territorios.

En Latinoamérica se han desarrollado varios procesos de consulta previa, organizados por el Estado y por las propias comunidades afectadas, que tienen diferentes implicaciones sociales y jurídicas, que ponen en tela de juicio la legitimidad de las mismas. En el caso del Ecuador no se ha llevado a cabo ningún proceso de consulta previa, libre e informada por parte del Estado, a pesar de ser un mandato constitucional. Sin embargo, la primera y única consulta comunitaria que hasta la fecha ha sido desarrollada en el Ecuador, particularmente en las parroquias Tarqui y Victoria del Portete, en la provincia austral de Azuay, fue seriamente cuestionada por el Estado ecuatoriano, por considerarla ilegítima.

Una de las grandes limitaciones en el ejercicio de este derecho es la inexistencia de normativa nacional que regule el proceso de consulta, lo cual además ha generado un debate interno y graves conflictos socioambientales, por la imposibilidad de ejercer este derecho por parte de las comunidades afectadas.

Ante todos estos planteamientos, se hace necesario hacer un análisis sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en el Ecuador, más aún cuando, a nivel gubernamental se plantea el inicio de actividades económicas definidas como estratégicas y de interés nacional, que van afectar los territorios de comunidades y pueblos.



## Justificación

---

La resistencia histórica de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos al establecimiento de políticas públicas y normas que consolidan el estado de exclusión, diseñado en los Estados-nación con una fuerte tradición colonial, ha permitido la emergencia de luchas sociales que buscan enterrar el pasado de exclusión y racismo frente a la diversidad cultural inminente.

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, han permitido un posicionamiento diferente de estos grupos sociales frente a los conflictos socioambientales que giran alrededor del uso de los recursos, que les permite exigir de los Estados el respeto a su autodeterminación y gobernanza de sus territorios.

Los Estados-nación tradicionalmente han sustentado su economía sobre la base de la extracción de recursos naturales que, por lo general, están en los territorios que albergan una gran biodiversidad y/o que son parte del territorio ancestral de pueblos y comunidades indígenas o campesinas. De allí, el surgimiento de conflictos sociales y ambientales entre el Estado y estos grupos, por la búsqueda del control de los recursos, por un lado, y el respeto de los derechos colectivos y las formas tradicionales de vida, por otro.

En este contexto, surge la necesidad de analizar el alcance de la consulta previa, libre e informada, como una herramienta de las comunidades y pueblos ante normas y políticas públicas que afectan a los pueblos y comunidades del Ecuador. Pero también buscamos analizar las implicaciones legales del proceso de consulta, su alcance y objetivos, de cara a entenderla como un derecho colectivo y de participación de las comunidades, pueblos, comunas y nacionalidades en las decisiones de los Estados, particularmente del ecuatoriano.



## 1.

# Antecedentes de la consulta previa, libre e informada en los acuerdos y jurisprudencia internacional y análisis comparado

---

Los derechos colectivos, en especial el derecho de consulta previa, libre e informada, están reconocidos en varios instrumentos internacionales, vinculantes o no a los Estados que los suscriben, lo cual exige de estos Estados una revisión e incorporación de este derecho en la normativa interna, de cara a garantizar su plena vigencia y ejercicio.

El primer capítulo muestra el desarrollo del derecho tanto en el contexto internacional como en el derecho comparado, que nos servirá como marco referencial para definir su contenido y alcance para el Ecuador, y conocer las experiencias en otros países sobre la interpretación y tratamiento del derecho.

### *1.1 Análisis de documentos internacionales*

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco normativo internacional, surge como una necesidad de mostrar la sistemática exclusión de estos pueblos en la historia de la humanidad. Las demandas de los movimientos sociales por un reconocimiento de la identidad cultural propia, el desarrollo de la democracia local de las comunidades indígenas, la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades y, por lo mismo, el reconocimiento de derechos asociados a estas ideas, especialmente en países en los que existe un gran porcentaje de personas autodefinidas como indígenas, han permitido posicionar y discutir a nivel internacional nuevos imaginarios de cambios políticos y sociales que confluyen en normas jurídicas, vinculantes o no a los Estados.

Desde 1977, con la Conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas, se discutieron temas relacionados, por un lado, con la discriminación y racismo contra los pueblos indígenas y, por otro, con otros temas asociados a la contribución de dichos pueblos al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual de las sociedades en todo el mundo.

A partir de ese hecho y en consonancia con los postulados contenidos en varios instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros relacionados con la prevención de la discriminación; se abren espacios de diálogo en instancias internacionales como Naciones Unidas para sentar las bases del reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de consulta previa, libre e informada.

Así, instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, nos señalan la ruta del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada.

Del contenido normativo de estos dos instrumentos se desprende que la consulta previa, libre e informada constituye una obligación de todos los Estados con los pueblos interesados. Se la debe realizar mediante procedimientos apropiados, según las características socio-culturales de los pueblos y de buena fe, y a través de instituciones representativas de los pueblos<sup>1</sup>.

El Estado debe consultar antes de adoptar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a las comunidades o pueblos, esto incluye:

- a) La aprobación de cualquier proyecto que afecte sus territorios u otros recursos naturales o programa de prospección.
- b) La explotación de los recursos naturales que se encuentre en tierras donde habiten pueblos indígenas
- c) La utilización de territorios indígenas para actividades militares.
- d) Los traslados de las tierras que ocupan pueblos indígenas y su posterior reubicación
- e) Almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

La finalidad de la consulta es lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado (OIT, 1999: 6, 15 y 16; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2006: 19, 30 y 32).

Cabe destacar que la ONU, en las Observaciones finales del Comité para la eliminación de la Discriminación Racial en el Ecuador, insta al Estado ecuatoriano a consultar a la población indígena interesada y a obtener su consentimiento, antes de la ejecución de proyectos de extracción o explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas (ONU, 2008: párrafo 16). Los procesos de consulta referidos en estos instrumentos se convierten en un mecanismo de diálogo entre el Estado y los pueblos, comunas, comunidades o nacionalidades, por medio del cual se puede, además, garantizar el ejercicio de otros derechos conexos como el de acceso a información oportuna y participación significativa de los colectivos sobre los temas que pueden afectar sus derechos o sus territorios, pero de ningún modo la participación o información deben ser considerados como el objetivo único del derecho de la consulta previa, libre o informada.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que el hecho de asegurar la participación adecuada de las comunidades implica la obligación estatal de *“aceptar y brindar información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible”* (CIDH, 2008: párrafo 17).

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, son instrumentos que -a excepción de los artículos 10 y 29- no configuran al consentimiento como un derecho que puede ser exigido en el proceso de consulta previa, libre e informada pues, más bien, se lo entiende como una finalidad de la consulta, que busca consolidar acuerdos mutuamente aceptables y no impuestos unilateralmente.

Esta tesis ha sido uno de los temas más polémicos que permite cuestionar si el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas -sobre los temas y situaciones a ser consultadas- es vinculante al proceso de consulta previa, que el Estado está obligado a realizar, o es una declaración de buena voluntad estatal de tratar de conseguir acuerdos para evitar conflictos socio ambientales posteriores.

---

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló en el caso Saramaca vs. Surinam, que la consulta se debe realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo Saramaka, y además, reconoció que el pueblo Saramaka debe decidir sobre quien o quienes los representarán en los procesos de consulta (CIDH, 2008: párrafo 18).

A la luz de lo dispuesto en estos dos instrumentos internacionales: ¿en qué casos puede el Estado tomar la decisión final sin que medie el consentimiento expreso?, o ¿las comunidades y pueblos pueden objetar todas las decisiones estatales que afectan sus derechos o territorios, si no han consentido la ejecución de las medidas adoptadas con anterioridad?

Para dilucidar estas inquietudes legítimas debemos analizar tanto el contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, como la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam<sup>2</sup>. En el primer instrumento, los arts. 10 y 29 párrafo 2, establecen los casos en los que el Estado debe obligatoriamente obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas:

- a) Cuando se requiera el desplazamiento o traslado de sus tierras.
- b) En caso de depositar materiales peligrosos en sus territorios.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2008), se determinó que el Estado tiene la obligación de consultar al pueblo Saramaka, de buena fe y de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, cuando se trate de decisiones administrativas o legislativas que afecten o se refieran a:

- a) Los límites territoriales.
- b) El reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva.
- c) La adopción de medidas que reconozcan el derecho de consulta.
- d) El reconocimiento de titularidad de derechos colectivos sobre los territorios.
- e) La restricción de derechos de propiedad respecto de planes de desarrollo o inversión.
- f) Los resultados de estudios de impacto ambiental o social<sup>3</sup>.

Dicha sentencia, establece con claridad que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones (CIDH, 2008: párrafo 17).

- 
2. El 23 de junio de 2003, la Asociación de Autoridades Saramaka y doce capitanes Saramaka presentaron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra del Estado de Surinam, por la parte demandante, debido a las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka, comunidad tribal en la región del río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no adoptó medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y al goce del territorio, tampoco les brindó acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente los derechos a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales y a ser consultados antes de la adopción de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que puedan tener mayor impacto dentro del territorio Saramaka. En este sentido, 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 y tradiciones, y además compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo (CIDH, 2008).
  3. La sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka (CIDH, 2008: párrafo 17).

En este sentido, la sentencia de la Corte Interamericana en mención permite configurar el derecho de las comunidades al consentimiento previo, libre e informado –y no solamente a la consulta–, antes de la adopción de medidas estatales que puedan causar impactos a gran escala. Estos impactos están relacionados con los megaproyectos desarrollados tanto por el Estado como por empresas privadas, que afectan a gran escala y directamente los territorios de las comunidades y por ende a los colectivos humanos que viven en las áreas de influencia de esos proyectos.

El relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los pueblos indígenas, James Anaya, se refirió a la importancia de lograr el consentimiento previo, libre e informado en los tres casos establecidos tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en lo que respecta a las medidas que causen grandes impactos en los territorios de los pueblos señaló:

Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas (Informe del Relator de Naciones Unidas, 2009: párrafo 47).

Los instrumentos internacionales analizados nos permiten dilucidar algunos procedimientos básicos adecuados que deben tomarse en cuenta en el proceso de consulta previa, libre e informada, así como los temas sobre los cuales debe consultarse. Pero muestran la existencia de dos derechos relacionados: consulta y consentimiento, cuya vigencia exige del Estado la obligación de consultar de manera adecuada<sup>4</sup> antes de la adopción de medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a los derechos o territorios de los pueblos y comunidades, con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado. Además, permite a las comunidades y pueblos que no hayan consentido, vetar las disposiciones estatales que afecten sus derechos o territorios en los casos en los que el consentimiento es obligatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su más reciente sentencia en un caso ecuatoriano el 27 de junio de 2012 declaró, por unanimidad, que el Estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del pueblo indígena kichwa Sarayaku, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 90, sin haberle consultado previamente (CIDH, 2012).

Esta sentencia constituye un precedente jurisprudencial importante en materia de derechos colectivos y, en especial, el de consulta previa, libre e informada, pues es un instrumento vinculante para el Estado ecuatoriano, por ser signatario de la Corte. Además, la sentencia constituye *per se* una forma de reparación, ya que el Tribunal dispuso diversas medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensaciones e indemnizaciones a favor de los demandantes<sup>5</sup> (CIDH, 2012).

---

4. Por adecuada nos referimos al contenido esencial de la consulta previa, libre e informada, la legitimidad de los sujetos involucrados en el proceso y los mínimos que deben tomarse en cuenta en la consulta; tema que es analizado con detenimiento posteriormente.

5. En el acápite cuarto se analizará este caso y la sentencia de la CIDH a profundidad.

## ***1.2 Análisis comparado del derecho de consulta previa, libre e informada***

En algunos países latinoamericanos el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, es ejercido de acuerdo a la interpretación y desarrollo normativo de cada país. En algunos casos se han realizado esfuerzos por materializar estos derechos a través de foros, reuniones entre el Estado y los sectores sociales y propuestas de ley. Sin embargo, aún persiste el descontento por parte de los sectores sociales, pueblos y comunidades indígenas por un efectivo goce de su derecho de consulta previa, libre e informada, que implica a su vez el reconocimiento por parte de las autoridades estatales, de la convivencia de varias culturas en el espacio territorial.

Las demandas por el cumplimiento del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, pasan por la aceptación del tema en las agendas políticas y legislativas de los países, con voluntad de incorporar en los ordenamientos nacionales y en los planes, programas y proyectos estatales el reconocimiento de este derecho como legítimo.

Algunas experiencias nos permiten analizar brevemente el estado de la situación en Perú, Colombia, Bolivia, Chile y México, al respecto del goce y ejercicio del derecho en mención, especialmente cuando se trata de la implementación de proyectos o promulgación de normas que afectan al territorio o derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

### **1.2.1 Perú**

Perú fue uno de los primeros países en suscribir y ratificar instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica no se han materializado todos estos derechos y principios en las políticas públicas y normativa interna, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada.

A partir de los sucesos violentos de Bagua del 5 de junio de 2009, que conllevaron a la protesta de organizaciones indígenas amazónicas por la aprobación de decretos legislativos –sin que medie consulta– que afectaban el derecho a la tierra de estas comunidades, el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley (La Rosa, 2010: 13 y 14).

El proyecto de ley vetado por el ejecutivo, que buscaba reglamentar el derecho de consulta, levantó un amplio debate especialmente por la incorporación de temas delicados como:

- a) La disposición expresa de que si no se logra el acuerdo o consentimiento no significa que los pueblos indígenas consultados conserven el derecho a veto.
- b) La definición de pueblos indígenas, que se estaría extendiendo indebidamente a las comunidades campesinas andinas y ubicadas en la costa.
- c) La decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta a cargo del poder ejecutivo.
- d) La aplicación de la ley a futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas (La Rosa, 2010: 15).

La incorporación de estos temas en el texto legal final de la ley conlleva conflictos internos por el alcance y límites que la norma establece, lo cual puede significar

incluso una disminución en el reconocimiento integral del derecho a la consulta previa, libre e informada.

### 1.2.2 Bolivia

En Bolivia, país que ha tenido una trayectoria jurídica progresista en el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en gran medida debido a la presión histórica de movimientos sociales por el reconocimiento de sus derechos y espacios territoriales colectivos, se ha consolidado en la normativa nacional algunos derechos colectivos, en consonancia con instrumentos internacionales suscritos por Bolivia, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Así, la Ley de Hidrocarburos regula la consulta en los siguientes términos:

La consulta obligatoria de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios de manera previa y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad, obra o proyecto que pueda causar un impacto socio ambiental o afectar los derechos de las personas, estableciendo además el derecho a compensaciones e indemnizaciones (Cuentas, 2010: 18).

