

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

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

**“EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA  
EN EL INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA  
CONSULTA PRELEGISLATIVA”**

**AUTORA:  
CARLA CATALINA SOTOMAYOR MOREIRA**

**DIRECTOR:  
DR. MARIO MELO**

**QUITO, 2013**

## **DEDICATORIA.-**

A Dios, por ser mi guía, luz y camino en todo instante de mi vida, en especial en momentos de vacilación. A mis padres, Patricio y Rosita, por todo el apoyo brindado durante esta etapa que culmina; seres maravillosos, ejemplos de amor, integridad y trabajo incesante, porque gracias a personas como ellos nuestro país es cada día un lugar mejor. A mis hermanos, Claudia, Patricio, Mateo y sobrinas, Paulita y Domenica, por ser mi inspiración y felicidad. A mis tías Eugenia y María Esther, por ser además mis madres y amigas y en general a toda mi querida familia por su apoyo incondicional en éste y todos mis proyectos. Para ustedes mi amor y gratitud por los momentos que hemos compartido y los que hemos sacrificado con motivo de la distancia. Además, dedico este esfuerzo a Jhony, cuyo ejemplo de vida siempre está presente en mi mente y corazón; a mis amigas y amigos incondicionales, en quienes siempre encontré palabras de motivación para continuar y a esos compañeros de lucha y de sueños, que valoran haber nacido en este país rico y diverso y contribuyen cada día a la construcción de un Ecuador más justo y solidario.

## **AGRADECIMIENTO.-**

Agradezco en primer lugar a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, que me acogió en estos años universitarios, y se constituyó en un espacio importante para mi crecimiento personal y profesional y a la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, por abrirme sus puertas y ser un espacio adecuado a la hora de encontrar concentración y bibliografía. De la misma manera, al doctor Mario Melo, por la dirección de este trabajo investigativo, a Paty Carrión, por su incomparable ayuda durante el proceso de elaboración de esta tesis y a los doctores John Antón Sánchez, y Guillermo Fernández-Maldonado por compartir sus acertados conocimientos y proporcionarme valiosa bibliografía. A las autoridades, personal docente y administrativo de la Facultad de Jurisprudencia, en especial a: Sarahí, Margarita, Jessica, Martita y Soraya. Finalmente, quiero expresar un profundo agradecimiento a unas personas muy importantes en mi vida, sin quienes la consecución de este objetivo no hubiera sido posible: Carmita Morales, José Moreira, María del Carmen Moreira, Paulita Navas y Diego Torres.

## **RESUMEN.-**

Esta investigación constituye un estudio del contenido, alcance y aplicación del derecho de consulta previa, libre e informada establecido en la Constitución de 2008, que incluye tanto a medidas administrativas como legislativas, haciendo especial énfasis en el análisis de éstas últimas, cuyo desarrollo normativo ha sido escaso. Actualmente, este derecho se encuentra regulado a través del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, emitido por la Asamblea Nacional en junio de 2012, sin embargo éste no fue el resultado de un proceso de consulta con las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio, lo que ha sido producto de gran rechazo de su parte y a su vez evidencia la necesidad de que Ecuador cuente con un marco jurídico integral que regule el derecho a la consulta y que facilite de mejor manera su operativización y ejercicio, por lo que es pertinente su análisis a la luz de los parámetros internacionales de derechos humanos.

De ahí que esta tesis revisa su diseño y trayectoria en la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como su incorporación en el marco constitucional ecuatoriano en el año 1998 con la ratificación del Convenio 169 de la OIT; instrumentos que establecen las directrices para determinar las características, propósito, procedencia y sujetos que intervienen en la consulta y que se sistematizan en el presente trabajo investigativo.

Aclara así mismo su dimensión como derecho de participación y colectivo, resultado de luchas históricas de los pueblos y nacionalidades indígenas de la región y del Ecuador, por la tierra en la segunda mitad del siglo XX, derecho del que hoy son titulares también, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio y la importancia de su reconocimiento dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional.

## **INTRODUCCIÓN.-**

Durante los últimos años, el tema de la consulta previa, libre e informada ha sido uno de los temas principales de la agenda política en gran cantidad de países, especialmente en el contexto de la explotación de recursos naturales y otros proyectos iniciados sin consulta ni consentimiento previo, lo que ha generado a su vez gran debate a nivel internacional y local. Sin embargo, la mayoría de los países latinoamericanos enfrentan grandes dificultades para aplicar correctamente los derechos a los que están comprometidos legalmente, según los parámetros de los instrumentos internacionales de derechos humanos que regulan estos derechos y que han sido ratificados e incorporados dentro de sus ordenamientos jurídicos.

Se ha dado paso al reconocimiento constitucional y jurídico generalizado de los derechos colectivos en el derecho internacional y la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mas no se ha aplicado debidamente ni desarrollado leyes, regulaciones o instituciones específicas que apliquen el derecho a la consulta, en especial el de consulta ante medidas legislativas.

En consecuencia, la necesidad actual en la región recae sobre los gobiernos para que elaboren marcos regulatorios y jurídicos sobre la consulta. Países como el nuestro han iniciado estos procedimientos, sin embargo es preciso analizar el resultado que hasta ahora ha tenido esta acción por parte del Estado enmarcada en el reconocimiento del derecho de consulta a nivel constitucional y específicamente ante medidas legislativas en el desarrollo normativo interno mediante el Instructivo de Aplicación de Consulta Prelegislativa, bajo el cual algunos proyectos de ley ya han sido sometidos a consulta.

## ESQUEMA DE CONTENIDOS.-

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y DIMENSIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.....	1
1.1    Antecedentes de la inclusión jurídica conceptual del derecho de consulta previa, libre e informada en el marco internacional.....	1
1.2    Avances constitucionales del derecho de consulta en el Ecuador .....	8
1.2.1    Importancia del reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada en la construcción de un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional.	12
1.2.2    Dimensión del derecho de consulta previa, libre e informada como derecho de participación y derecho colectivo.....	18
1.3    Vigencia del Convenio No. 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas .....	24
2    CAPÍTULO II: CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.....	28
2.1    Derecho de consulta previa, libre e informada .....	28
2.2    Características .....	33
2.2.1    Previa .....	33
2.2.2    Libre.....	36
2.2.3    Informada .....	37
2.3    Requisitos adicionales del derecho de consulta previa, libre e informada .....	39
2.3.1    El principio de buena fé y la manera apropiada de consultar .....	40
2.3.2    Instituciones representativas.....	40
2.3.3    Procedimientos apropiados.....	42
2.4    Sujeto consultante y titulares del derecho .....	43
2.4.1    Sujeto consultante .....	43
2.4.2    Titulares del derecho.....	44
2.5    Objetivo de la consulta: el consentimiento .....	48
2.5.1    Poder de veto .....	52
2.6    Procedencia de la consulta previa: ¿Qué se consulta? .....	54
2.6.1    Medidas administrativas.....	56
2.6.2    Medidas legislativas .....	56

2.6.3 Rastreo normativo y problemas en torno al derecho de consulta previa libre e informada frente a medidas legislativas .....	59
<b>CAPÍTULO III: CONTENIDO Y NUDOS CRÍTICOS DEL INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA.....</b>	<b>69</b>
2.7 Contenido y análisis del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa .....	69
2.8 Nudos críticos del contenido del instructivo: Incumplimiento del contenido del derecho de consulta, previa, libre e informada .....	84
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>86</b>
CONCLUSIONES .....	86
RECOMENDACIONES .....	89
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>91</b>

# **CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y DIMENSIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA**

## **1.1 Antecedentes de la inclusión jurídica conceptual del derecho de consulta previa, libre e informada en el marco internacional**

Para dimensionar el contenido, alcance e importancia del derecho de consulta previa, libre e informada, es preciso hacer referencia a los antecedentes históricos y jurídicos que han dado lugar a la incorporación de este derecho dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y que tienen su origen en el derecho internacional.

El proceso de colonización al que fueron sometidos los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y demás grupos con identidades distintas que han sido considerados como minorías en la mayoría de los actuales países latinoamericanos se ha evidenciado históricamente a través de la instauración de un régimen de exclusión legalizado, que si bien se ha superado considerablemente debido a los esfuerzos encaminados a enterrar este pasado de exclusión, subsiste hasta hoy a pesar de la diversidad cultural inminente.

Las luchas de estos colectivos por el reconocimiento de sus derechos, tanto a nivel nacional como regional, dan cuenta de la resistencia frente a la sujeción de una serie de condiciones de dominación política, jurídica y sobre todo cultural que les fueron impuestas y que aún forman parte del mundo moderno. Esta situación ha provocado la construcción de una idea unidireccional de lo que es el desarrollo (occidental), basado en el aumento desmedido de la producción y la extracción ilimitada de recursos naturales que están llevando al planeta hacia una catástrofe ecológica y a una repartición cada vez más inequitativa de los recursos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cfr., Red de Defensa Jurídica de la Amazonía (RAMA). Informe sobre el estado actual de aplicación de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la región amazónica de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú; en relación con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana de marzo 2010. Internet. [http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa\\_informe.pdf](http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa_informe.pdf). Acceso: 20 de febrero de 2013.



A partir de la segunda mitad del siglo XX, estas luchas empiezan a evidenciarse mediante la conformación de movimientos políticos y sociales, regionales y nacionales que permiten incorporar sus demandas en el discurso jurídico de los derechos humanos.

A escala regional, en la década de 1960, respaldados por organizaciones de la sociedad civil, los pueblos indígenas empezaron a presentarse de manera distinta de la que hasta entonces había sido articulada por los Estados en el derecho internacional. Inspirados por las luchas anticoloniales que surgieron luego de la Segunda Guerra Mundial, diversos de sus intelectuales reivindicaron la liberación de sus pueblos del proceso de “colonialismo interno”.<sup>2</sup>

La capacidad de movilización social y la lucha por la visibilización de sus culturas y saberes es lo que llevó a los Estados a considerar a estos pueblos como sujetos políticos y por tanto como sujetos de derechos. A partir de entonces, aparecen en las legislaciones internas capítulos especiales que tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como tratados internacionales, declaraciones y jurisprudencia que destacan la necesidad de una visión multicultural del Derecho.<sup>3</sup>

A diferencia de otros continentes, la independencia de América responde a un proceso histórico distinto, pues no fue conquistada por las poblaciones nativas sino por los descendientes de los conquistadores, sin embargo para determinar el desarrollo del marco normativo del derecho de consulta previa, libre e informada, no podemos dejar de remitirnos a antecedentes jurídicos de importante trascendencia como la firma del Pacto de la Sociedad de Naciones, llevada a cabo en el año de 1919.

Este documento recogió en su artículo 22 la doctrina de la tutela, misma que justificaba la integración de las poblaciones nativas de los países colonizados al modelo de

---

<sup>2</sup> Cfr. Figueroa Isabel. “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileño de consultar a los pueblos indígenas y tribales”. La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, 2009, p. 13. Internet. <http://works.bepress.com/davidcorderoheredia/2>. Acceso: 23 de febrero de 2013,

<sup>3</sup> Red de Defensa Jurídica de la Amazonía (RAMA), ob. cit., p. 3.

sociedad europea<sup>4</sup>, confiando la protección de los pueblos (que a raíz de la guerra, habían cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente), a las naciones adelantadas que consintieran aceptar la calidad de mandatarios en nombre de la sociedad y que por sus recursos, experiencia o posición geográfica, estaban en mejores condiciones para asumir esta responsabilidad.<sup>5</sup>

En ese mismo año, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada como parte del Tratado de Versalles, siendo por tanto una organización que antecede al sistema de derechos humanos de la ONU. Preocupada por las condiciones de los trabajadores indígenas en el mundo, en 1926, esta Organización estableció una Comisión de Expertos en Trabajo Indígena, que durante los años cincuenta analizó la doctrina de la tutela en diferentes partes del mundo y encontró la necesidad de que los Estados implementaran y normaran políticas progresivas para salvaguardar a las poblaciones indígenas contra la explotación laboral y otras formas de opresión.

El trabajo de esta Comisión permitió que en 1956 la Conferencia Internacional del Trabajo discutiera el texto del Convenio 107, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes, y la Recomendación 104, sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales en los Países Independientes, ambas adoptadas por la OIT en 1957.<sup>6</sup>

Fue a partir de la adopción del Convenio 107, que a decir de Isabel Figueroa, por primera vez el derecho positivo internacional otorgó status a los pueblos indígenas y tribales en países independientes y construyó una etapa posterior al proceso de integración, pero aún pretendiendo incorporar a estos grupos a las sociedades coloniales en nombre de su “desarrollo”.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Figueroa Isabel, ob. cit., p. 10.

<sup>5</sup> Pacto de la Sociedad de Naciones, 1919, artículo 22.

<sup>6</sup> Figueroa Isabel, ob. cit., p. 12.

<sup>7</sup> Ídem.

Finalmente, mediante la revisión parcial de este Convenio, el día 27 de junio 1989, la Conferencia General de la OIT adoptó el Convenio 169 con notables innovaciones. A decir de Graciela Jolidon, Especialista del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, a diferencia del modelo integracionista del Convenio 107, el Convenio 169 consagra el derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su cultura.<sup>8</sup> Así también, establece mecanismos de diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales como una manera de asegurar que las necesidades de los pueblos estén reflejadas en las políticas nacionales, entre los que se encuentra el derecho de consulta previa, libre e informada.

La inserción del derecho de consulta dentro del sistema de protección de la Organización de las Naciones Unidas tiene como antecedente fundamental la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en 1948, que si bien constituye la base sobre la cual se ha construido el andamiaje normativo e institucional del sistema de protección internacional de los derechos humanos<sup>9</sup>, reafirmó la doctrina de la tutela, situación que posteriormente cambiaría en el marco del reconocimiento de los derechos colectivos de la ONU.

El Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU, James Anaya ha determinado la perspectiva sobre el derecho a la consulta previa presente en el Convenio 169 de la OIT, es que este derecho constituye, por un lado, un primer paso para saldar la deuda histórica en relación con estos pueblos y, por otro lado, un soporte que permite el ejercicio efectivo de los demás derechos colectivos<sup>10</sup>. Anaya se ha referido en los siguientes términos:

*(...) 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***

---

<sup>8</sup> Graciela Jolidon, Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169): A tool for dialogue and inclusive development, SRO-Harare, n. 9, 2006, p. 21. Citado por Figueroa Isabel, ibídem, p. 15.

<sup>9</sup> José Manuel Hermida, “La protección judicial de los derechos sociales”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2009, p. ix.

<sup>10</sup> David Chávez, La consulta previa en el Ecuador. Internet. observatorio.cdes.org.ec/.../doc.../979-consulta-previa-en-el-ecuador. Acceso: 15 de enero de 2013.

*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.*<sup>11</sup>

Adicionalmente, tal como lo ha establecido la OIT, el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones.<sup>12</sup> El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales puedan ser consultados de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de medidas administrativas y normativas que los perjudican.

Su importancia se denota además porque desde la vigencia del Convenio 169, la consulta es una de los tópicos que han sido más discutidos y elaborados en las observaciones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT.

En el Ecuador, el Convenio 169 de la OIT tomó vida jurídica por resolución legislativa s/n, publicada en Registro Oficial 304 del 24 de abril de 1998 y fue ratificado por Decreto Ejecutivo No. 1387, publicado en Registro Oficial 311 del 6 de Mayo de 1998.

Paralelamente al Convenio 169, en 1977 las instalaciones de la ONU en Ginebra fueron la sede de la Conferencia de Organizaciones No-Gubernamentales sobre la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas, que concluyó con la adopción de uno de los primeros documentos internacionales sobre temas indígenas titulado: “Proyecto de Declaración de Principios para la Defensa de las Naciones Indígenas y los Pueblos del Hemisferio Occidental”.<sup>13</sup>

Según la Guía del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, entre las recomendaciones más importantes de esta conferencia, se incluyó el establecimiento de un grupo de trabajo dependiente de la Subcomisión sobre la Prevención y

---

<sup>11</sup> James Anaya, Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, junio de 2008, p. 7.

<sup>12</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 59.

<sup>13</sup> Figueroa Isabel, ob. cit., pp. 13-14.

Discriminación de las Minorías de la ONU, para que considerara la situación de los pueblos indígenas.

Los resultados más notables de la Conferencia apuntaron al establecimiento de un modelo de coordinación entre los diferentes pueblos indígenas del mundo para la formulación de sus demandas, utilizado y desarrollado por los mismos en reuniones internacionales posteriores, el estatus consultivo como ONG obtenido por parte de un número reducido de ONGs indígenas ante el Consejo Económico Social y la participación formal y progresiva de las organizaciones indígenas en número cada vez mayor en los organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas.<sup>14</sup> En 1981, la originalmente denominada Subcomisión de Prevención y Discriminaciones y Protección de las Minorías, teniendo en cuenta la recomendación de la Conferencia de 1977 y los informes presentados periódicamente por el Relator Martínez Cobo, recomendó a la Comisión de Derechos Humanos la conformación de un Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas.<sup>15</sup>

Un año más tarde, en 1982, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU autorizó la creación de este grupo, como organismo subsidiario de la Subcomisión, con el mandato de desarrollar estándares mínimos para la protección de los pueblos indígenas<sup>16</sup> y facilitar y alentar el diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas.

Como producto del trabajo de este grupo, se dio lugar a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, otro instrumento que al igual que el Convenio 169, es fundamental para el reconocimiento y desarrollo del derecho de consulta previa, libre e informada.

---

<sup>14</sup> ONU, Guía del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, p. 49. Internet. [http://books.google.com.ec/books?id=YACi-JjJ6mcC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=Proyecto+de+Declaraci%C3%B3n+de+Principios+para+la+Defensa+de+las+Naciones+Ind%C3%ADgenas+y+los+Pueblos+del+Hemisferio+Occidental&source=bl&ots=omzOWDtBmx&sig=nfhIZHS13vSGakHYN4L\\_VSpFXAQ&hl=es-419&sa=X&ei=3zWJUae7JuiWjAKCj4CwDQ&ved=0CC8Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=YACi-JjJ6mcC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=Proyecto+de+Declaraci%C3%B3n+de+Principios+para+la+Defensa+de+las+Naciones+Ind%C3%ADgenas+y+los+Pueblos+del+Hemisferio+Occidental&source=bl&ots=omzOWDtBmx&sig=nfhIZHS13vSGakHYN4L_VSpFXAQ&hl=es-419&sa=X&ei=3zWJUae7JuiWjAKCj4CwDQ&ved=0CC8Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false). Acceso: 5 de enero de 2013.