Además, se promulgó el Decreto Supremo No. 2903318<sup>6</sup>, que reglamenta el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que establece momentos y fases para su aplicación. En estas fases se prevé un proceso de información a las comunidades afectadas, a cargo de la entidad estatal competente; organización y planificación de la consulta por parte de las autoridades de las comunidades; ejecución de la consulta en la cual la comunidad expone los impactos socio ambientales que se identificaron en la consulta; y, finalmente, una fase de concertación, que implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio de validación de acuerdos, que es vinculante para la obtención de la licencia ambiental por parte de la empresa (Cuentas, 2010: 18 - 19).

El proceso de consulta tiene como objetivo el llegar a un acuerdo entre el Estado y las comunidades, en los casos en los que medie un proyecto hidrocarburífero en sus territorios, lo cual está en consonancia con lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados en el primer acápite, referente al objetivo de la consulta previa, libre e informada (Cuentas, 2010: 19 y 20).

### 1.2.3 México

En México, país multicultural, el derecho de consulta previa se traduce en una obligación estatal a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Algunas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han integrado este derecho en su ordenamiento jurídico, pero varios otros aún no lo han hecho. Sin embargo, desde 2002 se han llevado a cabo intentos por desarrollar en la normativa nacional el ejercicio del derecho

Así por ejemplo, la Ley de la de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas plantea poder:

---

6. Decreto Supremo No. 29033 de 16 de febrero de 2007, promulgado en el gobierno del presidente Evo Morales (Cuentas, 2010: 18).

Diseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión un sistema de consulta y participación indígena, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo (Moreno, 2010: 27).

Aún está en debate en el seno del Congreso de la Unión, el proyecto de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas, cuyo contenido se discutió en la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso, llegando a algunos acuerdos puntuales:

- a) Considerar el alcance de la ley de carácter general y obligatorio para todos los Estados y municipios de la Federación<sup>7</sup>.
- b) Los actores de la consulta serán los pueblos y comunidades a través de sus autoridades representativas, y la definición de quienes serán los sujetos consultados será establecida por las propias comunidades.
- c) Los temas a ser consultados aun no están consensuados, salvo la referencia de la necesidad de excepciones como los temas relacionados a la seguridad nacional.
- d) El órgano técnico que llevará a cabo el proceso de consulta será la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

La definición del carácter de vinculante de los resultados aún está en discusión, pero se establece que el proceso marca el inicio de un proceso de diálogo y de concertación y no implica culminación de un ejercicio en donde necesariamente se toman decisiones (Moreno, 2010: 29)<sup>8</sup>.

En suma, el reconocimiento del derecho en el marco normativo nacional de México no se ha concretado, pese a ser una demanda constante de pueblos, comunidades y organizaciones sociales que buscan el efectivo goce y ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada en los términos que pautan los instrumentos internacionales.

A nivel general, se observa en los tres países un interés estatal en poner sobre la mesa de discusión el contenido y alcance del derecho de consulta previa, libre e informada y reproducirlo en la normativa nacional. Sin embargo, existen dificultades que limitan este reconocimiento, pero también existen propuestas interesantes que debemos analizar a la luz de las realidades locales y el contexto situacional de cada uno de los países, para que puedan servir como experiencias en la elaboración de la ley que regule este derecho en el Ecuador.

---

7. México territorialmente está dividido en 31 Estados, que a su vez se dividen en Municipios. El Distrito Federal por su parte está organizado en delegaciones.

8. Moreno Derbez, Carlos, 2010. "La integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas en México". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), número 14.



## 2. La consulta previa, libre e informada en la Constitución del Ecuador

---

A pesar del reconocimiento en instrumentos internacionales del derecho a la consulta previa, libre e informada y su inclusión en la Constitución ecuatoriana, existen algunas dificultades de orden procesal y político que limitan el ejercicio de este derecho.

En el presente acápite evidenciamos el origen histórico de la necesidad de este reconocimiento, el significativo avance constitucional en materia de reconocimiento de los derechos colectivos, la necesidad de interpretar la Carta Magna desde un enfoque sistémico, la conceptualización del derecho a la consulta tanto como un derecho de participación y derecho colectivo y algunas dificultades presentes en la Constitución ecuatoriana, que dificultan el pleno goce y ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada.

### *2.1 Avances constitucionales en el reconocimiento del derecho de consulta*

La construcción de los Estados-nación sobre la base del pacto social<sup>9</sup>, consolidado jurídicamente por el constitucionalismo clásico, ha limitado el reconocimiento de la diferencia cultural a un marco jurídico formal que configura el “derecho étnico” como una concepción novedosa, pero carente de métodos para lograr su plena vigencia.

Así, la vigencia de los derechos colectivos, desde finales del siglo XX, surge como una necesidad de reconocimiento de una identidad cultural y social propia de las denominadas “minorías étnicas”<sup>10</sup>, frente a la creciente hegemonía política-jurídica impuesta por los Estados que detentan el poder.

Las relaciones de poder gestadas en diferentes espacios y tiempos históricos, configuran relaciones intersubjetivas desiguales entre la población mundial, lo que para Aníbal Quijano se denomina colonialidad del poder, sustentada primero sobre la base de la clasificación racial y luego por la división geopolítica del capital. En palabras del autor:

La colonialidad del poder es uno de los elementos constitutivos del patrón global de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder, y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas de la existencia cotidiana y a escala social. Se origina y mundializa a partir de América. Con la constitución de América (Latina), en el mismo momento y en el mismo movimiento histórico, el emergente

---

9. Término acuñado por primera vez por Tomas Hobbes, quien al referirse a la forma de organización de la sociedad y la existencia de varios tipos de gobierno como premisa indisoluble de la convivencia humana, señala que el origen del Estado es el pacto entre los seres humanos y un gobernante, el cual procura el bienestar de todos.

10. Denominadas minorías no por representar proporcionalmente una cantidad inferior de individuos sino, por estar asociada a la concepción y naturalización de la idea de “raza”, que permitió profundizar un sistema de dominación, sobre la base de la clasificación social jerárquica de la población, que posiciona a los “blancos” en la cúspide de las relaciones sociales.

poder capitalista se hace mundial, sus centros hegemónicos se localizan en las zonas situadas sobre el Atlántico -que después se identificarán como Europa-, y como ejes centrales de su nuevo patrón de dominación se establecen también la colonialidad y la modernidad. En otras palabras: con América (Latina) el capitalismo se hace mundial, eurocentrado y la colonialidad y la modernidad se instalan, hasta hoy, como los ejes constitutivos de ese específico patrón de poder (Quijano, 2007: 93-94).

La producción de nuevas identidades geoculturales, que responden a la necesidad de surgimiento de relaciones sociales inclusivas, permiten a los colectivos sociales que históricamente fueron discriminados e invisibilizados por el sistema político-jurídico dominante, demandar del Estado el reconocimiento de derechos que han sido progresivamente incluidos en la legislación nacional e internacional, gracias a la presión y lucha constante de muchos pueblos y comunidades -especialmente indígenas- en la búsqueda de la descolonialidad del poder<sup>11</sup>.

Sin embargo, no todas las demandas de los grupos étnicos excluidos, han sido recogidas en la legislación nacional, y muchos de los derechos consagrados en ella no se cumplen en la práctica, en parte debido a la falta de voluntad política de hacerlo, pero sobre todo por el legado histórico colonial de la legalidad y la institucionalidad en nuestro país.

A pesar de ello, existen importantes avances constitucionales relevantes en materia de reconocimiento de la diversidad cultural y étnica en Latinoamérica, y particularmente en el Ecuador, que se orientan hacia un cambio de paradigma de un Estado colonizador, a uno más incluyente y garantizador, no sólo de derechos individuales sino también colectivos. El Ecuador ha dado un paso significativo con la Constitución Política del Ecuador de 1998, misma que establece el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano<sup>12</sup> y, además, reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos y garantiza entre otros su derecho a ser consultados<sup>13</sup>.

Estos logros, que luego fueron ratificados y ampliados por la Constitución del 2008, suponen asumir desde el Estado una política de reconocimiento de la diferencia y, por lo mismo, la protección de varias culturas en un espacio territorial común. Lo cual no implica asumir una postura etno-culturalmente neutral, sino más bien construir una sociedad nacional solidaria entre los distintos grupos y abierta a brindar oportunidades para todos, reconociendo cierto grado de autonomía, lo cual implica realizar cambios en la distribución del poder y los recursos (Kymlincha, 2003; en Cisneros, 2011: 74).

Este hecho, a su vez nos permite reflexionar sobre la necesidad de asumir desde el Estado y la sociedad en su conjunto el reto de construir relaciones sociales desde una

---

11. Término que implica una disolución de las estructuras de dominación y explotación configuradas por la colonialidad del poder y la destrucción de sus bases ideológicas. Esta perspectiva de análisis ha sido señalada por autores que forman parte del proyecto Modernidad/Colonialidad/Descolonialidad, (MCD), y que configuran el pensamiento crítico latinoamericano sobre las relaciones de poder. Entre ellos podemos citar a Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Edgardo Lander, Arturo Escobar, Catherine Walsh, Nelson Maldonado-Torres, Zulma Palermo, Santiago Castro-Gómez, entre otros.

12. “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada” (Constitución Política del Ecuador, 1998: art. 1).

13. “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen” (Constitución Política del Ecuador, 1998: art. 84, numeral 5).

óptica descolonizadora, que implique una ruptura del paradigma hegemónico del poder.

En este sentido, la Defensoría del Pueblo ha señalado que el Ecuador, no ha logrado consolidar la propuesta de descolonización del poder, pues no se ha conseguido reemplazar la noción de “sujeto” de la democracia liberal “ciudadano”, por la del “sujeto colectivo” que tiene diferentes formas culturales de participación política y económica en la sociedad, y de relacionamiento con los otros y la naturaleza (Defensoría del Pueblo, 2011: 18).

El derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, que fue reconocido en la Constitución Política del Ecuador de 1998, cobra un sentido mucho más amplio en la Constitución ecuatoriana vigente, pues en la anterior se reconocía sólo a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados solamente en los casos que involucren actividades extractivas de recursos naturales no renovables; mientras que en la actualidad, el Estado tiene la obligación de consultar no sólo a pueblos indígenas, sino a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y además de los casos de extracción de recursos no renovables, también previa adopción de medidas legislativas que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos. Así, la Constitución del Ecuador del 2008 establece lo siguiente:

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

Numeral 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Numeral 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. De la lectura de este artículo se desprende que la consulta, como uno de los derechos colectivos está previsto para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, y previo a la adopción de medidas legislativas”.

Es importante señalar que tanto en la Constitución ecuatoriana de 1998 como en la vigente, se establece el principio de reserva legal, por medio del cual la Asamblea Nacional (anterior Congreso Nacional) tiene la facultad exclusiva de crear, modificar o suprimir leyes, en los casos que impliquen regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales<sup>14</sup>. Esta reserva legal en la práctica no se ha cumplido, pues

---

14. Constitución de 1998 art. 141 y 142 numeral 3; Constitución del 2008, art. 132 numeral 1.

se han expedido normas que regulan tanto la consulta previa, libre e informada como la ambiental, a través de reglamentos, lo cual atenta con el principio de legalidad.

El avance constitucional en el Ecuador en materia de reconocimiento de los derechos colectivos, y en especial el de la consulta previa, libre e informada -para las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades- es importante, en tanto ha creado mecanismos para construir nuevas relaciones desde un enfoque plurinacional del Estado ecuatoriano. A pesar de ello, en la práctica no se evidencia un rompimiento de las estructuras sociales colonizadoras, lo cual puede limitar el pleno ejercicio de este derecho y el resto de los derechos humanos consagrados tanto en el ordenamiento jurídico interno, como en los instrumentos internacionales.

## **2.2 Enfoque sistémico e integral de la Constitución**

La Constitución ecuatoriana vigente, de corte garantista, normativa y rígida, configura un nuevo paradigma político-jurídico, en el cual la Constitución no es solamente una manifestación de la potestad estatal suprema, por medio de la cual se organiza el poder y se establece el marco del derecho ordinario, sino se convierte en el cuerpo normativo tutor de los derechos fundamentales (Narváez, 2012: 91-92).

Así, se configura una nueva categoría jurídico-política de análisis, diferente a los postulados centrales del positivismo jurídico -modelo legicéntrico, estatalista y formalista<sup>15</sup>-, que a decir de Comanducci, debe abordarse como teoría, ideología y método. Bajo el paraguas de los conceptos desarrollados en la nueva Constitución ecuatoriana, debemos analizar el contenido de las normas constitucionales con un enfoque sistémico.

La Constitución señala que todas las personas, colectivos, comunidades, pueblos o nacionalidades pueden gozar de los derechos y garantías establecidas tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales. Reconoce, entre otros, el principio de inmediatez al señalar que las garantías y los derechos contenidos tanto en la Constitución, como en instrumentos internacionales de derechos humanos serán de aplicación directa e inmediata por parte de cualquier servidor o servidora públicos (administrativo o judicial), de oficio o a petición de parte; además, se debe aplicar la norma que más favorezca el reconocimiento pleno del derecho en cuestión.

Así mismo, las acciones interpuestas por cualquiera de los sujetos de derecho, en relación al ejercicio de los derechos constitucionales o reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, no pueden ser rechazadas por falta de norma jurídica que los desarrolle (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 417, 426, 10 y 11 numeral 3, 5). En el caso del derecho a la consulta previa, libre e informada, si bien es adecuado procesalmente promulgar una ley que regule el derecho, su existencia no es condición necesaria, *sine qua non* para que el derecho sea exigible y ejercido.

El texto constitucional establece también algunas salvaguardas jurídicas importantes en el desarrollo de normas de cualquier jerarquía, pues señala que ninguna norma legal puede restringir el contenido de los derechos o garantías constitucionales; y además este contenido debe desarrollarse de manera progresiva. En este sentido, cualquier norma que restrinja o limite el ejercicio del derecho a la consulta, o cualquier acción u omisión que disminuya o anule el ejercicio de los derechos, no será aplicable jurídicamente, pues estaría en discordancia con los preceptos constitucionales vigentes (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 11, numerales 4 y 8; 84, 85, numeral 2)

---

15. En el cual el poder estatal es ejercido de acuerdo a las disposiciones de la ley y, por lo mismo, las decisiones de las autoridades estatales y los derechos civiles y políticos, están sometidos a ella.

Si bien la Constitución es la norma suprema que rige la vida político-jurídica del Ecuador, se establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen por sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 424, 425).