<sup>15</sup> ONU, Guía del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, ob. cit., p. 50.

<sup>16</sup> ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Reseña histórica de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. Internet. <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Declaraci%C3%B3n.aspx>. Acceso: 1 de marzo de 2013.

Años más tarde se dieron algunos esfuerzos por establecer un documento específico que versara sobre la protección de los pueblos indígenas a nivel internacional. Según Luis Rodríguez-Piñero, profesor investigador que se ha referido a la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos y Nacionalidades Indígenas, en 1971, influenciada por las manifestaciones indígenas pero aún bajo la perspectiva de que la integración era la mejor forma de eliminar la discriminación perpetrada en contra de estos pueblos, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU encomendó a la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías estudiar el problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas. El resultado de esta investigación fue el informe final denominado: “Estudio Martínez Cobo”, por José R. Martínez Cobo (Ecuador).

El estudio abordó una amplia gama de cuestiones de derechos humanos. Entre éstas se incluían una definición de las poblaciones indígenas, el papel de las organizaciones intergubernamentales y de las organizaciones no gubernamentales, los principios básicos y la eliminación de la discriminación en materia de derechos humanos, así como áreas especiales de acción en esferas tales como la salud, la vivienda, la educación, la lengua o idioma, y la cultura y las instituciones sociales, culturales y jurídicas, el empleo, la tierra, los derechos políticos, prácticas religiosas, y la igualdad en la administración de justicia.<sup>17</sup>

Las conclusiones y propuestas que arrojó este trabajo se constituyen sin duda en un hito importante para las Naciones Unidas en el estudio de los problemas de derechos humanos con que se han enfrentado históricamente los pueblos indígenas.

El Grupo de Trabajo presentó un primer proyecto de declaración a la Subcomisión, el cual fue aprobado varios años más adelante, en 1994. Posteriormente, éste fue presentado a la entonces Comisión de Derechos Humanos para su aprobación y consecuente presentación ante el Consejo Económico y Social y la Asamblea General.

---

<sup>17</sup> Folleto informativo N° 9/Rev.1 – Los derechos de los pueblos indígenas, Campaña Mundial pro Derechos Humanos. Internet. [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs9rev1\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs9rev1_sp.htm). Acceso: 13 de enero de 2013.

Finalmente, luego de un proceso bastante prolongado por las discusiones generadas en torno a los temas a regularse, se dio origen a la “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, que se constituiría en el instrumento integral más desarrollado que puntualiza los derechos de estos pueblos en el derecho y la política internacional y que contiene normas mínimas para el reconocimiento, la protección y la promoción de los mismos. Ésta contó con el voto favorable de casi la unanimidad de los Estados latinoamericanos, con la sola excepción de Colombia y ratificó el reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada, contenido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, la defensa y consolidación de este derecho, se ha procurado por medio de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través del ejercicio de sus funciones preventiva y contenciosa.<sup>18</sup>

## **1.2 Avances constitucionales del derecho de consulta en el Ecuador**

Los avances articulados en el campo del derecho internacional, también se dejaron notar en los marcos normativos internos.

El historiador ecuatoriano, Enrique Ayala Mora, señala que a partir de últimas décadas del siglo XX, las organizaciones indígenas en Ecuador pasaron del reclamo por la tierra a un proyecto político más amplio, de pertenencia étnica y se constituyeron en verdaderos actores de la sociedad ecuatoriana. Específicamente, durante las décadas de

---

<sup>18</sup> Antkowiak Thomas, Gonza Alejandra, “El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional”, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF). Número 14, Año 3, septiembre de 2010.

los ochenta y noventa, estos grupos se movilizaron por el reconocimiento de sus demandas y para enfrentar el modelo de ajuste económico. En ocasiones lograron revertir ciertas medidas e incidir en la política, pero a decir del autor su mayor logro, además de su propia organización, fue el reconocimiento de sus derechos.<sup>19</sup>

Esta acción política activa condujo a la creación de políticas públicas e iniciativas legislativas y constitucionales.

Así, las Constituciones en la tradición europea continental, de la que somos herederos, se destacan por aumentar sus catálogos de derechos. Según Ramiro Ávila, en Ecuador, desde 1945, se reconocieron progresivamente los derechos sociales.<sup>20</sup> Constituciones como la ecuatoriana de 1929 reconocieron múltiples derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, y colectivos.<sup>21</sup>

Más tarde, la Constitución expedida en agosto de 1998 se convirtió en un antecedente jurídico muy importante, porque define al Ecuador como un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico, con un gobierno representativo y participativo<sup>22</sup>, además de adoptar un concepto de igualdad concordante con dicho mandato constitucional. De ahí que tal como lo estableció la Corte Constitucional en su Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de marzo de 2010:

*En el Ecuador, la Constitución de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio que abarcaba por lo menos tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad entre hombres y mujeres, igualdad de*

---

<sup>19</sup> Ayala Mora Enrique. Interculturalidad en el Ecuador. Internet. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>, p. 9. Acceso: 15 de febrero de 2013.

<sup>20</sup> Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórico”, en Análisis Nueva Constitución, revista La Tendencia, Quito, ILDIS, 2008, p. 36. Citado por Ramiro Ávila Santamaría. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 91.

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998, artículo 1.



*derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.*<sup>23</sup>

Por otro lado, este mismo cuerpo normativo reconoció expresamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, entre los que se incluyó principalmente el de mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita; a 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<sup>24</sup> y por otra parte, contempló el de contar previamente con los criterios de la comunidad sobre toda decisión estatal que pueda afectar el ambiente.<sup>25</sup>

Es decir, se reconoció el derecho a la consulta ambiental, como derecho difuso de todas las personas y el derecho a la consulta previa, libre e informada en su acepción de derecho colectivo, sin que se lo llegue a desarrollar ni conceptualizar en su total dimensión.

Diez años después de la carta política de 1998, la Constitución de 2008 apareció por su parte, bajo la teoría del neoconstitucionalismo, de ahí que dentro de los principios fundamentales, el texto constitucional definió al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico<sup>26</sup> y a su vez, permitió que varias figuras jurídicas recobraran fuerza para la aplicación efectiva de derechos fundamentales, pues en ella se ratificó el reconocimiento de los derechos colectivos, como el de consulta previa, libre e informada. Sin embargo, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, se amplió su contenido, al contemplar el derecho de consulta ante la adopción de medidas legislativas que puedan afectar derechos colectivos.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, 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.

<sup>24</sup> Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 84.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, artículo 88.

<sup>26</sup> Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008, artículo 1.

Según nuestra Constitución, el derecho de consulta previa, libre e informada surge como un mecanismo para que las comunidades, pueblos y nacionalidades puedan pronunciarse frente a cualquier plan y programa que suponga la prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente o medida legislativa que pueda implicar la afectación de sus derechos colectivos.<sup>27</sup>

A pesar del avance en la ampliación constitucional del reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada, la Defensoría del Pueblo del Ecuador en su Informe Temático: La consulta previa, un derecho de participación del año 2011, ha determinado que:

*(...) desde la vigencia de la Constitución de 1998 hasta la actualidad sólo se ha desarrollado la consulta ambiental, y no la prevista para pueblos indígenas, lo que implica una omisión legislativa y un incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado con la ratificación del Convenio No. 169 y la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de Pueblos Indígenas.<sup>28</sup>*

Reflejo de ello son los casos de consulta de procesos extractivos de recursos naturales, que se han considerado como un mero trámite informativo de carácter formal y no sustancial, como lo ha exigido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional.

En otros casos, simplemente se los ha omitido y lo mismo ha ocurrido con la consulta prelegislativa, pues se ha dado paso a medidas legislativas que han podido afectar de manera notoria los derechos colectivos, sin consultar previa y debidamente a los titulares de los mismos.

---

<sup>27</sup> Constitución del Ecuador de 2008, artículo 57; numerales 7 y 17.

<sup>28</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 69.

### **1.2.1 Importancia del reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada en la construcción de un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional.**

*Ecuador es un país pequeño pero complejo. No es un Estado-nación constituido de una vez, con una sola identidad congelada. Es una realidad heterogénea donde la diversidad es una clave definitoria, que se expresa en la geografía y en la gente. Se perciben las identidades étnicas, regionales y locales; en la lucha por la democracia, en la libertad de conciencia y la justicia social; en las demandas de igualdad de género y de respeto al ambiente y a los derechos humanos.*<sup>29</sup>

La Constitución incorporada a partir del año 2008, en un nuevo intento por asumir esa realidad y perfeccionar los principios contemplados en anteriores codificaciones constitucionales apareció bajo el paradigma jurídico-político neoconstitucional.

A decir de Susanna Pozzolo, este término se alude a una teoría distinta de entender y aplicar el Derecho<sup>30</sup>, desde una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista<sup>31</sup>.

Paolo Comanducci distingue dos acepciones del término Neoconstitucionalismo, una como corriente (teórica, ideológica y/o metodológica) y otra como sistema jurídico-político. Teórica en el sentido que describe los avances de la constitucionalización; cambia al estatalismo, legacentrismo y la interpretación formalista por el modelo de constitución irradiadora, positivización de derechos, omnipresencia constitucional, interpretación ponderativa; Ideológica, pues su objetivo primordial es garantizar los derechos fundamentales y consecuentemente limitar el poder del poder público, debido al cambio de concepción del Estado; y, Metodológica, porque utiliza el Derecho constitucionalizado (principios y derechos fundamentales)

---

<sup>29</sup> Ayala Mora Enrique, ob. cit, p. 19.

<sup>30</sup> Así lo menciona Prieto Sanchís, señalando que aparentemente la profesora Pozzolo utilizó el término como lo conocemos hoy por primera vez en una conferencia dictada en Argentina, en el año 1997. Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los Derechos*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2007. p. 213. Citado por Diego Manuel Núñez Santamaría. “La casación en el estado constitucional del Ecuador”. Internet. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ\\_SANTAMARIA\\_DIEGO\\_CASACION\\_ECUADOR.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1), p. 68. Acceso: 15 de marzo de 2013.

<sup>31</sup> Pozzolo, Susana, *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*, en Carbonell, Miguel y García, Leonardo, editores, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, pág. 165. Citado por Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo, Teoría y Práctica en el Ecuador*, 2012, p.8.

para justificar la conexión necesaria entre Derecho y moral. Mientras que lo describe como un sistema jurídico-político, en tanto comprende el concepto de Estado que funciona con un modelo constitucional, limitando los poderes del Estado y protegiendo derechos fundamentales.<sup>32</sup>

Enmarcado en este paradigma, el texto constitucional determinó la configuración de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, intercultural y plurinacional, lo que denota la inclusión de algunos conceptos.

A través de la caracterización planteada, encontramos perspectivas como el pluralismo jurídico, bajo el cual la existencia de más de un orden jurídico en un mismo territorio es posible, permitiendo la coexistencia de saberes y culturas diversas en igualdad de condiciones, sin que ninguna se ubique por encima de otra.

En primer término, de la prescripción constitucional referida, en la misma línea de pensamiento que otros autores, Iván Narváez ha determinado que dicha designación marca la ruptura con el Estado de Derecho y su correspondiente ordenamiento jurídico iuspositivista, y evidencia la profundización del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, impregnado de neoconstitucionalismo o nuevo paradigma jurídico-político que alude a los distintos aspectos que caracterizan a la cultura constitucional, garantista de los derechos fundamentales.<sup>33</sup>

Ramiro Ávila se ha referido respecto de los tres primeros elementos que configuran la caracterización del Estado según el artículo 1 de la Constitución. En relación al Estado constitucional ya vigente con anterioridad al texto constitucional de 2008, el autor ha

---

<sup>32</sup> Cfr. I, Paolo, Comanducci. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. En (Ed.) Miguel. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. p. 75. Citado por Diego Manuel Núñez Santamaría, ob. cit., pp. 68-70.

<sup>33</sup> Iván Narváez y María José Narváez. *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. Quito, FLACSO, Sede Ecuador, 2012, p. 147.

Para el exponente del neoconstitucionalismo, Luigi Ferrajoli ese tránsito equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas, Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales. Luigi Ferrajoli, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p. 280.

establecido que la Constitución, que es material, orgánica y procedimental, determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, denotando además que en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Por otra parte, en el Estado de derechos, los mismos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente. Mientras que la invocación del Estado a la justicia significa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.<sup>34</sup>

Esto implica que en teoría, a diferencia del Estado de derecho vigente anteriormente en el cual la actuación de la administración pública y de los particulares o administrados se subordinaba al ordenamiento jurídico, por medio del paradigma constitucional vigente, actualmente los jueces constitucionales están llamados a someter el poder de las autoridades públicas a favor del cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en rechazo al ejercicio del poder arbitrario.

Ahora bien, encontramos en segundo término que la Constitución no se refiere únicamente a un Estado constitucional de derechos y justicia, sino a algunos otros conceptos, entre los que se destacan el carácter intercultural y plurinacional del Estado, mismos que conviene analizar pues es en ahí en donde encuentra su fundamento el reconocimiento del derecho de consulta libre e informada.

Respecto de la plurinacionalidad a la que se hace referencia en el artículo 1 de nuestra Constitución, tal como lo ha afirmado Enrique Ayala Mora, prácticamente todos los Estados del mundo son pluriculturales, es decir tienen culturas diversas, pero eso no los hace plurinacionales.<sup>35</sup> Boaventura de Sousa Santos ha afirmado que puede haber

---

<sup>34</sup> Cfr., Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, pp. 28 y 29. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf). Acceso: 2 de marzo de 2013.

<sup>35</sup> Ayala Mora Enrique, ob. cit., p. 13.

interculturalidad sin plurinacionalidad pero no puede haber plurinacionalidad sin interculturalidad.<sup>36</sup>

El carácter plurinacional del Estado, plantea el reto de reconstruir las relaciones sociales de la comunidad con el Estado desde una visión descolonizadora<sup>37</sup>. De ahí, que para Sousa Santos, las tres ideas centrales del constitucionalismo plurinacional, intercultural y poscolonial son el reconocimiento recíproco, la continuidad (justicia histórica), y la idea del consentimiento, de que las cosas deben ser consensuadas (sociedades descentralizadas y convivencia democrática)<sup>38</sup>. Sin embargo, tal como lo ha establecido este mismo autor, esta plurinacionalidad no tiene que ser simplemente discursiva sino concreta. Y concreta quiere decir control político y control económico sobre los recursos naturales.<sup>39</sup>

Las precisiones y razones que motivaron la inclusión de este término dentro del texto constitucional fueron señaladas en las Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador en junio de 2008.

En dicho documento, el Relator Especial, estableció que:

*El término “plurinacional” no conlleva por si solo significado jurídico en el derecho internacional, ni es de significado común o sui generis en los sistemas de derecho interno de los países. Corresponde a conceptos que surgen en el ámbito de planteamientos políticos de la construcción del estado [sic]; pero aún así no representa internacionalmente un conjunto único o fijo de postulados políticos. Por consiguiente, la plurinacionalidad en sí no implica necesariamente el impulso de ciertas condiciones o tendencias más allá de la identificación de la coexistencia de varias identidades denominadas nacionales. Más bien el significado preciso de la plurinacionalidad depende del contexto específico en que se plantea y de los atributos.<sup>40</sup>*

---

<sup>36</sup> Cfr., Boaventura de Sousa Santos. Ponencia Plurinacionalidad, Marzo de 2008, Manta. Internet. [http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/expositores/boaventura\\_sousa\\_santos.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/expositores/boaventura_sousa_santos.pdf), p. 8.

<sup>37</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 17.

<sup>38</sup> Boaventura de Sousa Santos, ob. cit., p. 10.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>40</sup> James Anaya, Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador, junio de 2008, p. 2. Internet.

Es importante en ese sentido destacar además el aporte realizado por la CONAIE y que también se destacó en el Informe referido, en donde se indicó que la plurinacionalidad propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas, en base al reconocimiento jurídico-político y cultural de todas las nacionalidades y pueblos indígenas que conforman el Ecuador, lo que permitirá fortalecer al Estado ecuatoriano asentado en la unidad de la diversidad.<sup>41</sup>

Como se ha determinado en líneas anteriores, la plurinacionalidad tiene plena relación con el carácter intercultural del Estado constitucionalmente reconocido. David Cordero, recogiendo a Agustín Grijalaba, señala que la interculturalidad hace énfasis en las relaciones socio-culturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas especialmente de estos interactuando con la sociedad mestiza y la plurinacionalidad tiene relación con el autogobierno, la participación de los pueblos indígenas en la explotación de los recursos naturales y su representación y participación política en las instituciones estatales.<sup>42</sup>

El mismo autor, citando a A.P. Guerrero, ha determinado más específicamente que interculturalidad significa “entre culturas”, es decir relaciones e interacciones; que no es una simple coexistencia de culturas diferentes sino la convivencia de éstas en su diversidad y diferencia, que implica encuentros dialogales y una continua relación de

---

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/ObservacionesEcuadorSRIndigenous.pdf>. Acceso: 2 de enero de 2013.

Adicionalmente, Anaya precisó que en el contexto ecuatoriano, la aceptación de la plurinacionalidad en el marco constitucional es coherente con la afirmación de la diversidad étnica y cultural, pues responde a una propuesta de las agrupaciones indígenas del país que ya durante tiempo y dentro del marco constitucional vigente entonces, se denominaron como “nacionalidades”, y que la misma adicionalmente reforzaría el compromiso de la sociedad ecuatoriana con el reconocimiento de las nacionalidades y pueblos indígenas y de un estado “pluricultural” ya reflejado en la Constitución de 1998.

<sup>41</sup> CONAIE, Proyecto político de las nacionalidades indígenas, diciembre 2007. Citado por James Anaya. Internet. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/ObservacionesEcuadorSRIndigenous.pdf>. Acceso: 2 de enero de 2013.