Además, se establece que todas las personas, autoridades o instituciones están sujetas a las normas constitucionales y las previstas en *instrumentos internacionales* de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución (lo cual implica que pueden ser jerárquicamente superiores a la Constitución si cumplen con esta condición); además, se recalca que serán de inmediato cumplimiento y aplicación y no se podrá negar el reconocimiento de tales derechos por falta de ley o desconocimiento de las normas (Constitución del Ecuador 2008, art. 426, 11 numeral 3). Así, el derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado, materializado en los instrumentos internacionales descritos en el anterior acápite, tienen plena vigencia y deben ser de inmediata aplicación.

De acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional, los derechos y garantías establecidos en la Constitución deben ser interpretados al tenor literal que más se ajuste a la Constitución y su integralidad, y se interpretarán en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y voluntad del constituyente (Constitución del Ecuador 2008, art. 427). Algunos autores han señalado que esta norma debería ser interpretada de forma relacional con el resto de normas constitucionales, desde la óptica garantista de la Constitución:

“...en lo referente a la interpretación literal y a la voluntad del constituyente, no es compatible con el desarrollo actual de la interpretación constitucional, pues la hermenéutica en esta materia lo que busca es que dicha interpretación se adapte a las realidades sociales, culturales y políticas en que van a ser aplicadas y no buscando el sentido que quiso darle el constituyente o sólo limitándose a su tenor literal” (Grijalva: 2009, en Defensoría del Pueblo, 2011: pág. 14).

La voluntad del legislador no puede primar en la interpretación constitucional, pues en el nuevo paradigma neoconstitucional la Constitución no es el reflejo de la potestad estatal (incluyendo la del legislador), ya que el Estado debe sujetarse al mandato constitucional, que es el resultado de la convergencia de principios constitucionales y valores éticos con enfoque multicultural, que finalmente configuran las normas. En este sentido, a decir de Narváez, citando a Gaviria, los jueces son los llamados a interpretar la normativa, pues se alejan de ser -la boca de la ley- para asumir un rol protagónico en la creación del Derecho, sobre la base del respeto de la dignidad humana (Narváez, 2012: 90). Al respecto Beuchot señala:

“Respecto a la interpretación: en el acápite sobre la hermenéutica analógica, se afirma que esta trata de evitar el monolitismo de los univocismos y el relativismo exagerado de los equivocismos, es decir no sólo una interpretación es válida ni todas la son, sino un conjunto de ellas, que está ordenando de tal manera que puede haber una jerarquía, según la cual sea posible decidir cuando una interpretación es verdadera o falsa, y, de entre las verdaderas, cuáles se acercan más al texto que otras. Este tipo de hermenéutica puede ser aplicada en la realidad multicultural y a la relación de los derechos humanos en ella” (Beuchot, 2008, en Narváez, 2012: 90).

El modelo del Estado ecuatoriano, constitucional de derechos y de justicia, reconoce la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, y define a la Corte Constitucional como el máximo órgano de interpretación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sus sentencias constituyen jurisprudencia vinculante y es, a través de ellas, que se ejerce el control de constitucionalidad (Constitución del Ecuador, 2008: art. 436, numeral 1).

Bajo el paraguas de la justicia constitucional adoptado por el Estado ecuatoriano, la Corte Constitucional ha manifestado que la Constitución, no puede ser interpretada o leída de manera fragmentaria, sino de forma integral y orgánica, como parte de un conjunto normativo, por lo que si existiere duda sobre el alcance de una norma, la interpretación que las autoridades realicen sobre ella, debe ser en relación con las demás normas que traten sobre aspectos iguales (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2009: 5; Corte Constitucional, 2009: 11 y 12).

Además, la Corte señaló que la interpretación debe realizarse con la incorporación del bloque de constitucionalidad, que incluye los convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado (Corte Constitucional, 2009; Corte Constitucional, 2006: 7). Adicionalmente, se refirió a la aplicabilidad directa por y ante cualquier juez y autoridad, de los instrumentos internacionales, incluso de aquellos que no necesitan de un proceso formal de ratificación del Estado -derecho blando o *soft law*-, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 426 y 11, numeral 3 de la Constitución (Dictamen de la Corte Constitucional, 2009: 13).

En este sentido, las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional reconocen el carácter vinculante de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano<sup>16</sup>. Por lo que el artículo 427 de la Constitución, referente a la interpretación de las normas constitucionales, debe ser leído sobre la base de los principios constitucionales que hemos referido en este acápite. En el caso del artículo constitucional que garantiza el derecho a la consulta previa, libre e informada, debe ser leído de manera integral incluyendo principios relacionados con este derecho, establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (bloque de constitucionalidad), pero además debe considerar lo establecido en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### ***2.3 La consulta como un derecho de participación y derecho colectivo***

Desde los albores del nacimiento de las sociedades modernas, la participación en lo público de la población era una necesidad, que se derivaba de la idea de ejercer una ciudadanía activa y consolidar una democracia constitucional, lo cual, a decir de Aguilera y López, permite desarrollar una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos (Aguilera y López, 2005, en Narváez, 2012: 191).

A partir de la caracterización del Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y de justicia, se abre un espacio para la construcción de nuevos paradigmas en la creación de las normas jurídicas y el entendimiento de las relaciones sociales. En este sentido, el derecho de participación implica la posibilidad que tienen las personas, comunidades, comunas, pueblos, nacionalidades y colectivos de participar en la formulación, ejecución, evaluación, y control, de las políticas públicas (Constitución del Ecuador, 2008: arts. 85 y 61); pues, a decir de Aparicio Wilhelmi, los colectivos

---

16. La Defensoría del Pueblo, destacó que “ciertos instrumentos internacionales, como recomendaciones y convenios no ratificados no tienen condición de vinculantes para ser puestos en práctica, aunque pueden ser observados como guías de buenas prácticas o brindar orientaciones para políticas públicas y legislación” (Defensoría del Pueblo, 2011: 16).

sociales son la razón de ser del Estado, y no el objeto de regulación (Aparicio Wilhelmi, 2008).

El relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, en las observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución ecuatoriana sobre los derechos de los pueblos indígenas, señaló que el Estado ecuatoriano debe entablar un proceso de diálogo con los pueblos y nacionalidades indígenas, y asegurar su participación en la creación y funcionamiento de la nueva institucionalidad, en condiciones de igualdad, tomando en cuenta sus formas tradicionales de organización (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 2010a: 20)

En sociedades que están reguladas bajo el paraguas de un Estado constitucional de derechos y justicia, el Estado tiene la obligación de tutelar jurídicamente el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, conforme al paradigma neoconstitucional que, a decir de Narváez, están inclusive por sobre la soberanía del Estado y cualquier derecho patrimonial (Narváez, 2012: 194).

En los últimos años, la exigencia de la participación ha cobrado gran importancia, en especial en temas relacionados con el ambiente, pues su control y gestión han desencadenado conflictos socioambientales que afectan directamente la vida de los colectivos. Así, surge el principio 10 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que establece que todas las personas tienen derecho a acceder a la información ambiental, a participar de los procesos de toma de decisiones y a la justicia ambiental. Así, el derecho de participación está interrelacionado con el acceso a la información oportuna, lo cual evidencia la interrelación entre los derechos, pues la vigencia de uno de ellos pasa por el pleno ejercicio del otro.

Por otro lado, los mecanismos diseñados por el Estado para garantizar el ejercicio del derecho de participación<sup>17</sup>, deben pasar por el reconocimiento y respeto a la diversidad cultural y a los principios constitucionales, por ende es esencial el respeto a los derechos colectivos, entre los que se incluye el derecho de consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Sin embargo, este postulado tiene un grado de dificultad, pues implica el reconocimiento de sociedades multiculturales, respeto de sus propias formas de vida y organización, y derecho a la autodeterminación, a decir de la Defensoría del Pueblo:

“La participación es un derecho humano que busca viabilizar que las personas, comunidades y pueblos participen en la vida social y política de los Estados; sin embargo este derecho humano, visto desde la diversidad étnica genera una mayor complejidad, pues busca salvaguardar la recreación de estas entidades históricas con identidad y culturas propias, frente a decisiones estatales que puedan afectarlas” (Defensoría del Pueblo, 2011: 19 y 20).

Al respecto, el relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en referencia al derecho de participación señala que existen varias dimensiones que deben tomarse en cuenta, desde un enfoque de diversidad étnica:

---

17. Entre los mecanismos de participación social previstos en la normativa nacional constan las audiencias públicas, los cabildos populares, la silla vacía, los observatorios ciudadanos, los consejos consultivos, las veedurías ciudadanas, las consultas ambientales, consultas previas, consultas populares, las acciones ciudadanas (Narváez Álvarez 2011, en Narváez, 2012: 197, 198 y 199).

- a) Participación de los pueblos indígenas en las estructuras políticas de los Estados.
- b) Participación en la adopción de decisiones estatales que afecten sus intereses o derechos de los pueblos, por medio de la consulta para conseguir el consentimiento previo, libre e informado.
- c) Participación en la adopción de decisiones a nivel internacional.
- d) Ejercicio de la autonomía y autogobierno.
- e) Mantenimiento de sus propios sistemas jurídicos y de justicia (relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, 2010b: 13-15).

### 3.

## La Consulta previa, libre e informada en la legislación ecuatoriana

---

El derecho de consulta previa, libre e informada, se lo puede analizar desde una doble dimensión; por un lado, es un mecanismo de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y, por otro, se configura en un derecho colectivo reconocido tanto por la Constitución ecuatoriana, como por los instrumentos internacionales en especial el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, cuyo contenido y alcance lo analizaremos en el siguiente acápite.

El derecho de consulta previa, libre e informada, es un derecho colectivo y de participación que tiene importancia social y política, y cuya vigencia implica el reconocimiento de su alcance y contenido de acuerdo a la normativa nacional e internacional. De allí, la necesidad de regular el derecho, en la normativa nacional, siempre con los lineamientos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el presente acápite, se resumen, por un lado, las características básicas, alcance y límites de este derecho; y, por otro, se analizan las normas que regulan este derecho a nivel nacional y sus implicaciones jurídicas.

### *3.1 Contenido esencial y alcance de la consulta previa, libre e informada*

El derecho de consulta previa, libre e informada, como se señala en el capítulo primero, está intrínsecamente relacionado con el consentimiento previo, libre e informado, especialmente en los casos específicos señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos en el presente documento.

Sin embargo, es necesario que se establezca una diferencia entre la consulta y el consentimiento. La consulta implica, por un lado, un límite al actuar del Estado y, por otro lado, permite el diálogo con los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas. La Defensoría del Pueblo del Ecuador, analiza este tema desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional y señala que, el derecho de consulta involucra dos elementos fundamentales:

1. La consulta previa, libre e informada, entendida como límite del poder público, contiene una obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos, tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Este instrumento implica que el proceso de diálogo, entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de las decisiones estatales (Defensoría del Pueblo, 2011: 18).

Estos elementos fundamentales para desarrollar el contenido esencial y alcance de la consulta, guardan consonancia con lo establecido tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas.

Ambos instrumentos establecen que el propósito de la consulta es lograr el consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT, además del consentimiento, prevé como propósito de la consulta el

alcanzar acuerdos. Esta última idea es sumamente importante, pues facilita la toma de decisiones por parte del Estado, en tanto se establece la posibilidad de llegar a acuerdos entre éste y las comunidades o pueblos indígenas que pueden ser afectados, con excepción de los temas en los cuales, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, es indispensable el consentimiento previo (Declaración de las Naciones Unidas, 2006: arts. 10 y 29 párrafo 2).

Llegar a acuerdos es un tema clave ya que no solo facilita el ejercicio del poder estatal y la legitimización de las medidas adoptadas por el Estado, sino que, además, se podrían evitar conflictos socioambientales que limitan el ejercicio de los derechos humanos e impiden la ejecución de las políticas públicas y adecuado funcionamiento del aparato estatal.

Este tema, como señalamos en capítulos anteriores es muy debatido, sobre todo porque aparentemente supone privilegios para los pueblos, comunidades, comunas y pueblos indígenas, frente a los demás sectores de la sociedad, lo cual ha provocado en determinados momentos críticas y conflictos entre el Estado, las empresas y los colectivos.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo del Ecuador, ha sido enfática al señalar que históricamente los pueblos indígenas han sido objeto de exclusión, discriminación y explotación, y que, por lo mismo, el reconocimiento de los derechos colectivos, entre ellos el de la consulta previa, libre e informada, significan un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, el mantenimiento de su cultura e identidad (Defensoría del Pueblo, 2011: 19).

En este mismo sentido se ha expresado el Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en relación con el derecho de consulta previa, libre e informada:

“( ) la elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación” (Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2008: párr. 34).

Ahora bien, el derecho de consulta previa debe llevarse a cabo frente a toda medida administrativa o normativa susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos o territorios, en función de la potestad administrativa y normativa prevista en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Debemos entender por medidas legislativas, todas las normas a nivel nacional, regional y local, emitidas por la autoridad estatal competente, en relación a todo proceso de elaboración o reforma de la Constitución, leyes, ordenanzas y reglamentos. Mientras que las medidas administrativas, se refieren a las políticas públicas, planes, programas y proyectos de la administración pública<sup>18</sup>, con lo cual incluyen, entre otras medidas, los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables, que puedan afectar directamente a los derechos e intereses colectivos.

### 3.1.1 Sujetos consultados y consultante

La Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, establecen que el Estado es el sujeto consultante (legitimado para realizar la consulta previa, libre e informada), esta capacidad es indelegable a otras personas naturales o jurídicas (Constitución del Ecuador, 2008; Convenio 169 de la OIT: art. 6; Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006: art. 19)

Este reconocimiento es importante pues históricamente las empresas extractivas eran quienes se encargaban de realizar los procesos de consulta a la población, como una forma de legitimar sus actividades en los territorios; pero en estos procesos no se cumplían los principios de la consulta previa, libre e informada, ni siquiera de la consulta ambiental. Al respecto, el relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, manifestó que incluso cuando las empresas privadas, en la práctica, son quienes llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, debe ser el Estado el responsable de celebrar las consultas de manera adecuada (Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2009: párr. 72).

Por mandato constitucional, los sujetos consultados son las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT, en su art. 1, reconoce derechos colectivos a los pueblos tribales, que en el caso ecuatoriano, por las características descritas en el Convenio, pueden ser los pueblos afroecuatorianos. En el Convenio 169 de la OIT, se han definido dos criterios por medio de los cuales se pueden identificar a los pueblos indígenas o tribales:

1. Criterio Objetivo: para los pueblos indígenas implica el cumplimiento de dos condiciones; la primera, que los pueblos descendan de poblaciones que habitan o que habitaban en el país en la época de la conquista, la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; la segunda, que conserven sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. En el caso de los pueblos tribales, se debe verificar que tengan condiciones sociales, culturales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad; y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial.
2. Criterio subjetivo: que tiene relación con el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales. En el caso ecuatoriano, los pueblos deben auto identificarse como indígenas o afroecuatorianos para poder ser sujetos consultados.