<sup>42</sup> David Cordero, El derecho al territorio y al autogobierno territorial de los pueblos indígenas de la Región Amazónica de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Caso Ecuador, Red Jurídica Amazónica (RAMA). Fundación Pachamama, Quito, 2012, pp. 13-14.

alteridad entre sujetos concretos, entre seres humanos provistos de visiones distintas del mundo, entre los que se producen intercambios simbólicos, de significados y sentidos.<sup>43</sup>

Estas significaciones se ven expresadas en el reconocimiento de los derechos fundamentales, que a decir de Narváez:

*...no implican únicamente que el Estado haga o deje de hacer algo para cumplirlos desde su sola ideología o modelo político, sino en el contexto del reconocimiento de otros mundos: el de los pueblos diversos, el de las sociedades multiculturales, el del respeto por las diferencias y la tolerancia, que son base esencial para precautelar los derechos humanos fundamentales y por ende los derechos colectivos –ambientales-, o los de los pueblos indígenas al territorio y autodeterminación, a la consulta libre, previa e informada, etc.<sup>44</sup>*

La importancia del reconocimiento de los derechos a un segmento específico y diferenciado de la población para la configuración de un Estado de Derechos y Justicia es indudable y constituye un acto de coherencia con la declaratoria de Estado plurinacional e intercultural, sin embargo no se agota en esta tarea legislativa, pues para poder dar cumplimiento favorable a estos derechos hacen falta muchas otras acciones pero principalmente voluntad política.

De ahí que no obstante la incorporación del derecho de consulta previa en del marco jurídico ecuatoriano, su aplicación ha estado marcada por situaciones de conflictividad con las comunidades y pueblos que han participado en procesos de consulta y que se han visto afectados por las decisiones del Estado, por la respuesta que el mismo ha mostrado, al dar soluciones parciales que obedecen a la voluntad política de los gobiernos de turno y que no han dado cuenta de su obligación de garantizar y proteger el ejercicio de este derecho.

---

<sup>43</sup> David Cordero, *ibídem*, p. 14.

<sup>44</sup> Iván Narváez y María José Narváez, *ob. cit.*, p.194.



### **1.2.2 Dimensión del derecho de consulta previa, libre e informada como derecho de participación y derecho colectivo**

La Constitución ecuatoriana clasifica conceptualmente al derecho de consulta tanto en los derechos de participación como dentro de los derechos colectivos, de ahí que conviene indicar su importancia desde esta doble dimensión que a su vez se interrelaciona con otros derechos recogidos por el texto constitucional.

En primer lugar, tal como la ha establecido 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.<sup>45</sup>*

De ahí que el ejercicio de participación democrática se ha modificado con el paso del tiempo, dando lugar a formas que se ajustan cada vez más a las particularidades tanto de los sujetos individuales como colectivos que conforman la sociedad. Citando a Heinz Sonntaga, Berenice Polit ha indicado que actualmente se ha vuelto preciso: *“diseñar un nuevo modelo que sea capaz de liberarse de los sesgos economicistas, de redefinir teórica y prácticamente el concepto de democracia en la región, ampliándolo hacia la participación equitativa en la riqueza socialmente creada”<sup>46</sup>*. Por lo que en ese sentido, *“(...) la participación deja de ser mera concertación o negociación y se convierte en la práctica democrática misma”<sup>47</sup>*.

Para José Luis Coraggio, la democracia ha tenido que pasar largos períodos de cambios y transformaciones y la temática de la “transición a la democracia” desarrollada en América Latina a partir de una época de predominio de modelos políticos autoritarios, también se centra desde una perspectiva política en la búsqueda de nuevas relaciones entre Estado y Sociedad Civil.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 19.

<sup>46</sup> Berenice Polit Montes de Oca. La Consulta Previa, en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades. Quito, Cevallos editora jurídica, 2010, p. 45.

<sup>47</sup> Ídem.

<sup>48</sup> Ibídem, p.41.

En nuestra sociedad, desde una concepción teórica, la democracia comporta: la libertad de discernir y escoger, pero también la pluralidad o el contenido de las prácticas colectivas de los sujetos que la conforman, como estar informados, ser consultados, y también la igualdad de oportunidades económicas y sociales.<sup>49</sup>

Al respecto de las modificaciones que han operado en relación al ejercicio ciudadano de la participación y por ende, del derecho de consulta previa como una manifestación de la misma, Juan Pablo Aguilar ha afirmado que existe una diferencia fundamental entre el texto constitucional de 1998 y el texto constitucional vigente, que no puede pasar desapercibida, pues el texto de la Constitución del 2008 va más allá de establecer, junto a los derechos propios de la democracia representativa, como el elegir y ser elegidos o formar partidos políticos, formas de ejercicio directo de la democracia, como la consulta y la revocatoria del mandato, destacando además que la idea que se encuentra frecuentemente presente en el diseño constitucional actual gira en torno al derecho a participar en los asuntos de interés público.<sup>50</sup>

De ahí que manifiesta que una simple lectura de la Constitución evidencia que derechos como el de ser consultados y de presentar proyectos normativos se han profundizado.<sup>51</sup> En el mismo sentido, a decir de Albert Noguera, *“la Constitución de 2008 supone una profundización en los mecanismos participativos del sistema político del país.”*<sup>52</sup> Juan Pablo Morales ha determinado por su parte que la Constitución 2008 *“introduce la participación ciudadana como uno de los ejes transversales más importantes, y sobre el que se levanta una nueva forma de concebir el estado y la democracia.”*<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>50</sup> Juan Pablo Aguilar, *Derechos de participación y derecho a participar, ¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos*, Ediciones Abya-Yala, Ecuador 2009, pp. 223-224. Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/944/1/DDHH-Inf-11-Aguilar-Derechos%20de%20participaci%C3%B3n.pdf>. Acceso: 25 de febrero de 2013.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 224.

<sup>52</sup> Albert Noguera Fernández, *Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social en Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p.134. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2\\_Desafios\\_Constitucionales.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_Desafios_Constitucionales.pdf). Acceso: 2 de febrero de 2013.

<sup>53</sup> Juan Pablo Morales Viteri, *Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Los nuevos horizontes de la participación, en La Constitución del 2008 en el contexto andino*, p. 155. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf) Acceso: 25 marzo de 2013.

En ese contexto, es preciso hacer referencia al artículo 95 del actual texto constitucional, que incluye la forma y los principios de la participación, facultando a los ciudadanos, de manera individual o colectiva a participar en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control de las instituciones del Estado y de sus representantes. El inciso final de esta norma establece que: *“La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia, representativa, directa y comunitaria.”*

El fundamento para el reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada, es precisamente la participación en forma colectiva de los pueblos indígenas o tribales de ahí que se convierte en una herramienta jurídica fundamental para por un lado, detener la arbitrariedad que históricamente ha caracterizado a la intervención del Estado en el destino de los bienes naturales y por otro, garantizar que estos colectivos puedan emitir su opinión y efectivamente formar parte en los procesos estatales de toma de decisiones y en la elección de sus prioridades de desarrollo. Por ello, para asegurar esta participación en condiciones de igualdad, se deben tomar en cuenta sus formas tradicionales de organización.

El texto constitucional en su capítulo quinto, incluye al derecho de consulta dentro de los derechos de participación. El artículo 61, numeral 4, indica que las ecuatorianas y ecuatorianos gozan del derecho a ser consultados.

La consulta previa es fundamental para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos en el Ecuador, pues su ejercicio permite que el Estado cumpla con su obligación de fomentar la participación ciudadana, de ahí que en la Constitución encontramos esta doble dimensión del derecho como derecho colectivo y de participación y que es complementaria en sí misma.

A decir de Sousa Santos: *“Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza o uniformiza.”*<sup>54</sup>

En el Ecuador, el paradigma histórico de la existencia de varias culturas diferentes a la de occidente, ha permitido desconfigurar la noción de “sujeto” de la democracia liberal, concentrado en la figura abstracta del “ciudadano”, que giraba en torno a la protección del individuo de manera aislada, para reemplazarlo por un sujeto colectivo.<sup>55</sup>

Así, a inicios de los años ochenta, aparecen los derechos colectivos con posterioridad a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos sociales y culturales, adquiriendo la denominación de derechos de tercera generación, por lo que pasan a constituir una categoría de los derechos humanos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos.<sup>56</sup>

Sin embargo, la división de derechos por generaciones es teórica pues actualmente se rompe esa dicotomía al garantizar la igualdad jerárquica de los derechos constitucionales, de conformidad con el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución que indica: *“6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”*.

La importancia del reconocimiento y ejercicio efectivo de este derecho ha sido claramente reconocida por organismos internacionales y nacionales, como la Defensoría del Pueblo del Ecuador que recogiendo el criterio de la Comisión de Expertos de la OIT, ha señalado:

*Se evidencia por tanto que la consulta previa libre e informada es uno de los mecanismos de participación de comunidades y pueblos indígenas, constituyendo además el eje fundamental que permite el ejercicio de los demás derechos colectivos, por ello “la propia Comisión de Expertos de la OIT ha considerado que la consulta*

---

<sup>54</sup> Boaventura de Sousa Santos, Citado por Corporación de Desarrollo Afroecuatoriana CODAE, Derechos colectivos del pueblo afroecuatoriano, 2011, p. 11.