La consulta que el Estado realiza como sujeto legítimo consultante, a los sujetos consultados, debe realizarse a través de las instituciones propias u organizaciones representativas de acuerdo a mandato constitucional y a lo establecido en los instrumentos internacionales antes referidos. En este sentido, el Estado no puede imponer un modelo de institución ni determinar de forma unilateral cuáles son las organizaciones por medio de las cuales realizar la consulta a los pueblos, sino los propios pueblos deben definir las instituciones representativas que gozan de legitimidad para realizar la consulta (OIT, 2009: 12). Si el proceso de consulta no logra realizarse con las instituciones legitimadas para el efecto, no se estarían cumpliendo con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

18. El sector público está conformado por los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos (Constitución del Ecuador, 2008: art. 225; Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 4).

### 3.1.2 Características de la consulta

Para poder ejercer el derecho de consulta, esta tiene que realizarse a la luz de características establecidas tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (art. 19). Existen tres características básicas que deben cumplirse: previa, libre e informada.

La primera característica (**previa**) debe ser identificada de acuerdo al tipo de medida que se va a consultar, pues a decir de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, cada medida adquiere matices diferentes (Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011: pág. 80).

Lo previo tiene que ver con el tiempo suficiente (sin limitación o injerencia externa) que permita la recopilación de la información suficiente y el debate de los temas a ser consultados (debate interno), lo que a decir de Clavero, incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie cualquier proyecto (Clavero, s/a: pág. 2).

Además, el tiempo suficiente implica el respeto de las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas (OIT, 2009: 63), que pueden ser diferentes de acuerdo a las características y costumbres tradicionales culturales de cada pueblo y a la medida que va a ser consultada.

Por lo tanto, probablemente no será el mismo tiempo el que se requiera para consultar en un pueblo quichuas de la sierra, que a un pueblo waorani; ni tampoco será el mismo tiempo el necesario para consultar sobre una medida administrativa que sobre una legislativa.

La consulta previa realizada tanto en un acto administrativo como legislativo, debe realizarse en todas las fases previas a su adopción y todas las fases de ejecución del proyecto (administrativa) o aprobación de las normas (legislativa).

En relación a la consulta prelegislativa el relator de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, señaló que deberá realizarse la consulta en todas las fases del proceso de producción normativa y no solo en la etapa inicial<sup>19</sup>.

Así mismo, el Relator se ha pronunciado con respecto a la consulta previa sobre actos administrativos, señalando que: *el Estado no debe impulsar los proyectos de inversión, infraestructura, extracción y explotación de recursos naturales, sin una previa, amplia y legítima consulta y participación de los pueblos indígenas* ( ) (Relator de Naciones sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, 2010).

La segunda característica (**libre**) implica que no puede existir coerción, intimidación, presión o manipulación por parte del Estado a particulares, antes o durante el proceso de consulta (OIT, 2009: 63). A decir de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, se pueden traducir en incentivos monetarios, estrategias de división e incluso, cuando la decisión de estos sujetos es negativa, puede llegar a amenazas, represalias, persecución y criminalización (Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011: 43). El Estado, entonces, es el garante del cumplimiento de esta característica en todo proceso de consulta, lo cual implica el respeto a los procesos internos de cada comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad desde sus tradiciones propias.

La tercera característica (**informada**) tiene que ver con el acceso oportuno a la información amplia y necesaria para conocer el alcance de las medidas a ser adoptadas o las normas a ser aprobadas. Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos indígenas, señaló:

---

19. "En el caso de la adopción de una medida legislativa, y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales" (Relator Naciones Unidas, Informe relativo a la reforma constitucional chilena en materia de derechos de los pueblos indígenas,

Uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que ésta sea informada, es decir, que los pueblos indígenas, sus comunidades y al menos un número significativo de sus miembros tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones de la reforma constitucional, solicitar información adicional o asesoramiento técnico. Dicha información presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen (Relator de Naciones sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, 2009: párr. 46).

El Estado tiene la obligación de entregar la información completa y oportuna, tanto de las medidas administrativas, como de las legislativas que se pretendan adoptar y, en caso de ser necesario, brindar asesoría técnica o información adicional a los sujetos consultados que lo requieran.

La información que se proporcione tiene que necesariamente presentarse en el lenguaje originario de las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades consultadas pero, además, debe hacerse de forma comprensible y lenguaje accesible para garantizar que la información pueda ser comprendida por todos y todas. Esta información no puede reposar en una oficina, para que los interesados puedan consultar, sino que debe llegar a los lugares donde habitan los sujetos consultados, para garantizar su acceso.

El cumplimiento de estas tres características básicas es indispensable para que los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, puedan ejercer su derecho a la consulta previa, libre e informada. Sin embargo, no existe una fórmula específica única para realizar la consulta, a todos los pueblos en todos los países, pues dependerá de las circunstancias de cada uno. Al respecto, el art. 34 del Convenio 169 de la OIT afirma que *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”*. De esta manera, se garantiza el derecho de libre determinación de los pueblos y la adopción de procesos democráticos en el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada.

### ***3.2 Problemas que plantea la legislación ecuatoriana en relación a la consulta previa***

El derecho de consulta previa, libre e informada, como señalamos en capítulos anteriores, está garantizado tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales de derechos humanos, que han diseñado los principios rectores de la consulta, proporcionan las pautas y su contenido esencial, para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada. Sin embargo, en el Ecuador no existe una ley integral de consulta previa, libre e informada que regule sus mecanismos y procedimientos. Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, en el Ecuador se han realizado varios intentos de regular el derecho de consulta previa, libre e informada. El primero fue la aprobación del reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas, mediante decreto ejecutivo 1215 del 2002, el cual buscaba aplicar el artículo 15, numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos

sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Este reglamento desarrollado por el entonces Ministerio de Energía y Minas, luego de varios intentos desde 1999, fue un documento polémico, en especial por el rechazo de las organizaciones sociales del texto inicial, ya que no fue socializado. Sin embargo, luego de varios procesos de construcción del documento, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana -CONFENIAE- con el apoyo del Banco Mundial elaboró el reglamento respectivo y lo remitió al Ministerio, el cual después de una validación rápida con las federaciones afiliadas a la CONFENIAE lo aprobó (García, 2012: 3).

Posteriormente, mediante decreto ejecutivo del 19 de octubre del 2006, se aprobó el reglamento del art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental (actualmente derogado) referente a la participación ciudadana y consulta previa, que reconocía el derecho de toda persona natural o jurídica de participar en toda decisión de autoridad pública que afecte al ambiente mediante consulta previa e informada. En caso de no realizar la consulta quedaría sin efecto cualquier acción o contrato celebrado por el Estado. Este reglamento no fue aplicado y quedó en desuso. (García, 2012: 6).

El entonces Ministerio de Energía y Minas estableció los criterios y lineamientos operativos para la aplicación del Reglamento al art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental, referente a las decisiones de riesgo ambiental que adopte la autoridad ambiental minera para su aplicación responsable y de las dependencias de la administración pública minera (Acuerdo Ministerial N° 076, 2007). Este acuerdo ministerial, que fue derogado en 2008, no regulaba el proceso de consulta previa en estricto sentido, sino más bien la consulta ambiental (Acuerdo Ministerial N° 109, 2008).

Existen algunas normas vigentes que se refieren al derecho de consulta, entre ellas: el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>20</sup> (que obliga a los gobiernos locales a establecer un proceso de consulta prelegislativa tanto a pueblos indígenas, como afroecuatorianos y montubios, art. 325); la Ley de Participación que replica en los mismos términos el derecho de consulta sin incluir sus mecanismos y procedimiento, lo cual constituye un vacío legal que limita en la práctica el ejercicio del derecho.

En vista de la inexistencia de normas que regulen el procedimiento de la consulta, la Corte Constitucional al resolver la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley de Minería (que entre sus fundamentos contenía la violación del derecho de consulta prelegislativa) determinó que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones previsto y garantizado en el núm. 17 del art. 57 de la Constitución, debe llevarlo a cabo la Asamblea Nacional cumpliendo mínimamente con algunos requisitos fundamentales:

1. Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.
2. La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede

---

2009).

equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa libre e informada contemplada en el art. 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el art. 398 de la Constitución vigente.

3. Que los pronunciamientos de la comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos. (Sentencia de la Corte Constitucional, 2010: 39).

La Corte Constitucional en la misma sentencia estableció algunas fases que deben tomarse en cuenta en el proceso de consulta:

“Fase de preparación: la Asamblea establecerá la agenda de consulta con identificación de los temas a ser consultados, el procedimiento de consulta, los tiempos de la consulta y el procedimiento de diálogo y toma de decisiones. Adicionalmente definirá conjuntamente con el CNE los documentos necesarios para la elaboración de la consulta que incluirán una papeleta de resultados y un sobre de seguridad.

Fase de convocatoria pública: la Asamblea Nacional abrirá oficialmente esta consulta mediante convocatoria pública a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias previamente identificadas por el organismo público especializado como posibles afectados en sus derechos colectivos. Establecerá también una oficina de información y recepción de los documentos de la consulta en Quito y en las provincias que correspondan y determina que el CNE en los 5 días laborables posteriores a la convocatoria receptorá la inscripción de los sujetos consultados que participarán en el acto ciudadano.

Fase de información y realización de la consulta: En esta fase la Asamblea Nacional establecerá: a) la entrega oficial de la norma consultada y de los documentos para la realización de la consulta, que se lo hará al momento de la inscripción de los sujetos consultantes; b) la entrega de normas que rigen la consulta prelegislativa con información sobre los tiempos de realización; c) adicionalmente las oficinas de información deberán tener a disposición la información detallada en los literales anteriores y toda información que facilite la deliberación interna de las entidades consultadas; d) Determina el plazo de 20 días laborables para receptor los documentos de la consulta debidamente sellados, y se aclara que la discusión interna en los distintos niveles de organización de los sujetos consultados deberá realizarse en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones sin que ninguna instancia ajena intervenga.

Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta: en esta fase la Asamblea Nacional establece la instalación de una mesa de diálogo, durante 20 días laborables, conformado por los delegados de los sujetos consultados previamente inscritos, y por una comisión legislativa ad-hoc nombrada por el Consejo

de Administración Legislativa (CAL). Después de la discusión pública de los resultados de la consulta, se suscribirán los consensos y de no llegar a ninguno, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada con lo cual se procederá a la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la misma” (Sentencia de la Corte Constitucional, 2010: 40 - 41).

En las fases descritas por la Corte, se deberá observar el principio de interculturalidad, lo cual implica que, si bien puede realizarse la consulta en castellano, se pueden receptor los pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados, lo cual permite la garantía de este principio. Además, la Corte dispuso que el sujeto consultante (en la consulta prelegislativa) sea la Asamblea Nacional, para lo cual pedirá la colaboración del Consejo Nacional Electoral y del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (Sentencia de la Corte Constitucional, 2010: 39 - 41).

Los sectores sociales, en especial los pueblos indígenas, a partir del avance del reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada, han exigido del Estado la inclusión en el ordenamiento jurídico nacional, de una ley que regule este derecho de acuerdo a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas.

En este marco, se han presentado algunos proyectos de reforma a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por parte de varios asambleístas, que buscan regular el procedimiento de la consulta prelegislativa, pero todos fueron vetados por el Presidente de la República.

No obstante, en la Asamblea Nacional se presentaron dos proyectos de ley de consulta, que establecen el alcance, objetivos, sujetos consultados y consultantes y regula el procedimiento de la misma. El presentado por el asambleísta Marco Murillo el 27 de abril del 2012; y el presentado por varios asambleístas, entre ellos Gerónimo Yantalema, el 27 de marzo del 2012, con el apoyo de representantes de las organizaciones populares, como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE.

Ambos textos buscan garantizar el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada, con algunas coincidencias de fondo, como el objetivo de la consulta, los principios rectores y los sujetos consultados, pero con diferencias sustanciales en cuanto se refiere a los sujetos consultantes, el alcance y la forma de realizar la consulta. En el siguiente cuadro se puede apreciar una comparación del contenido de los proyectos de ley presentados en la Asamblea Nacional, de acuerdo a la temática y su contenido.

TEMA	PROYECTO 1 (presentado por el asambleísta Marco Murillo)	ARTS.	PROYECTO 2 (presentado por el asambleísta Gerónimo Yantalema y representantes de las organizaciones populares)	ARTS.
Objetivo	Llegar a un acuerdo o consentimiento	2	Consultar para lograr el consentimiento previo	1, 4
Temas	Medidas legislativas o administrativas tramitadas en la Asamblea Nacional: carácter intercultural y plurinacional, políticas públicas para alcanzar igualdad formal; garantizar derechos colectivos. Todas las disposiciones que afecten derechos colectivos.	2, 5	Medidas legislativas o administrativas que afecten derechos colectivos, existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo; así como planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente sus derechos.	3
Alcance	Aplicación inmediata en el territorio nacional	1	Carácter vinculante e inmediata aplicación. Se garantiza la inclusión de los resultados	1, 12
Sujetos consultados	Instituciones u organismos representativos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatorianos	1, 3, 8	Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatorianos (sin perjuicio de que se consulte a otros sectores)	1, 3, 7, 10
Principios	Consulta prelegislativa: oportunidad, interculturalidad, procedimientos apropiados, a través de instituciones representativas, buena fe, plazo razonable, sin coerción estatal, previa información oportuna	4	Oportuna, buena fe, participación con enfoque intercultural, procedimientos apropiados, flexibilidad, previa información oportuna	5
Contenido	Libre, previa e informada (naturaleza y alcance; objetivo; duración; zonas afectadas; impactos y beneficios)	6	Libre, previa e informada (naturaleza y alcance; objetivo; duración; zonas afectadas; impactos y beneficios; procedimientos interculturales)	6
Carácter	Obligatoria y directa (a los que se refiere art. 6, numeral 1, literal a) del convenio 169 OIT) voluntaria (otros sectores afectados)	7	Obligatoria y directa (pueblos y nacionalidades); obligatoria e indirecta (comunidades y comunas); voluntaria (otros sectores afectados)	11
Sujeto obligado a consultar	Asamblea Nacional	4	Estado central y gobiernos autónomos descentralizados	8, 9
Sujeto financista			Estado central	14
Sujeto ejecutor la consulta	Comisión especializada responsable de la norma consultada		Consejo Plurinacional de Consulta, adscrito al CODENPE, con estructura técnica/administrativa/financiera descentralizada	13
Conformación del Consejo de consulta			Paritaria (dos representantes del Estado, dos representantes de los pueblos indígenas, un representante de pueblo afroecuatoriano, un representante de pueblo montubio, un representante de organizaciones indígenas). Además con enfoque de género, intergeneracional e intercultural, respetando alternabilidad.	15, 19
Atribuciones del Consejo de consulta			Planificar, coordinar, organizar y ejecutar la consulta; elaborar presupuesto; calificar pertinencia; difundir el proceso; facilitar asistencia técnica; realizar la consulta de oficio o petición de las partes; proclamar resultados; identificar a los titulares de la consulta; dar seguimiento al proceso.	17

TEMA	PROYECTO 1 (presentado por el asambleísta Marco Murillo)	ARTS.	PROYECTO 2 (presentado por el asambleísta Gerónimo Yantalema y representantes de las organizaciones populares)	ARTS.
Garantías			Acción de incumplimiento (Corte Constitucional)	18
Procedimiento de la consulta	Sujeto consultado presenta petición al presidente de la Asamblea (antes del primer debate de la ley)	8, 9, 10	Identificación medidas legislativas o administrativas objeto de la consulta	20
	Presidente envía a la comisión especializada, quien evalúa procedencia e incluye conclusiones en el informe para primer debate (este informe contiene los temas a ser consultados, procedimiento, tiempos)		Identificar sujetos consultados y sus instituciones representativas	
	En primer debate, el pleno determina realizar o no la consulta cuyo texto se incluirá en el informe para segundo debate		Convocatoria a consulta	
	La comisión especializada realiza convocatoria pública a consulta, define los sujetos objetivos y establece una oficina de información y recepción de documentos en Quito.		Difusión de la medida en el idioma de cada nacionalidad	
	Comisión especializada: entrega el contenido de la norma a ser consultada a los sujetos consultados y los documentos necesarios, en el acto de inscripción de los participantes		Ejecución de la consulta mediante sus propios procedimientos	
	Sujetos consultados realizan procesos de discusión y deliberación interna para tomar la decisión, sin injerencia de sujetos externos	11	Promulgación y seguimiento de resultados	
	Comisión especializada: recepta en el plazo de 60 día laborables (desde la inscripción) los documentos con los resultados de la consulta por parte de los sujetos consultados			
	Comisión especializada fomenta una discusión pública con los sujetos consultados sobre los resultados de la consulta, con el objetivo de llegar a consensos.			
	Comisión remite informe para segundo debate al pleno de la Asamblea con el resultado de la consulta (discrepancias y consensos)			
Resultados de la consulta	Son exigibles en el ámbito administrativo, legal y judicial		Son exigibles en el ámbito administrativo, legal y judicial	21
Transitoria			La sentencia de la CC referente a la consulta tiene vigencia mientras entra en vigor la ley	segunda

### 3.2.1 Semejanzas entre los proyectos de ley

Como se observa en el cuadro anterior, existen algunas coincidencias interesantes que además guardan sintonía con los postulados establecidos tanto en la Constitución ecuatoriana vigente (2008), como en el Convenio 169 de la OIT (en adelante Convenio) y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas (en adelante Declaración), que resumimos a continuación:

- a) Ambos proyectos estiman que la finalidad de la consulta es llegar al consentimiento de la población afectada, previa a la realización del acto administrativo o legislativo, tal como lo estipula la Declaración (arts. 19 y 32).

Sin embargo, el proyecto 1 establece que la finalidad de la consulta además del consentimiento previo, puede ser llegar a un acuerdo entre las partes (Estado y afectados), lo cual corresponde a lo establecido en el Convenio (art. 6). La Constitución ecuatoriana no prevé el consentimiento como la finalidad máxima de la consulta (art. 56, numeral 7).

Como se mencionó anteriormente, si bien la Constitución es la norma suprema que rige la vida político-jurídica del Ecuador, se establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen por sobre cualquier norma jurídica o acto del poder público (Constitución, 2008: arts. 424 y 425).

Además en la Carta Magna se establece que todas las personas, autoridades o instituciones están sujetas a las normas constitucionales y las previstas en *instrumentos internacionales* de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución (lo cual implica que pueden ser jerárquicamente superiores a la Constitución si cumplen con esta condición); adicionalmente, se recalca que serán de inmediato cumplimiento y aplicación y no se podrá negar el reconocimiento de tales derechos por falta de ley o desconocimiento de las normas (Constitución, 2008: Art. 426, 11 numeral 3). Así, el derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado, materializado en los instrumentos internacionales descritos en el anterior acápite, tienen plena vigencia y deben ser de inmediata aplicación.

- b) La decisión resultado de la consulta es de aplicabilidad inmediata en el territorio nacional. El proyecto 2 establece, además, que el Estado debe incluir los resultados en la toma de decisiones o en el proyecto de ley consultado. El carácter vinculante de los resultados garantiza la plena vigencia del derecho de consulta previa, libre e informada, pues se toma en consideración la decisión fundamentada de los colectivos afectados, lo cual está en consonancia con el espíritu de los dos instrumentos internacionales referidos. La Constitución ecuatoriana no reconoce el carácter vinculante de la consulta.
- c) Los proyectos coinciden en definir a las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatorianos, como los sujetos a quienes se debe dirigir la consulta. La Constitución del Ecuador limita el ejercicio de este derecho a colectivos indígenas, pero el Convenio establece que las normas contenidas en este instrumento se aplica tanto a pueblos tribales<sup>21</sup>, como a pueblos indígenas (art. 1).

20. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre del 2010.

21. El Convenio estima que los pueblos tribales en países independientes, son aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (art. 1, literal a).

- d) Se rigen por principios coincidentes: buena fe, oportunidad, procedimientos apropiados, enfoque intercultural, previa información oportuna. El proyecto 1 señala, además, que se debe realizar por medio de instituciones representativas y sin coerción estatal. Mientras que el proyecto 2 añade la flexibilidad como otro principio rector del ejercicio del derecho. Tanto en el Convenio (art. 6) como en la Declaración constan algunos de estos principios (arts. 18, 19 y 30). La Constitución del Ecuador, establece como principios rectores de la consulta la oportunidad y la obligatoriedad (art. 57, numeral 7).
- e) En cuanto a las características de la consulta, ambos proyectos coinciden en que debe ser libre (es decir sin restricción, intimidación o manipulación); previa (debe ser realizada con anticipación suficiente a la medida legislativa o administrativa); informada (se debe proporcionar información transparente, objetiva, oportuna y veraz).

La información a la que se refiere esta última característica incluye: naturaleza, amplitud y alcance de la medida, los fines y objetivos que busca, la duración, delimitación de las zonas que serán afectadas, describir el impacto (económico, social, cultural, legal, ambiental) y los posibles riesgos y beneficios, y los procedimientos que se utilizarán en el proceso (deberán tomar en cuenta el criterio de interculturalidad).

Estas características están desarrolladas conforme a lo establecido en la Declaración (art. 169) y en el Convenio (art. 6); y además son reconocidas por la Constitución ecuatoriana (art. 57, numeral 7).

- f) Entre las formas de participación en la consulta que establecen los proyectos de ley consta la obligatoria (directa e indirecta) y voluntaria. De acuerdo al proyecto 1 es obligatoria y directa para las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades mediante sus instituciones representativas y; voluntaria para otros sectores afectados. Mientras que para el proyecto 2 es obligatoria de forma directa para los pueblos y nacionalidades afectados; obligatoria indirecta para las comunas y comunidades a través de sus instituciones representativas; voluntaria para otros sectores de la población que vean afectados sus derechos.

El contenido de la propuesta está en consonancia con el art. 6 del Convenio y la Declaración (arts. 18 y 19), pero entre ellas existe una diferencia sustancial, pues de acuerdo al proyecto 2 los pueblos y nacionalidades no necesitarían de instituciones representativas para ser consultados. Esta última apreciación permite el ejercicio pleno del derecho a la consulta con criterio de flexibilidad y autonomía para los colectivos consultados, en tanto pueden definir quienes serán los sujetos consultados y si se realizará por medio de instituciones o representantes legítimos.

- g) Ambos proyectos coinciden en que los resultados de la consulta deben ser exigibles tanto en vía administrativa, legal y judicial, lo cual supone la obligación del Estado de garantizar a través de mecanismos apropiados el efectivo goce y ejercicio de este derecho. La Constitución del Ecuador establece algunas acciones que pueden ser ejercidas para la exigibilidad en el cumplimiento de los derechos reconocidos (arts. 88, 93 y 94).

### 3.2.2 Diferencias entre los proyectos

Existen algunas discrepancias y diferencias importantes entre los proyectos de ley, especialmente en lo referente al objetivo de la consulta, los sujetos consultantes y el procedimiento, que delinear el alcance de la consulta previa, libre e informada:

- a) En el proyecto 1 no se define con claridad el alcance de la consulta, pues por un lado se refiere a las medidas legislativas o administrativas tramitadas en la Asamblea Nacional (que puedan afectar el carácter intercultural y plurinacional del Estado, políticas públicas que permitan alcanzar una igualdad formal, medidas que busquen garantizar derechos colectivos); y por otro lado, se establece que se consultará sobre todas aquellas disposiciones que puedan afectar de forma directa o indirecta a los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades, pero no se entiende como medidas adoptadas únicamente por la Asamblea Nacional.

Mientras que en el proyecto 2 se define con mayor claridad el alcance de la consulta, en tanto se realizará frente a medidas legislativas o administrativas que afecten a cualquier pueblo, nacionalidad, comunidad o comuna en: sus derechos colectivos, la identidad cultural, su existencia física, la calidad de vida o desarrollo. Además se establece que se consultará antes de tomar una decisión con respecto a planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente sus derechos.

Al respecto, tanto el Convenio (arts. 6,15 y 16) como la Declaración (arts. 19, 30 y 32), establecen la obligación estatal de consultar antes de que el Estado adopte medidas administrativas o legislativas, que afecten derechos colectivos o los territorios de comunidades o pueblos y enumera los casos en los que debe mediar la consulta, que deberían tomarse en cuenta en los proyectos de ley analizados.

La Constitución ecuatoriana establece con claridad el alcance de la consulta previa, libre e informada (art. 57, numerales 7 y 17):

1. Sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.
  2. Antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
- b) Una de las discrepancias más importantes entre los proyectos de ley analizados, se refiere a la definición del sujeto obligado a realizar la consulta. En el proyecto 1 se establece que debe ser la Asamblea Nacional, mientras que el proyecto 2 es más amplio al señalar que tanto el Estado central como los gobiernos autónomos descentralizados son competentes para realizar la consulta.

La segunda postura es coincidente con el espíritu de la norma constitucional ecuatoriana, el Convenio y la Declaración, pues el Estado, a través de las autoridades competentes tiene la obligación de consultar a los colectivos, antes de adoptar una medida administrativa o judicial que pueda afectar sus territorios (incluidos bienes naturales) y sus derechos colectivos. El limitar la consulta a los actos de la Asamblea Nacional, restringiría el contenido esencial de este derecho.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización es coherente con el espíritu de la norma constitucional al referir que los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados tienen la obligación de establecer un proceso de consulta prelegislativa respecto de aquellas normas que directa y objetivamente pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales (art. 325)

- c) La consulta debe ser realizada por autoridades competentes, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución ecuatoriana (art. 57, numeral 7). En este sentido, ambos proyectos de ley establecen un organismo que debe asumir este rol.

El proyecto 1 señala que el sujeto consultor será la Comisión especializada de la Asamblea Nacional que, en función de la naturaleza y contenido de la norma a ser consultada, sea competente. En cambio, el proyecto 2 crea el Consejo Plurinacional de Consulta, adscrito al Consejo de Desarrollo de Nacionalidades y Pueblos, CODENPE<sup>22</sup>, con estructura técnica, administrativa y financiera descentralizada, como la entidad encargada de realizar el proceso de consulta.

Al respecto se debe tomar en consideración los principios que establecen tanto la Declaración como el Convenio, que establecen que la consulta se debe realizar mediante procedimientos apropiados según las características socio-culturales de los pueblos y a través de instituciones representativas de los pueblos.

El proyecto 2 establece que la conformación del Consejo Plurinacional de Consulta será paritaria (estado y colectivos), pero otorga mayor representatividad al sector indígena, en relación al afroecuatoriano, montubio o al Estado. Lo cual transmite una visión poco inclusiva de los sectores sociales y desigual entre ellos.

Entre las atribuciones del Consejo de Consulta consta la de planificar, coordinar, organizar y ejecutar la consulta; pero también elaborar el presupuesto que se requerirá en el proceso; calificar la pertinencia de la consulta; difundir el proceso a los sectores interesados o afectados; facilitar asistencia técnica en el proceso; realizar la consulta de oficio o a petición de las partes; proclamar los resultados; identificar a los titulares de la consulta; dar seguimiento al proceso.

En este sentido, el Consejo de Consulta sería el ente responsable de todo proceso de consulta, con facultades administrativas y financieras, pues el Estado tendría la obligación de financiar el funcionamiento de la entidad. El proyecto 1 no establece la asignación de un presupuesto determinado para la actividad, lo cual puede resultar un limitante al proceso de consulta.

- d) Cada proyecto de ley establece un procedimiento particular de consulta, que en el caso del proyecto 1 se realizaría de manera formal, centralizada en Quito, y siempre que los sujetos consultados conozcan previamente del acto legislativo que puede afectarles. Sin embargo, es rescatable la idea de respetar el proceso de discusión y deliberación interna de los colectivos consultados, sin injerencia estatal y previa a la toma de decisiones por parte de la Asamblea Nacional.

En el proyecto 2 se garantiza que procedimiento de consulta se realizará mediante los procedimientos propios de cada colectivo consultado, en el idioma de cada nacionalidad y previa identificación por parte del Consejo de Consulta de los sujetos consultados. Además, se prevé un espacio de promulgación y seguimiento de los resultados de la consulta, que permite, si se lo realiza de manera transparente y pública, poder exigir del Estado la inclusión de los resultados en la toma de decisiones de las autoridades competentes.

- e) En el proyecto 2, a diferencia del proyecto 1, se establece una garantía particular en el caso de no cumplirse con la voluntad de los consultados, plasmada en los resultados de la consulta: acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional. Esta norma guarda coherencia con el espíritu

---

22. El CODENPE, fue creado mediante Decreto Ejecutivo No. 386, publicado en el Registro Oficial No. 86 del 11 de diciembre de 1998, en respuesta a los cambios constitucionales que establecen la obligación del Estado de permitir la participación de los pueblos y nacionalidades en los niveles de planificación, priorización de acciones y toma de decisiones en el Estado. El CODENPE es un organismo descentralizado y participativo en el que están representadas las nacionalidades: Kichwa de la Amazonía, Awá, Chachi, Épera, Tsa'chila, Andoa, Shiwiar, Huaorani, Siona, Cofán, Secoya, Shuar, Zápara y Achuar. Además de la diversidad de pueblos pertenecientes a la nacionalidad Kichwa: Pasto, Otavalo, Natabuela, Karanki, Kayambi, Saraguro, Palta, Kafiari, Salasaca, Chibuleo, Kisapincha, Tomabela, Waranka, Panzaleo, Puruhá, Manta, Huancavilca y Nación originaria Kitu Kara.

garantista de la Constitución ecuatoriana que además instituye algunas acciones tendientes a garantizar los derechos humanos y constitucionales, entre ellas consta la acción de incumplimiento (art. 93).