<sup>55</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 18.

<sup>56</sup> Agustín Grijalava, ¿Qué son los derechos colectivos? Internet. <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>. Acceso: 5 de febrero de 2013.

*es la puerta de entrada a la protección de todos los demás derechos. Así lo destacó en un informe sobre Ecuador de 2007, en el que señaló que ‘las disposiciones sobre consulta y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones.’<sup>57</sup>*

La inclusión del derecho de consulta como un derecho colectivo se encuentra en el Capítulo Cuarto que se titula: “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”. A través del artículo 57 se señala que se reconoce y garantizará a estos grupos, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos:

*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.*

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

A decir de Angélica Bernal, para que un derecho sea colectivo deben coexistir los siguientes elementos:

- a) El objeto del derecho es colectivo,
- b) El interés al que sirve es colectivo,
- c) El ejercicio del derecho es colectivo.<sup>58</sup>

En el derecho de consulta previa, convergen estos tres elementos, pues el objeto de un derecho colectivo es la protección de sus caracteres históricos, culturales y sociales que

---

<sup>57</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 20.

<sup>58</sup> Angélica M. Bernal, “De la exclusión a la participación – Ensayo de la Exclusión Ética a los derechos colectivos”, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2000, p. 38. Citado por Christian Israel Pérez Escobar, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: “Irrespeto de los derechos colectivos indígenas por la actividad de las compañías petroleras. Estudio del Caso Sarayaku”, PUCE, Quito, 2007, p. 12.

son propios de un grupo determinado<sup>59</sup>, en este caso, de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio, que a su vez comparten intereses en conjunto y no individualmente, y cuyo ejercicio consecuentemente será en beneficio de esos intereses, a través de los mecanismos que la normativa internacional y nacional disponen para el efecto.

Finalmente, vale mencionar que la doble acepción referida del derecho de consulta se encuentra totalmente relacionada a su vez con el derecho al medio ambiente; vinculación que es fundamental y no puede pasar desapercibida. De ahí que tal como lo ha señalado Patricia Carrión, 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, por lo que aparece el principio 10 de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que establece que todas las personas tienen derecho acceder a la información ambiental, a participar de los procesos de toma de decisiones y a la justicia ambiental.<sup>60</sup>

Para la autora, 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.<sup>61</sup>

En ese contexto, la consulta previa, libre e informada reviste un rol esencial para los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades, para definir la gestión de su territorio y el de los recursos naturales, garantizar el respeto a su identidad y los usos culturales de los bienes naturales, la vigencia del principio de autodeterminación y reconocimiento de un Estado plurinacional; todo lo que continúa siendo para la sociedad ecuatoriana y las instituciones del Gobierno, un reto y un proceso en construcción.

---

<sup>59</sup> Julio César Trujillo, Ensayo sobre los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas recopilado en *“De la exclusión a la participación”*, Quito, Abya-Yala, 2000, p. 12. Citado por Christian Israel Pérez Escobar, ídem.

<sup>60</sup> Patricia Carrión, *Análisis de la Consulta Previa, Libre e Informada*. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2012, p. 23.

<sup>61</sup> Ídem.

### **1.3 Vigencia del Convenio No. 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas**

A través del marco constitucional vigente de corte garantista, se contemplan derechos humanos cuyo reconocimiento se encuentra presente en varios instrumentos internacionales. La Constitución ecuatoriana señala entre los principios de aplicación de dichos derechos que todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y pueden gozar de los mismos<sup>62</sup> y consecuentemente de las garantías para su efectivo cumplimiento. Además, consagra principios como la interpretación más favorable de las normas que los contemplan, que puede ser la misma norma constitucional o la correspondiente a un tratado internacional (lo cual ya estaba establecido en anteriores codificaciones constitucionales como la de 1978-79 y la de 1998).

El texto constitucional vigente en su artículo 424 desarrolla este principio así como el de supremacía constitucional, señalando que ésta prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo que las normas y los actos del poder público deben guardar conformidad con la misma. Además, establece que la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, otorgándoles bajo esta condición incluso rango supraconstitucional.

Por lo que, nos encontramos frente a lo que en el marco de la doctrina se denomina, bloque de constitucionalidad. Según Rodrigo Uprimny, éste es un intento por sistematizar jurídicamente el fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales, es decir con fuerza constitucional, son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales y aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Constitución del Ecuador de 2008, artículo 10.

<sup>63</sup> Rodrigo Uprimny, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, p. 3. Internet. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>. Acceso: 3 de marzo de 2013.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional del Ecuador en uno de sus pronunciamientos se manifestó en el siguiente sentido:

*En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía.*<sup>64</sup>

De ahí, la importante incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho constitucional. A decir de Ramiro Ávila: *“La discusión sobre jerarquía entre instrumentos internacionales de derechos humanos y constitución se torna irrelevante por el principio *pro derechos*<sup>65</sup>: se aplicará la norma que más favorezca al reconocimiento y ejercicio de derechos”*.<sup>66</sup>

El autor adicionalmente precisa que la palabra “instrumentos” permite ampliar el espectro de protección de los derechos, ya que incluye “*soft law*”, resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos.<sup>67</sup>

Además, bajo el esquema de los conceptos desarrollados en la nueva Constitución ecuatoriana, el análisis e interpretación de las normas constitucionales debe darse según lo ha establecido la Defensoría del Pueblo, desde un enfoque sistémico e integral.

Para complementar lo preceptuado por la Constitución, el artículo 427 indica que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y que en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad

---

<sup>64</sup> Tribunal Constitucional, Resolución 001-2004-DI, publicada en el Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004, considerando quinto.

<sup>65</sup> El artículo 417 indica: *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”*.

<sup>66</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución 2008”, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 63.

<sup>67</sup> Ídem.



del constituyente y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Para muchos autores, a partir de esta norma pueden inferirse los métodos de interpretación tradicional sin embargo, la Corte Constitucional, como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia,<sup>68</sup> ha sostenido que la concepción de la Constitución debe ser entendida como un todo orgánico e integral, por el cual la interpretación que las autoridades estatales hagan sobre uno de sus artículos, deberá realizarse en relación a los demás artículos que la componen.<sup>69</sup>

En ese sentido y tomando el criterio de Agustín Grijalva, la Defensoría del Pueblo ha determinado que lo dispuesto en la Constitución, en lo referente a la interpretación literal y el respeto 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. Por tanto, esta norma debe ser interpretada o leída en relación con las otras normas constitucionales referidas a su interpretación y con el sentido garantista de la Constitución.<sup>70</sup>

En correlación con las disposiciones constitucionales antes citadas, adicionalmente el texto constitucional establece en su artículo 11 algunos principios que conviene indicar, tales como el principio de aplicación directa, el cual supone que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte y que se complementa con el fundamento de que los derechos serán plenamente justiciables pues

---

<sup>68</sup> Constitución del Ecuador, 2008, artículo 429.

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 0006-09-SIS-CC, Caso No. 0002-09-IS, p. 5.

<sup>70</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, Ecuador, 2011, p. 14.

no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

El constitucionalista Jorge Zabala Egas precisa que la eficacia directa que la Constitución se atribuye, de una aplicación ajena al orden de legalidad imperante y necesaria, sino que lo que se afirma es que el derecho fundamental es básicamente un derecho constitucional que, por serlo, vincula directamente a todos, sin necesidad de mediación de legislación ordinaria alguna, desde el momento mismo de la vigencia del principio o de la norma.<sup>71</sup>

Además, se presenta el principio de que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, y que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Los principios constitucionales enunciados son concordantes con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, en tanto tal como lo establece el artículo 29, letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José): *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...”*; como en el caso del Convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

En ese sentido hay que destacar también que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de imperativo cumplimiento en Ecuador, ya que al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, el país se comprometió no sólo a

---

<sup>71</sup> Jorge Zabala Egas. Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad. Guayaquil, 2009, p. 24.

cumplir las normas y los derechos que constan en este instrumento, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan del mismo.<sup>72</sup>

Es así que, tanto por disposición constitucional como por la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, el derecho a la consulta previa, libre e informada reconocido en el Art. 57 de la Constitución debe ser leído de manera integral con otras disposiciones de dicha norma referidas a los principios de aplicación de los derechos, principio de supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad (que incluye en el ámbito internacional el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas), en concordancia con los demás derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales, así como se debe considerar el desarrollo del contenido de este derecho efectuado por los órganos del sistema de protección regional y universal de derechos humanos.<sup>73</sup>

Por lo tanto, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos colectivos, en especial el de consulta previa, libre e informada, ante medidas administrativas como legislativas, se deben tomar en consideración tanto las normas constitucionales como las contempladas en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como principios constitucionales como la autodeterminación de los pueblos y dentro de un contexto de no discriminación.

## **CAPÍTULO II: CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA**

### **2.1 Derecho de consulta previa, libre e informada**

Como se determinó en el capítulo anterior, la consulta previa constituye un derecho de los pueblos indígenas y tribales en razón de las circunstancias particulares que les

---

<sup>72</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, ob. cit. p. 32.

<sup>73</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 16.

atañen y que están relacionadas con el derecho a su identidad e integridad cultural, a conservar sus propios usos y costumbres, al territorio, a decidir sus propias prioridades de desarrollo, entre otros, lo cual genera una obligación correlativa e intransferible del Estado, encargado de celebrar dichas consultas.

La participación de estos colectivos en los ámbitos mencionados y en otros que les afectan directamente, es fundamental, pues como lo estableció la Comisión de Expertos en la Observación General sobre el Convenio 169, en el año 2008, las consultas: “(...) pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos”.<sup>74</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso del pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu<sup>75</sup> vs. Ecuador, la consulta:

*(...) no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.*<sup>76</sup>

Por lo tanto, en la práctica, se traduce en una serie de procedimientos para alcanzar dicho consenso; procedimientos que pueden diferir de las que se precisa para otro tipo de formas de participación que se han configurado para incluir las demandas y necesidades de los ciudadanos dentro de la voluntad estatal. En ese sentido, tal como lo ha señalado el experto Bartolomé Clavero, Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas durante el periodo 2008-2010, la consulta previa:

*(...) se trata de una consulta independiente de otras a los que los ciudadanos indígenas puedan tener derecho como ciudadanos (participación en consultas para estudios de impacto ambiental, etc.) e introduce una nueva etapa en el proceso de*

---

<sup>74</sup> Comisión de Expertos, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.<sup>a</sup> sesión, 2008 (publicación 2009) Internet. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf) Acceso: 12 de marzo de 2013.

<sup>75</sup> Sarayaku es un pueblo Kiwchua 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. Cuenta con alrededor de 1.200 habitantes, quienes subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección de acuerdo a sus tradiciones y costumbres ancestrales. El entorno territorial del pueblo Sarayaku es uno de los que ofrecen mayor biodiversidad en el mundo.

<sup>76</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 186. Internet. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf). Acceso: 16 de noviembre de 2012.

*formación de la ley u acto administrativo y exige cambios en las normas que regulan el funcionamiento de los diferentes poderes del Estado.*<sup>77</sup>

Es decir, que es diferente a la consulta popular y a la consulta ambiental, constitucionalmente reconocidas, pues cada uno de estos mecanismos de participación, posee sus características particulares y su reconocimiento responde a criterios y contextos específicos.

En nuestro país, se ha evidenciado de manera repetida que muchos operadores de justicia y legisladores incurren en esta confusión, tal como lo podemos constatar a través de uno de los argumentos esgrimidos por parte de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, dentro de la Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería del año 2010.<sup>78</sup>

Tanto la consulta popular, la consulta ambiental y la consulta previa, libre e informada, son importantes instrumentos diseñados para incorporar los criterios de los ciudadanos en las decisiones estatales y de esta manera garantizar su ejercicio al derecho de participación. Sin embargo, a diferencia de la consulta popular que es realizada a la ciudadanía en general, el derecho de consulta previa, libre e informada, es un derecho cuyo titular es un segmento específico de la población, por lo que la temática de la consulta puede variar en cada caso.

La consulta ambiental busca incorporar los criterios de la comunidad en la gestión ambiental; propósito diferente al que tiene el derecho de consulta previa libre e informada, en cuyo caso como se observará más adelante, se procura la obtención del consentimiento de la comunidad. De la misma manera, el derecho de consulta

---

<sup>77</sup> Bartolomé, Clavero, Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos, [http://www.redunitas.org/Consulta\\_BC.pdf](http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf), p. 1.

<sup>78</sup> El representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, Arquitecto Fernando Cueva Cordero señaló en respuesta a los argumentos de los accionantes que: “*si la intención de los demandantes es el de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la unas sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas.*”, objeción improcedente dentro del caso por no ser ese el derecho en discusión, lo cual es aclarado más adelante por la Corte Constitucional.

ambiental, no garantiza el cumplimiento esencial del derecho de consulta y de su carácter previo, libre e informado.<sup>79</sup>

En la perspectiva de los colectivos titulares del derecho de consulta previa, libre e informada, es esencial la conjunción que abarca no solo la integralidad física del territorio que habitan, sino su autoidentificación y percepción integral, que tiene que ver con los significados y simbologías que representa para la vida del mismo.

Dentro esta concepción, la identidad territorial adquiere una connotación especial que dista mucho de la tradicional interpretación del territorio como objeto de apropiación asumida por la noción occidental de los derechos, por la cual éstos se hacen justiciables en la medida en que garantizan otro derecho como es la propiedad privada.<sup>80</sup>

Por ejemplo, de acuerdo a la cosmovisión del Pueblo Kichwa de Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva (*kawsak sacha*) y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (*supay*), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.<sup>81</sup> Esto denota la existencia del vínculo entre la cultura y el territorio y la relación íntima entre éste y sus miembros.

Así también, podemos anotar lo observado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la comunidad Yakye Axa de Paraguay, para la que:

*(...) La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía.*<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Los principales instrumentos normativos que se regulan la consulta ambiental en el marco jurídico interno son la Constitución (Artículo 398), Ley de Gestión Ambiental (Artículo 28), Decreto 1040: Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, Ley de Minería, Ley Orgánica de Participación Ciudadana y TULAS.

<sup>80</sup> Cfr., Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176, de 21 de Abril del 2010, voto salvado de la Dra. Nina Pacari.

<sup>81</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso del pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador, 2012, párr. 57.

<sup>82</sup> CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales". Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 36. Internet. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm> Acceso: 22 de mayo de 2013.

Esta vinculación se manifiesta de manera aún más visible con los pueblos no contactados que habitan en las profundidades de la Amazonía ecuatoriana, con quienes se debe evitar situaciones de contacto forzado y cuya condición merece especial interés por parte del Estado. Mario Melo, menciona otro caso que permite ilustrar esta interrelación y las consecuencias que su vulneración puede acarrear para estos grupos específicos. Este es el caso de los indígenas ubicados en la reserva Nahua Kugapakori y alrededores del lote 88 o Camisea en la selva amazónica del Perú, quienes debido a la concesión otorgada al consorcio Shell-Mobil para la explotación de Gas Natural, sufrieron desintegración familiar y comunal, pues la actividad extractiva obligó la transformación del pueblo nómada en una sociedad dependiente de bienes de consumo.<sup>83</sup>

Bajo este presupuesto, el derecho de consulta previa, libre e informada, se funda en el concepto del carácter colectivo de la propiedad desarrollado por el derecho internacional de derechos humanos y la estrecha vinculación de los pueblos con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, reconociendo las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo.

Pero para permitir el goce efectivo de este derecho no basta exclusivamente con su reconocimiento, por ello tal como lo ha indicado Clavero, debe además estar amparado por garantías constitucionales ya que su omisión o realización inadecuada conlleva invalidez de la norma o el acto administrativo.<sup>84</sup>

Por ello es preciso identificar el contenido del derecho de consulta previa, libre e informada y que permite su adecuada realización, a través de los elementos que la conforman, sus características, los sujetos que participan en la misma y el propósito que procura alcanzar.

---

<sup>83</sup> Cfr., Mario Melo, *Consulta Previa Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, 1era edición, CEDES, Quito, 2006, p. 18. Citado por Danny Gilberto Cifuentes Ruiz, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: “La consulta previa y participación en la industria petrolera en el Ecuador”, PUCE, Quito, 2011, p. 17.

<sup>84</sup> Bartolomé Clavero, *ob. cit.*, p. 1.

## **2.2 Características**

Las distintas iniciativas internacionales llevadas a cabo hasta la fecha han concluido que el desconocimiento de derechos como el de consulta previa genera recurrentemente, situaciones graves de desposesión, contaminación ambiental, desplazamiento forzoso y daños permanentes a la cultura, espiritualidad y conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y tribales, en diferentes escenarios en todo el mundo, realidad que no es ajena en nuestro país.

Una de las causas que han generado este problema es que históricamente, el incumplimiento de las características de previa, libre e informada del derecho de consulta, contenidas en el artículo 57 de la Constitución vigente, ha impedido la celebración de consultas apropiadas sobre cuestiones que afectan la vida y el territorio de estos pueblos.

Por lo tanto, es necesario analizar en qué consisten estas características, que pueden variar según la naturaleza de la medida propuesta, el alcance de su impacto en los pueblos indígenas y tribales y la naturaleza de los intereses o derechos que estén en juego.<sup>85</sup> De ahí que no hay una fórmula única para realizar las consultas, ni un programa de implementación de consulta estandarizado, pues la diversidad de las características y circunstancias que enfrentan los pueblos imposibilita el repetir o transferir modelos de un país a otro.

### **2.2.1 Previa**

El artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece con claridad que las consultas deberán realizarse antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. Esta disposición guarda plena concordancia con lo establecido por la Constitución ecuatoriana y nos permite identificar la primera característica del derecho en cuestión.

---

<sup>85</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, julio de 2009 p. 23, párr. 65. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1> Acceso: 16 de abril de 2013.