- f) Finalmente el proyecto 2, se refiere a la disposición mandatoria contenida en la sentencia de la Corte Constitucional, referente a la consulta prelegislativa (que señala algunas pautas procesales y principios rectores) y dispone su plena vigencia mientras entra en vigor la ley de consulta. Lo cual desde la óptica de la práctica legislativa es adecuado.

Los proyectos de ley analizados, una vez calificados por el Consejo de Administración Legislativa (CAL) deben ser tratados por el pleno de la Asamblea Nacional, luego de informe presentado por las comisiones especializadas y el texto definitivo de la ley de consulta previa, libre e informada. El proceso de aprobación de la ley no ha concluido hasta la publicación de esta investigación.

### 3.2.3 Reglamento del CAL y Decreto 1247

El Consejo de Administración Legislativa -CAL- acogiendo a lo dispuesto por la sentencia de la Corte Constitucional, referente a la demanda de inconstitucional de la Ley de Minería, en la que dispuso que se establezca por acto administrativo el procedimiento de consulta pre legislativa, aprobó un Instructivo para la Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional (Resolución Legislativa, 2012).

Este instructivo, recoge las disposiciones de la Corte, referente al contenido mínimo de la consulta y sus fases. Sin embargo, es un instrumento que si bien regula el proceso de consulta prelegislativa, no cumple a cabalidad con las disposiciones y principios revisados tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tampoco se verifica el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, en especial el principio de reserva legal, que obliga a regular exclusivamente por medio de ley, los derechos constitucionalmente reconocidos.

Es necesario resaltar que el contenido mínimo de la consulta previa, libre e informada y la prelegislativa, debe cumplir tanto con las disposiciones constitucionales como las establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, no es suficiente el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional para regular este derecho.

El derecho de consulta previa, libre e informada es un tema político y jurídico complejo, pues involucra intereses de varios sectores de la población, relacionados con el uso y control de los recursos naturales y con el ejercicio de un derecho humano. Por ello, su regulación, en especial por la coyuntura política actual del país, es una necesidad estratégica para el Estado y una oportunidad para el cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas.

En este marco, el Estado ecuatoriano, con el afán de legitimar la apertura de nuevos pozos petroleros (que forman parte de la XI ronda petrolera) cumpliendo con el derecho de consulta previa, libre e informada, ha elaborado el “Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarbúricos” (Decreto Ejecutivo 1247, 2012). Sin embargo, al igual que en el caso de el Instructivo emitido por el CAL, viola el principio de reserva legal y no acata todas las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados anteriormente.

En este documento, se dispone que la Secretaría de Hidrocarburos (entidad adscrita al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables) será la encargada de realizar el proceso, mediante la determinación de mecanismos de participación e identificación de los actores que intervendrán en el proceso, los procedimientos administrativos, los beneficios sociales que podrán recibir los afectados, con el apoyo de entidades como el Ministerio de Ambiente y la Secretaría de Pueblos (Decreto Ejecutivo, 1247: 2012: arts. 1 y 6).

Además, en el decreto se caracteriza a la consulta como un mecanismo de participación e información social que tiene como finalidad considerar los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para contribuir en la gestión de la política pública sectorial y fomentar su participación en la toma de decisiones para que las áreas a ser licitadas puedan desarrollarse de manera adecuada. (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: art. 3 y 5 numeral 4).

En este sentido, se observa un enfoque restrictivo del derecho colectivo de consulta previa, libre e informada; pues enfatiza el carácter informativo del proceso de consulta, reduciéndolo a un proceso formal no garantista, que desvirtúa el espíritu y propósitos de la consulta.

El decreto mencionado al referirse a las atribuciones de la Secretaría de Hidrocarburos señala, entre otras cosas, que socializará los beneficios de las actividades a los que podrán acceder los pueblos y nacionalidades indígenas (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: art. 6 numeral 6); olvidándose de la importancia de entregar información suficiente, lo cual incluye no solo los beneficios sino los posibles perjuicios sociales e impactos ambientales negativos.

En cuanto a los sujetos de la consulta, el decreto determina que serán los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas que se encuentren dentro de las áreas de influencia (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: art. 7); lo cual excluye al pueblo afroecuatoriano, que como analizamos anteriormente también es considerado sujeto de consulta previa, libre e informada.

Por otro lado, la Constitución determina como sujetos de la consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y al pueblo afroecuatoriano, por lo que se debe considerar y respetar tanto la continuidad histórica como los procesos de auto identificación de estos colectivos. En el decreto analizado, es la Secretaría de Hidrocarburos la encargada de determinar los sujetos de consulta, lo cual atenta contra el derecho de libre determinación de los pueblos.

La norma referida, establece como plazo máximo para la realización de la consulta, treinta días calendario, contados a partir de realizada la convocatoria. Durante este tiempo se prevé realizar todos los eventos de difusión de información y recolección de criterios (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: art. 12).

Se evidencia en esta disposición una clara violación al carácter “previo” de la consulta, pues como señalamos en capítulos anteriores, tiene relación con obtener el consentimiento antes del inicio de la medida que se pretende adoptar, tomando en consideración el tiempo suficiente para la recopilación de la información necesaria y debates internos para que los pueblos puedan adoptar una decisión. En este sentido, el plazo máximo de treinta días puede resultar insuficiente si se consideran los procesos internos que cada comunidad o pueblo adopten en el proceso, de acuerdo a su cultura y tradiciones.

El decreto establece que se designarán facilitadores para que sean los encargados de realizar el proceso de consulta y de supervisar cada uno de los procesos. Además, se establece que la convocatoria de la consulta deberá contener información técnica que contenga la identificación del bloque o área geográfica, el objeto de la consulta, una mención general de la actividad hidrocarburífera y del marco regulatorio que rige el

proceso, el cronograma y ubicación del proceso de consulta (período y horario), y la información de los beneficios sociales del proyecto (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: arts. 8 -11).

Estas consideraciones son imprecisas e insuficientes para garantizar el carácter de “informado” de la consulta, pues supone que el Estado debe proporcionar la información necesaria que abarque el alcance y las implicaciones (positivas y negativas, sociales, ambientales, jurídicas, culturales) de la medida que se trate y que, además, de ser necesario se proporcione información adicional que requieran los pueblos y nacionalidades. No es adecuado que el Ministerio proporcione una información “general” y exclusivamente de los beneficios sociales del proyecto, pues no se podría considerar como información necesaria, dentro del marco del carácter informado de la consulta.

Por otro lado, el carácter de “informado” implica además que la información que se proporcione a los pueblos y nacionalidades debe presentarse en un lenguaje accesible y traducido a sus lenguas originarias; hecho que considera en el texto del decreto, por lo que colegimos que los “facilitadores”, que son los únicos autorizados por el Ministerio para llevar a cabo el proceso, deberán acreditar conocer la lengua de las comunidades y pueblos donde se realice el proceso.

No se evidencia en el texto del decreto una consideración especial que se refiera al respeto de los mecanismos propios para expresar la decisión de los pueblos y nacionalidades respecto de las medidas a ser adoptadas; más bien se evidencia un solo proceso y forma de realizar la consulta y de receptar los “criterios” de las comunidades, lo cual atenta contra el carácter “libre” de la consulta.

Adicionalmente, el carácter “libre” de la consulta tiene otra implicación, en tanto quiere decir que los titulares de este derecho no deban ser objeto de coerción, intimidación, presión y manipulación externa, que pueden traducirse en incentivos monetarios, beneficios sociales de las actividades, entre otros. Hecho que se evidencia en el texto del decreto, cuando establece que se socializará la viabilidad de intervenciones del Estado en el área social, salud, educación, hábitat, agua y saneamiento. Además, se establece que estas intervenciones serán una forma de compensar a las comunidades a través de beneficios sociales (Decreto Ejecutivo 1247, 2012: art. 16).

Estas actividades, que no tienen relación con la garantía del derecho de consulta previa, libre e informada, corresponden a estrategias tradicionalmente utilizadas por las empresas extractivas, para comprar las voluntades de las comunidades y poder realizar las actividades de extracción sin que medie resistencia social.

Uno de los artículos más controversiales del decreto, es aquel que señala que en el evento de que los ciudadanos no ejerzan su derecho a participar de la consulta o se opongan al proceso, no se configura en causal de nulidad del proceso y no se suspende la continuación del mismo. Este artículo pretende configurar la renuncia tácita del derecho de consulta previa, libre e informada; hecho que es inconstitucional e ilegal, pues los derechos humanos son irrenunciables y cualquier norma que contradiga esta disposición, no será aplicada.

Se evidencia entonces que los dos documentos analizados, el Instructivo del CAL y el Decreto 1247, no recogen los principios establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución ecuatoriana, ni tampoco se proyecta un enfoque intercultural y un espíritu garantista del derecho integral de consulta previa, libre e informada, acorde con la realidad de un Estado plurinacional y constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano.



## 4.

# Análisis de casos emblemáticos referentes al ejercicio de la consulta previa

---

El derecho de consulta previa libre e informada ha sido poco ejercido en el Ecuador, por falta de voluntad política de parte del Estado en hacer efectivo este derecho. Han existido pocas experiencias de consulta previa, libre e informada, con limitaciones e imprecisiones importantes, a pesar de la exigencia por parte de las comunidades y pueblos de realizar un proceso participativo, de acuerdo a las normas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y normativa nacional vigente.

Esta realidad, ha generado conflictos socioambientales, entre el Estado, las comunidades y las empresas, a partir de actos de la administración pública que afectan a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades, quienes no han sido debidamente consultados.

En este contexto, varias comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades de países de América Latina, han empezado procesos propios de consulta, en especial frente a los proyectos de extracción de recursos naturales que afectan a sus territorios y derechos colectivos. Existen varias experiencias en la región, que demuestran la capacidad de las comunidades y pueblos de organizarse para asumir una postura y pronunciarse en relación a los proyectos extractivos que los Estados buscan desarrollar. En el Ecuador, la primera experiencia de consulta comunitaria, se llevó a cabo hace pocos meses en las parroquias de Victoria del Portete y Tarquí, en la provincia del Azuay, frente al proyecto de extracción de oro en el páramo de Kimsacocha.

En el presente acápite describimos las experiencias de consulta previa y consulta comunitaria desarrolladas en Ecuador; además de dos conflictos asociados a la exigencia de las comunidades por el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada.

### *4.1 Análisis de experiencias de consultas previa y comunitaria en el Ecuador*

En el Ecuador se han llevado a cabo dos procesos de consulta previa, libre e informada, como resultado de la aprobación de normas que han buscado regular el derecho, pero no han conseguido ajustarse a las disposiciones mínimas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ambas consultas se refieren a procesos licitatorios en materia hidrocarburífera.

#### **4.1.1 Procesos de consulta previa en el Ecuador**

La primera consulta fue realizada luego de la aprobación del Reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas en 2002, con el objetivo de licitar los bloques petroleros 20 y 29 localizados en las provincias de Orellana, Napo y Pastaza, específicamente en 6 cantones y 16 parroquias, 263 comunidades kichwa, 6.492 familias que representaban 32.000 habitantes. Este proceso lo realizó el Estado ecuatoriano por medio de la empresa Petroecuador, con el apoyo de la Universidad Politécnica Salesiana, entre los meses de agosto a diciembre de 2003 (García, 2012: 4).

En este proceso se pronunciaron 263 comunidades, de las cuales más del 10% decidieron pronunciarse en contra de la licitación de los bloques petroleros (25 comunidades), menos del 1% no se pronunciaron (2 comunidades) y cerca del 90% apoyaron el proceso de licitación (236 comunidades). El apoyo mayoritario estuvo condicionado a los siguientes controles:

1. La creación de un sistema de gestión ambiental, con el objetivo de dar seguimiento apropiado a los posibles impactos ambientales en la zona de influencia.
2. El uso de tecnologías limpias durante la exploración, explotación, transporte y comercialización del crudo.
3. Realizar un monitoreo con personal calificado y estudios de impacto ambiental de las actividades.
4. Contar con un seguro de la compañía petrolera que cubra riesgo de vida y salud de los trabajadores.
5. Las personas o comunidades afectadas por la actividad petrolera, deben recibir indemnizaciones que tomen en cuenta el costo beneficio y los costos de oportunidad (daño y tiempo) en relación a las actividades realizadas por estas personas. Además, el cálculo de los daños debe realizarse por métodos que valoren los servicios ambientales.
6. En el caso de las compensaciones se destinará un porcentaje del total de inversión para la creación de un fondo de compensación colectivo que esté vinculado con un plan global de desarrollo regional.
7. Tener en cuenta la sustitución de inversiones directas en subáreas de los bloques (con excepción de indemnizaciones, servicios productivos y compra directa de bienes).
8. La creación de un fondo con el 5% de la inversión petrolera por fase y relacionado con otras inversiones o donación de organismos internacionales, a través de un fideicomiso (García, 2012: 4).

En el proceso de consulta, se evidenciaron algunas dificultades:

1. La información proporcionada a las comunidades por parte de la empresa no fue completa, y no se informó de manera adecuada, debido especialmente al poco tiempo previsto para el proceso (60 días) y que la mayor parte de la información no fue transmitida en kichwa y, por lo mismo, no pudo ser asimilada por la población.
2. La convocatoria a la consulta no incluyó a todos los actores involucrados, especialmente a los sectores urbanos indígenas y no indígenas.
3. La consulta fue más informativa que consultiva.
4. La consulta no se realizó de forma libre, pues la decisión de las comunidades fue influida por el hecho de que la opción de explotación fue presentada como irreversible por parte del Estado.
5. La participación de observadores durante el proceso fue limitada y las observaciones hechas por los actores indígenas no fueron acogidas por los ejecutores de la consulta (García, 2012: 4-5).

La Defensoría del Pueblo, en su informe de consulta previa, libre e informada, al referirse al proceso de consulta de los bloques 20 y 29, ratificó que las observaciones

y criterios de las comunidades y otros actores que participaron como observadores del proceso fueron escasamente acogidas, lo cual desvirtúa el proceso de consulta realizado.

La segunda consulta se llevó a cabo en diciembre del 2005, por parte de la estatal Petroproducción, con el objetivo de licitar los campos marginales: Frontera-Tapi-Tetete, Eno-ron, Puma y Armadillo, en las provincias de Sucumbíos y Orellana, en zonas pertenecientes al territorio de las nacionalidades indígenas Secoya, Siona, Waorani, Cofán y Kichwa. Este proceso al igual que el anterior tuvo limitaciones y falencias similares.

Se evidenció entonces que no se cumplieron las condiciones mínimas para realizar la consulta, es decir que sea previa, libre e informada, o cual, generó descontento en las comunidades. Este hecho, permitió el surgimiento de conflictos socio ambientales que generó resistencia por parte de la población a la política extractiva del gobierno de ese entonces y la consolidación de un frente opuesto al proceso de consulta: Frente de Resistencia a la Actividad Petrolera, en marzo del 2004 (García, 2012: 5).

#### **4.1.2 Consulta comunitaria en Kimsacocha**

Los habitantes de las parroquias de Tarqui, Victoria del Portete y El Valle, adquirieron como propiedad comunal el hato de Sombrederas que incluyó el páramo de Kimsacocha, ubicado en la provincia del Azuay. Desde entonces éste páramo ha cumplido una función social, cultural y ambiental muy importante para la vida de varios pueblos de la región (Pérez, 2012: 124- 126).

El Estado ecuatoriano, con el apoyo de organizaciones internacionales de crédito, elaboró en 1991 la primera ley de minería del Ecuador, con el objetivo de atraer la inversión y privada y promover el desarrollo económico del país. Las políticas estatales perseguían consolidar proyectos de extracción minera que incluían la incursión en áreas naturales protegidas (Pérez, 2012: 125).

El 21 de noviembre del 2001 la empresa “Iamgold” obtuvo del Estado, sin el consentimiento de las comunidades, la concesión para la explotación minera de un área aproximada de 12.962 hectáreas, dentro de territorios pertenecientes a las parroquias de Tarqui, Victoria del Portete, Chumblin, Baños y San Gerardo, en los cantones de Cuenca, Girón y San Fernando (Pérez, 2012: 127).

Frente a estos eventos, el 5 de marzo de 2004 se constituyó el Comité de Defensa de Medio Ambiente de Victoria del Portete, con el objetivo de rechazar toda actividad minera que afecte el páramo de Kimsacocha. Este comité solicitó a las autoridades estatales la nulidad de la concesión minera en áreas donde existen fuentes de agua (Pérez, 2012: 124- 131).

La oposición mayoritaria de las comunidades se reflejó en varias movilizaciones, concentraciones y proclamaciones por parte de los miembros de los sistemas comunitarios de agua del Azuay en contra de las actividades de la empresa minera y de las acciones estatales que la fomentan (Pérez, 2012: 132- 135).

En junio del 2007, se dio inicio a un levantamiento popular de estos sectores en defensa del agua y en contra de los proyectos de minería en el Azuay, lo que generó conflictos sociales entre el Estado, las comunidades y la empresa minera. Frente a estos hechos el Estado rechazó la manifestación de los comuneros y comuneras e inició procesos judiciales en contra de sus dirigentes (Pérez, 2012: 140 -143).

El 7 de abril del 2008, usuarios del agua de varios cantones de la provincia del Azuay, demandaron a la Asamblea Constituyente que al momento estaba en funciones la aprobación de un Mandato Minero para la liberación de concesiones mineras en las

fuentes de agua. A pesar de la promulgación del Mandato, en el 2009 la Asamblea Nacional aprobó el texto de la Ley de Minería, sin consulta previa, que contiene varias contradicciones con el Mandato Minero (Pérez, 2012: 148- 151).

En 2010, luego de varias movilizaciones en contra de la ley de minería y el proyecto de Ley de Recursos Hídricos (que la Asamblea nacional no sanciona todavía), las comunidades y usuarios del agua exigieron al Estado la declaración del Ecuador como un país libre de minería en fuentes de agua y el cumplimiento del derecho de consulta previa libre e informada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa nacional e internacional (Pérez, 2012: 156 - 158).

La negativa del Estado a realizar la consulta permitió que, el 15 de agosto de 2011, la Asamblea de Usuarios del Sistema Comunitario de agua de Tarqui y Victoria del Portete, organizaron una consulta comunitaria para pronunciarse sobre la explotación minera en el páramo de Kimsacocha (Pérez, 2012: 172 -174).

### **Proceso de Consulta Comunitaria**

El 2 de octubre de 2011, los usuarios de agua del Sistema Comunitario de las Parroquias Tarqui y Victoria del Portete deciden realizar un proceso de consulta propio, ajustándose a los parámetros establecidos en la Constitución ecuatoriana, Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las normas internas de las comunidades (Pérez, 2012: 173).

El proceso, contó con la presencia de 15 observadores nacionales e internacionales, autoridades nacionales, representantes de algunas organizaciones indígenas y asambleístas. La consulta se llevó a cabo en la parroquia de Victoria del Portete y fue financiada con el aporte de las comunidades (Pérez, 2012: 173).

Previo a la consulta se realizaron procesos de información en todas las parroquias sobre el contenido de la consulta y el proceso que se llevaría a cabo. No existió ningún tipo de presión a los comuneros para acudir al lugar y votar a favor o en contra (Pérez, entrevista 2012).

La Asamblea de Usuarios del Sistema de Agua, nombraron a una comisión que se encargó de la organización del proceso. Así, se elaboraron padrones electorales y papeletas que fueron depositadas por cada uno de los participantes en urnas selladas (Pérez, 2012, entrevista).

El escrutinio fue público y verificado por los observadores. El resultado de la consulta ratificó la oposición mayoritaria de las comunidades a la explotación minera en el páramo de Kimsacocha: 93% de los participantes dijo NO (Pérez, 2012: 173).

Las autoridades estatales rechazaron el pronunciamiento y resultados de la consulta comunitaria alegando la ilegitimidad de la misma, en razón de la competencia exclusiva del Estado para realizar la consulta previa, libre e informada (Pérez, 2012: 174).

La consulta comunitaria constituye un mecanismo propio de las comunidades para pronunciarse sobre actos de la administración pública que atentan contra sus derechos colectivos, en este caso, la protección de las fuentes de agua para el abastecimiento del líquido que permite la supervivencia humana. Este proceso, si bien no está reconocido textualmente en la normativa nacional, supone el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos, reconocido en instrumentos internacionales.

Los procesos de consulta comunitaria deben ser apoyados y promovidos por el Estado ecuatoriano. Los resultados deben ser considerados e incorporados por las autoridades estatales, pues hasta la fecha es el único proceso de consulta en el Ecuador, en el que

se cumplieron los requisitos mínimos: previo, libre e informado.

#### ***4.2 Análisis de casos de conflictos en el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada***

El derecho de consulta previa, libre e informada está previsto para actos administrativos y legislativos que puedan afectar los derechos colectivos o territorio de las comunidades, pueblos, comunas y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas que habitan el territorio nacional. En este sentido, analizaremos dos casos relacionados con medidas adoptadas por el Estado, en las que no se ha verificado el cumplimiento de la obligación de consultar a los afectados y que ha ocasionado graves conflictos ambientales, sociales y culturales.

En primer lugar, se analizará el caso de la concesión del bloque petrolero número 23 a la compañía argentina CGC, que afectó al pueblo Sarayaku; luego se analizará el proceso de creación de la ley minera que no contó con un procedimiento de consulta previa, libre e informada.

##### **4.2.1 Caso demanda del pueblo Sarayacu ante la CIDH**

###### **Antecedentes**

Sarayaku es un pueblo Kichwa de la región amazónica, con alrededor de 1.200 habitantes. Está ubicado en la provincia de Pastaza, en las riberas del río Bobonaza, a 400 metros sobre el nivel del mar y a 65 kilómetros de la ciudad de Puyo.

Los sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Las decisiones sobre temas de especial trascendencia para el pueblo se toman en una asamblea comunitaria, denominada *Tayjasaruta*. El pueblo Sarayacu está organizado bajo un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad (*kurakas* o *varayuks*), autoridades comunitarias, ex dirigentes, mayores, sabios tradicionales (*yachaks*) y grupos de asesores y técnicos de la comunidad (CIDH, 2012: 2).

Según la cosmovisión del pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (*supay*), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares (CIDH, 2012: 2).

Dentro del marco de la octava ronda de licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional, el Estado ecuatoriano en 1996 concesionó el bloque 23, que estaba dentro del territorio del pueblo Sarayacu, a la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo. El contrato de concesión no se suscribió previa consulta a la población.

La empresa petrolera previa a la fase de prospección sísmica intentó, de varias formas y en numerosas ocasiones, gestionar la entrada al territorio del pueblo Sarayaku y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera. En mayo de 2000 representantes de la empresa visitaron el pueblo Sarayaku y les ofrecieron USD\$ 60.000,00 para obras de desarrollo y 500 plazas de trabajo para los hombres de la comunidad. Sin embargo, en junio del mismo año, la Asamblea General de Sarayaku rechazó dicha oferta, pero la empresa no desistió y continuó sus actividades y obtuvo la aprobación del Plan de Manejo Ambiental y de Monitoreo para las actividades de

prospección sísmica por parte del Ministerio de Energía y Minas, (CIDH, 2012: 3).

El inicio de las actividades de la empresa en 2002, originó graves conflictos entre la comunidad, la empresa petrolera y el Estado. El pueblo Sarayaku presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo y un recurso de amparo constitucional para que la empresa suspenda cualquier acción que afecte o amenace los derechos del pueblo Sarayaku. Sin embargo, las actividades no se suspendieron y ante el rechazo permanente de la comunidad de dar su consentimiento para la extracción de petróleo en su territorio y la vigilia constante del mismo, la empresa colocó 1.433 kilogramos de explosivos en territorio Sarayaku. Las actividades de la empresa causaron un impacto ambiental, social y cultural considerable, pues abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria del pueblo Sarayaku (CIDH, 2012: 4).

En 2003, la comunidad puso en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso, y esta otorgó medidas cautelares a favor del pueblo Sarayaku. Posteriormente el caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual otorgó medidas provisionales para la comunidad afectada, mismas que fueron parcialmente cumplidas por el Estado ecuatoriano.

### **Sentencia de la CIDH**

El 27 de junio de 2012, la CIDH declaró al Estado ecuatoriano responsable por:

- a) La violación de los derechos de consulta, propiedad comunal indígena e identidad cultural, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio sin haber consultado previamente a los sarayaku.
- b) Poner en grave riesgo la vida e integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku, con respecto a los actos realizados por la empresa desde las fases de exploración petrolera (incluyendo la introducción de explosivos en territorio indígena).
- c) La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

La sentencia de la CIDH, reconoce la propiedad comunal y ancestral del territorio Sarayaku, y demanda la protección de su derecho a la propiedad, ya que es necesaria para garantizar la supervivencia física y cultural del pueblo. Pero, además, reconoce que se violentó el derecho de consulta previa, libre e informada y no se respetó su derecho a mantener la identidad cultural. Derechos consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la normativa nacional del Ecuador, con anterioridad al inicio de las actividades de la empresa petrolera.

Es importante destacar que la Corte ratifica que *“una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está en particular reconocida en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios”* (CIDH, 2012: 5).

Reconoce que, en el Ecuador, la normativa interna tiene plenamente reconocido el derecho a la consulta y por lo tanto es una obligación del Estado hacer efectivo este derecho, para lo cual debe garantizar que se realicen procesos de consulta diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas, desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida o

proyecto propuesto. Estos procesos *“deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados”* (CIDH, 2012: 5).

La CIDH determinó que los procesos de consulta previa, deben proporcionar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas, que permitan la participación a través de sus instituciones representativas.

La sentencia de la CIDH es enfática en declarar que en este caso el Estado no cumplió con los requisitos indispensables para que se verifique el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada pues:

- a) *“El Estado no realizó ninguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. En particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión (...). La falta de consulta por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones inter-comunitarias y con las autoridades estatales, favoreció por omisión un clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular con el Pueblo Sarayaku”* (CIDH, 2012: 6,7).
- b) *“La compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del Pueblo Sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal se desprende que aquél pretendió delegar de facto su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio Sarayaku, por lo que estos actos no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible”* (CIDH, 2012: 7).
- c) En cuanto al plan de manejo ambiental la Corte observó que *“el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku”* (CIDH, 2012: 8).
- d) No existió un proceso de consulta informada pues, *“no se demostró que el alegado “entendimiento” llevado a cabo por la compañía petrolera hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo”* (CIDH, 2012: 8).

La sentencia de la Corte obliga al Estado ecuatoriano a realizar medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensación e indemnización. En tal sentido dispone:

- a) Retirar los explosivos del territorio del pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el pueblo.
- b) Consultar al pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales, sobre cualquier actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones al mismo.
- c) Adoptar las medidas legislativas o administrativas necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa; así como modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.
- d) Implementar en un plazo razonable programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios cuyas actividades involucren relacionamiento con pueblos indígenas.
- e) Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso.
- f) Pagar el monto fijado a razón de las indemnizaciones por daños materiales e inmateriales al pueblo Sarayaku.

Esta sentencia, que es vinculante para el Estado ecuatoriano, constituye un precedente jurídico importante para la garantía del cumplimiento del derecho de consulta previa, libre e informada a favor no sólo del pueblo Sarayaku, sino de todos los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas del país.

#### **4.2.2 Demanda de inconstitucionalidad de la ley de minería**

##### **Antecedentes**

Desde hace varias décadas, el país ha vivido conflictos socioambientales entre el Estado, las comunidades y pueblos y las empresas extractivas, relacionados con las políticas estatales que fundamentan el desarrollo del país, sobre la base de un modelo económico extractivista primario-exportador.

A partir de 2000 el Ecuador abrió las puertas a la extracción minera como una de las actividades económicas importantes para el desarrollo del Estado, que a su vez ha generado graves conflictos, en especial por la oposición de algunas comunidades y pueblos a los proyectos mineros, por amenazar o vulnerar sus derechos humanos y colectivos, entre ellos el derecho de consulta previa, libre e informada.

Para viabilizar las actividades mineras en el Ecuador, el Ejecutivo envió en 2008 un proyecto de ley minera que fue aprobado por el CAL y, posteriormente, por el pleno de la Asamblea Nacional, en enero del 2009. Esta ley, incorpora un capítulo relacionado con la gestión social y la participación de la comunidad, que determina la responsabilidad indelegable al Estado de la ejecución de procesos de participación y consulta social, frente a los proyectos mineros. Dicha participación tiene entre sus objetivos: promover la participación social en materia ambiental, particularmente la

consulta e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión ambiental y social de los proyectos mineros (Ley de Minería, 2009: art. 87).

Sin embargo, la ley se limita a considerar el derecho de participación, como un proceso de información sobre los posibles impactos de la actividad, que debe brindar el concesionario de la actividad minera (por medio del Estado) a la sociedad y autoridades de la localidad, desde el otorgamiento de una concesión minera y durante todas las etapas. Además, condiciona el resultado de la consulta, al establecer que si resulta en una oposición mayoritaria a un proyecto minero, la decisión será adoptada por resolución motivada del ministerio del sector. En cuanto al procedimiento, la ley se remite a la Constitución, art. 398, que se refiere a la consulta ambiental.

Tanto el contenido de la ley, como la falta de consulta previa, en los términos constitucionales y establecidos en los instrumentos internacionales, generó un descontento y oposición de algunos sectores sociales, entre ellos el movimiento indígena y ambientalista del Ecuador, por limitar sus derechos colectivos, entre ellos el de consulta previa, libre e informada reconocidos en la normativa nacional e internacional.

En este contexto, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador -CONAIE- en marzo del 2009, presentó una demanda de inconstitucionalidad de forma y fondo, ante la Corte Constitucional del Ecuador, por violación a los derechos constitucionales durante el proceso de discusión y aprobación de la ley.

La inconstitucionalidad de forma, tiene que ver con la violación del derecho de consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas (garantizado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el art. 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y el art. 57, numeral 17 de la Constitución ecuatoriana), pues la mencionada ley no fue consultada a los pueblos, comunidades y nacionalidades en cuyos territorios se pretenden realizar actividades de extracción minera, de acuerdo a lo dispuesto por la ley.

El ejecutivo, por su parte, alegó que se realizó un proceso de consulta, de acuerdo a lo establecido en el art. 389 de la Constitución, pues la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional recibió muchos argumentos por parte de ciudadanos y ciudadanas, entre ellos la propia CONAIE. Sin embargo, cabe destacar que el artículo mencionado no se refiere a la consulta previa, libre e informada, sino a la consulta ambiental.

### **Sentencia de la Corte Constitucional**

Si bien la Corte Constitucional desecha la demanda de forma y declara la constitucionalidad condicionada de algunos artículos, establece la necesidad de que toda actividad minera que se lleve a cabo en territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, debe cumplir con la obligación previa de consultar.

La sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente jurídico importante, especialmente porque analiza y puntualiza el significado y alcance de la consulta prelegislativa y la diferencia de la consulta ambiental referida en el art. 398 de la Constitución ecuatoriana.

Así, reconoce que la consulta prelegislativa no es un mero procedimiento formal, sino un derecho constitucional de carácter colectivo que es parte de los elementos indispensables para la aprobación de las leyes, que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

La Corte reconoce que, de acuerdo a las circunstancias en las que se aprobó la ley y ante la ausencia de una norma infra constitucional que regule el procedimiento de consulta previa, libre e informada, se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, lo cual, a criterio de la Corte, confirma la aplicación directa de la Constitución. Señala también que a pesar que estos mecanismos no se equiparan a un proceso de consulta prelegislativa, pero contienen elementos sustanciales del mismo, por lo que se estaría cumpliendo con el requisito formal de realizar la consulta.

En vista de la falta de regulación del derecho de consulta, la Corte estableció algunas reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta pre legislativa, hasta que la Asamblea expida una norma que regule el derecho. En especial el carácter flexible del procedimiento; el carácter previo, público e informado de la consulta; la obligación de actuar de buena fe; la difusión pública en tiempos adecuados, la definición previa de los sujetos de la consulta y de los procedimientos utilizados; y el respeto de la organización social y autoridades que representan a los pueblos y nacionalidades consultadas.

La sentencia de la Corte es un instrumento jurídico importante pero sus reglas y procedimientos establecidos en este caso, tienen algunas limitaciones y contradicciones con el cumplimiento del derecho de consulta previa, libre e informada.

La sentencia establece parámetros para realizar únicamente la consulta prelegislativa, olvidándose de la obligación estatal de consultar también medidas administrativas. No garantiza el espíritu de la consulta establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados, que es lograr el consentimiento de los pueblos y nacionalidades. Establece que los sujetos consultantes serán aquellos identificados previamente por el Estado, lo cual contradice los criterios objetivo y subjetivo de identificación de los pueblos. Señala que la Asamblea unilateralmente definirá los temas, tiempos e información que se proporcionará en el proceso, lo cual pone en riesgo el carácter de libre e informada de la consulta.

## 5.

# Conclusiones y recomendaciones para la aplicación del derecho de consulta previa, libre e informada en el Ecuador

---

### 5.1 Conclusiones

- a) A nivel regional se evidencia un avance considerable en el reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada en la legislación, pero con claras restricciones que en algunos casos contradicen los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por lo tanto, no permiten el efectivo ejercicio del derecho.
- b) El alcance, características y límites del derecho de consulta previa, libre e informada, están regulados tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual marca la pauta para regular este derecho en la normativa nacional. Sin embargo, en el Ecuador no ha sido regulado de manera adecuada, en especial tomando en consideración los parámetros mínimos que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos analizados en la presente investigación, pues se observa en los casos una clara discrecionalidad en la aplicación del mismo.
- c) Las normas vigentes que buscan regular este derecho, establecidas en decretos o instructivos, no guardan coherencia constitucional en la forma y fondo, pues violan el principio de reserva legal y no reflejan el derecho de consulta de acuerdo a las características del derecho de consulta: previa, libre e informada. Lo cual demuestra el carácter restrictivo de la regulación de los derechos en el Ecuador.
- d) El derecho de consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo y de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, que garantiza el cumplimiento de otros derechos colectivos. No es un privilegio particular de estas colectividades sino un requisito fundamental para mantener su identidad cultural y garantizar el derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, las normativa infraconstitucional vigente en el Ecuador no garantiza el ejercicio pleno de este derecho, de allí la necesidad de promulgar una Ley de consulta, que recoja los principios y objetivos de este derecho.
- e) El derecho de consulta previa, libre e informada debe ser ejercido ante cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a derechos colectivos y a territorios de los pueblos. En este sentido, debe ser interpretado de manera integral, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales, las resoluciones y sentencias de los organismos internacionales de derechos humanos y los principios establecidos en instrumentos internacionales de dichos derechos.
- f) El objetivo de la consulta es lograr el consentimiento o acuerdo previo a la adopción de las medidas estatales, de las comunidades, comunas, pueblos o nacionalidades afectadas; lo cual permite la vigencia de otros

derechos interrelacionados al derecho de consulta, como el de acceso a la información y justicia; la participación de las colectividades en la toma de decisiones estatales que afecten sus derechos colectivos o territorios; y la libre autodeterminación de los pueblos. Sin embargo, el consentimiento previo, no está reconocido en la Constitución ecuatoriana, pero sí en los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestra legislación, que incluyen las sentencias de la CIDH.

- g) Las consultas comunitarias son procesos legítimos de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades, pues constituyen una forma de participación de acuerdo a sus propias formas de organización, que reflejan una decisión comunitaria sobre una medida o acto del poder público. Estas consultas se sustentan en el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos; por lo tanto, el Estado debe tomar en cuenta los resultados de las consultas comunitarias previa adopción de cualquier decisión administrativa o judicial que pueda afectar a las colectividades.
- h) Las disposiciones de la CIDH, en especial la sentencia en el caso *Sarayacu vs. Ecuador*, constituyen un precedente jurisprudencial importante a nivel nacional e internacional para el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada, pues define los objetivos y alcance de los procesos de consulta previa, libre e informada y establece obligaciones al Estado ecuatoriano para la plena vigencia de este derecho, que incluye la obligatoria consulta a todo pueblo, comunidad o nacionalidad indígena o afroecuatoriana.
- i) En los casos descritos se evidencia una clara conflictividad socioambiental en torno al ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada en el Ecuador y algunos países latinoamericanos, pues los Estados no cumplen con su deber de consultar y las comunidades ven afectados sus derechos colectivos en las decisiones estatales. Para realizar un proceso de consulta previa, libre e informada el Estado debe respetar el alcance y objetivos del proceso y apoyar los procesos locales propios que tengan como finalidad recoger el pronunciamiento de las comunidades y pueblos, pues gozan de amplia legitimidad social.
- j) Todo proceso de consulta previa debe realizarse de forma adecuada de tal forma que los recursos sean eficiente y eficazmente utilizados. El proceso y objetivos de las consultas deben apegarse a los principios descritos en la presente investigación para evitar futuros conflictos socioambientales. Se debe tomar en cuenta que toda decisión estatal (administrativa o legislativa) supone un costo social, ambiental y político, por lo que el Estado debe valorar estos costos y apoyar, en especial, procesos de consulta legítimos.

## ***5.2 Recomendaciones***

- a) Se debe regular el derecho de consulta previa, libre e informada de manera adecuada, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, sentencias de la Corte Constitucional, de la CIDH, Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

- b) La Corte Constitucional ecuatoriana debe analizar la constitucionalidad del Instructivo del CAL que regula la consulta prelegislativa y del Decreto que regula la consulta previa para actividades hidrocarburíferas, tomando en consideración el alcance, características y límites del derecho contenido en la normativa nacional e internacional.
- c) El Estado ecuatoriano debe incorporar el pronunciamiento de la CIDH referente al caso Sarayacu, previo a tomar cualquier medida legal o administrativa que afecte a los derechos o territorios de los pueblos y nacionalidades.
- d) El derecho de consulta previa, libre e informada debe ser interpretado de manera integral y sistémica, para evitar restringir el alcance del derecho y hacer efectivo su cumplimiento.
- e) El Estado ecuatoriano debe legitimar los procesos comunitarios de consulta, que reconocen la forma de organización propia y procesos de consulta particulares, como el caso de la consulta comunitaria en Kimsacocha, pues responden al ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, se deben valorar e incorporar las decisiones de la comunidad en los procesos de licitación de proyectos que pongan en riesgo los derechos o territorios de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades.
- f) El Estado ecuatoriano debe respetar las decisiones de los pueblos, comunidades y nacionalidades, referentes a las medidas administrativas o legislativas que les sean consultadas. La consulta debe realizarse en todas las fases de elaboración o adopción de la medida.
- g) El Estado es el responsable de realizar el proceso de consulta y por lo mismo no puede delegar a ningún particular esta actividad. Para ello, debe garantizar que en todo proceso de consulta se garanticen los requisitos mínimos: previa, libre e informada.



# Bibliografía

---

## Textos y documentos

Aguilera y López, 2005. En Narvárez, 2012, “Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)”. FLACSO, Sede Ecuador.

Aparicio Wilhelmi, Marco, 2008. “Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación”. En Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (ed.) “*Derechos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional. Quito.

Beuchot, 2008. En Narvárez 2012, “Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)”. FLACSO, Sede Ecuador.

Clavero, Bartolomé, s/a. *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos*, disponible en: [http://www.copenoa.com.ar/IMG/pdf/sobre\\_consentimiento\\_previo\\_libre\\_e\\_informado\\_-\\_dr-\\_bartolome\\_clavero.pdf](http://www.copenoa.com.ar/IMG/pdf/sobre_consentimiento_previo_libre_e_informado_-_dr-_bartolome_clavero.pdf).

Cuentas, Mirna, 2010. “El derecho a la consulta previa en Bolivia”. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF).

Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011. “Informe temático la consulta previa un derecho de participación”. Quito.

Grijalva, Agustín, 2009. En Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011. “Informe temático la consulta previa un derecho de participación”, Quito.

La Rosa Calle, Javier, 2010. “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación”. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF).

Moreno Derbez, Carlos, 2010. “La integración de la Ley de Consulta a los pueblos indígenas en México”. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), número 14.

Narvárez, Iván, 2012. “Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)”. Quito: FLACSO, Sede Ecuador. 2012. 534 p.

OIT, 2009. Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT (PRO169). “*Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*”. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT, 2009.

Quijano, Anibal, 2007. “Colonialidad del Poder y Clasificación Social”, en S. Castro-Gómez y R. Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores, Bogotá (págs. 93-126).

Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas. 2008. “Observaciones acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador”.

Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, 2009. “Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos”.

Relator Naciones Unidas, 2009. “Informe relativo a la reforma constitucional chilena en materia de derechos de los pueblos indígenas”.

Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, 2010a. “Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas.”. Recomendaciones y conclusiones: A/HRC/15/37/Add.7

Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, 2010b. “Informe provisional presentado al Consejo de Derechos Humanos”.

Pérez, Carlos, 2012. “Agua u Oro: Kimsacocha la resistencia por el agua”. Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca.

Pérez, Carlos, 2012. Entrevista realizada el 14 de marzo del 2012 en la ciudad de Cuenca.

### **Normativa nacional e internacional**

Constitución del Ecuador, 2008. Decreto Legislativo, registro oficial 449, 20 de octubre del 2008.

Constitución Política del Ecuador, 1998. Decreto Legislativo, registro oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Convenio 169 de la OIT, Publicado en el Registro Oficial 206 de 07 de junio de 1999.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución aprobada por la Asamblea General (A/61/L.67 y Add.1) el 29 de junio de 2006.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Registro Auténtico, 10 de diciembre de 1948.

Instructivo para la Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, 2012. Resolución Legislativa 0, Registro Oficial Suplemento 733, 27 de junio de 2012.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1968. Registro oficial 338, del 18 de marzo de 1968.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1969. Decreto ejecutivo 37, registro oficial 101, de 24 de enero de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2010. Registro oficial 222, del 25 de junio del 2010.

Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. Decreto Ejecutivo 1247. Registro Oficial 759 de 02-ago-2012.

### **Jurisprudencia nacional e internacional**

Dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana No. 0004-2009-DTI-CC

Sentencia de la Corte Constitucional No. 0006-2009-SIS-CC.

Sentencia de la Corte Constitucional No. 0027-2009-SEP-CC.

Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, No. 0004-2009-SAN-CC.

Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, No. 0008-2009-SAN-CC.

Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, No. 0001-2006-SIS-CC.

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Sentencia No. 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia de fondo y reparaciones, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador”. Costa Rica, 27 de junio del 2012. Consultado en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?Idcaso=388> el 16 de agosto del 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 17. Consultado en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_185\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf), el 12 de abril del 2012.

El autor trabaja, después de su jubilación, como asesor económico en países en vías de desarrollo. Estudió Economía y Ciencias Políticas y realizó un doctorado en Economía. Se ha desempeñado como profesor del área económica en diferentes universidades latinoamericanas y alemanas. Dirigió, durante seis años, el departamento de principios del Instituto de Solidaridad Internacional de la Fundación Konrad Adenauer, posteriormente el Centro Latinoamericano de Investigaciones de la misma entidad y el Instituto de Comunicación Internacional, Inter-Naciones de Alemania, durante 14 años.

ISBN 978-9978-9977-4-1



9 789978 997741