En palabras de Clavero:

*Previo significa que se permite tiempo suficiente para la recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir ninguna presión para tomar la decisión con prisa, ni ninguna limitación temporal. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado.<sup>86</sup>*

Las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD) sobre los asuntos de los pueblos indígenas exponen por su parte que esta característica debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se hayan respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas.<sup>87</sup>

De modo que se debe contar con el tiempo suficiente para recopilación de la información necesaria respecto de la medida a ser consultada, los debates internos a los que hubiere lugar y consecuentemente el tiempo en que los pueblos indígenas y tribales adopten su decisión. Estos plazos deberán ser razonables, aunque podrían verse normativamente limitados en el caso de consultas ante medidas legislativas, que si bien no responderán a la rigurosidad del procedimiento legislativo habitual, no podrá extenderse indefinidamente al momento de emitir un acto normativo.

El Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, en varios de sus informes relativos al derecho a la consulta en el caso de medidas administrativas o legislativas, se ha manifestado respecto de esta característica.

Así, por ejemplo en su Informe del año 2009 presentado al Consejo de Derechos Humanos indicó que:

*(...) al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de*

---

<sup>86</sup> Bartolomé Clavero, ob. cit., p. 2.

<sup>87</sup> OIT. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 63. Internet. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf) Acceso: 27 de marzo de 2013.

*decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.*<sup>88</sup>

De la misma manera se refirió en su Informe respecto de los Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, mencionando que:

*Resulta evidente que toda consulta realizada en virtud del Convenio 169 de la OIT y otras normas internacionales aplicables debe llevarse a cabo con anterioridad a la adopción de la medida a ser consultada (...) Según han confirmado los órganos de control de la OIT (...) el requisito de consulta previa implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.*<sup>89</sup>

Adicionalmente, el Relator Especial ha observado que sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo.<sup>90</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana, en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha determinado que se debe consultar la medida en las primeras etapas del plan y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.<sup>91</sup> Por ello la consulta debe considerarse como un proceso y no como un acontecimiento único.

---

<sup>88</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, julio de 2009, p. 20, párr. 54. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1> Acceso: 16 de abril de 2013.

<sup>89</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Abril 2009, p.5, párr. 18. Internet. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>. Acceso: 12 de abril de 2013.

<sup>90</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009 p. 13, párr. 36. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1> Acceso: 16 de abril de 2013.

<sup>91</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, p. 5, párr. 19.

En la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte se pronunció señalando que esto incluye medidas legislativas, por lo que los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa y que los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y

Sin embargo, como ya se había mencionado, a decir de Anaya, esta característica puede adquirir sus propias matices según la medida a consultarse, así como de las particularidades del sujeto consultado.

### 2.2.2 Libre

Generalmente los procesos de consulta han sido deslegitimados por el incumplimiento de esta característica, pues los sujetos consultados han sido objeto de presiones de todo tipo, lo que les ha impedido influir efectivamente en las decisiones que afectan sus intereses.

A decir de Clavero esta característica significa la ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios, a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final, y las tácticas de "dividir para conquistar", lo que significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o represalia si la decisión final es un "no".<sup>92</sup>

En el mismo sentido, las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD) sobre los asuntos de los pueblos indígenas señalan que el objetivo de esta característica es que no exista coerción, intimidación ni manipulación dentro del proceso de consulta.<sup>93</sup>

Un caso emblemático que evidencia los ejemplos de este tipo de incentivos y consecuentemente, el incumplimiento del carácter libre que debe identificar a la consulta es precisamente el relacionado con el Pueblo Kichwa de Sarayaku ya referido con anterioridad, debido a que en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determinó que la empresa petrolera intentó gestionar la entrada a su territorio y conseguir su consentimiento para la explotación mediante acciones como:

*(...) a) relacionamiento directo con los miembros de las comunidades, saltando el nivel de la organización indígena; b) ofrecimiento de una caravana para atención médica a varias comunidades que conforman Sarayaku, en la cual, para ser atendidas, las personas tenían que firmar un listado, el cual posteriormente se habría utilizado como una carta de apoyo dirigida a la CGC para que continuara sus*

---

confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

<sup>92</sup> Bartolomé Clavero, ob. cit., p. 2.

<sup>93</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 63. Internet.

[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf) Acceso: 27 de marzo de 2013.

*trabajos; c) pago de sueldos a personas particulares dentro de las comunidades para que reclutaran a otras personas a fin de avalar la actividad de prospección sísmica; d) ofrecimiento de regalos y de prebendas personales; e) formación de grupos de respaldo a la actividad petrolera, y f) ofrecimientos de dinero, en forma individual o colectiva.*<sup>94</sup>

Por otra parte, de conformidad con la sentencia citada, la táctica de “dividir para conquistar” se manifestó a través ciertos hechos específicos como cuando la empresa petrolera contrató a un equipo de sociólogos y antropólogos dedicados a programar relaciones comunitarias; estrategia que según miembros de Sarayaku, consistió en dividir a las comunidades, manipular a dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones, e inclusive la creación de una llamada “Comunidad de Independientes de Sarayaku” para llegar a un acuerdo.<sup>95</sup>

De ahí que los esfuerzos desplegados en estos procesos, no pueden desembocar en acciones tendientes a imponer o comprar el consentimiento por parte de los pueblos en proyectos que no les interesan o que podrían llegar incluso a afectarles, como es usual que ocurra.

### **2.2.3 Informada**

Esta característica tiene que ver con:

*(...) la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista de los pueblos, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales.*<sup>96</sup>

Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, señaló:

*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*

---

<sup>94</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, p. 23, párr. 73.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, párr. 74.

<sup>96</sup> Bartolomé Clavero, *ob. cit.*, p. 2.

*presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen.*<sup>97</sup>

El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ha sido puntual en señalar que "informado" en el caso de medidas administrativas, debe implicar que se suministre información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:

- a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;*
- b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad;*
- c. la duración del proyecto o la actividad;*
- d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas;*
- e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;*
- f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y*
- g. los procedimientos que puede entrañar el proyecto.*<sup>98</sup>

Mientras que la Defensoría del Pueblo por su parte, entiende que la información necesaria en el caso de medidas normativas tiene que abarcar: "1) el alcance y las implicaciones de la medida normativa que se trate, 2) que en el caso de ser necesario se proporcione información adicional, 3) los pueblos y nacionalidades, si lo requieren, cuenten con asesoría técnica".<sup>99</sup>

Hay que destacar que el reconocimiento del derecho de consulta informada no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, a través de talleres informativos o reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes, sino en el acceso oportuno a la información completa y necesaria para comprender los efectos que podría tener cualquier medida que pudiera ser atentatoria de derechos colectivos, lo que asegurará la transparencia dentro del proceso. Además, el derecho de consulta tiene que evidenciarse en cada de las fases del proceso que como se señaló en líneas anteriores, deberá contar con un tiempo necesario para la toma de decisiones, lo

---

<sup>97</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, abril de 2009, párr. 46.

<sup>98</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 63.

<sup>99</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 44.

que a su vez permitirá generar un ambiente de confianza y respeto entre los sujetos que participan en la consulta.

El incumplimiento de esta característica se denota a través de un interesante ejemplo mencionado en la sentencia respecto de la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería, por la Corte Constitucional del Ecuador, que advirtió lo acontecido en el año 2001 en México, en donde para la reforma constitucional se mantuvieron reuniones y audiencias ante el congreso federal con representantes indígenas, que si bien permitieron a sus representantes expresar ciertas opciones sobre el proyecto de reforma, en la medida en que dichas audiencias no fueron sistemáticamente organizadas, James Anaya determinó que no se pueden catalogar de consultas en los términos del convenio 169 de la OIT, ya que la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.<sup>100</sup>

La misma situación se evidencia en el caso específico de la consulta ante medidas legislativas, tal como lo ha mencionado la Dra. Nina Pacari dentro del Voto Salvado, presente en la Sentencia *ibídem*, en el proceso de formación de la Ley de Minería:

*(...) en donde si bien existieron reuniones de amplia convocatoria ciudadana en el seno de la Comisión de Legislación y Fiscalización en el cual han participado algunos dirigentes indígenas, aquello no constituye un proceso de consulta prelegislativa adecuada a los pueblos indígenas, sino simples audiencias a las que pudieron acudir como cualquier ciudadano.*<sup>101</sup>

Finalmente, la información deberá ser proporcionada en el idioma propio de la comunidad o pueblo, y empleando medios idóneos que se ajusten a la situación local y que garanticen el fácil acceso de la información y su total comprensión.

### **2.3 Requisitos adicionales del derecho de consulta previa, libre e informada**

Del contenido normativo del derecho de consulta previa, libre e informada, se puede extraer que la misma debe realizarse de acuerdo a procedimientos apropiados,

---

<sup>100</sup> Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176 Quito, de 21 de Abril del 2010.

<sup>101</sup> *Ibídem*, voto salvado de la Dra. Nina Pacari.

instituciones representativas, de buena fé y de manera apropiada a las circunstancias; componentes que también es oportuno analizar a luz de los parámetros internacionales de derechos humanos.

### **2.3.1 El principio de buena fé y la manera apropiada de consultar**

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fé de ambas partes y la finalidad de alcanzar un mutuo acuerdo.<sup>102</sup>

Según la Guía de los Derechos de los pueblos Indígenas y Tribales en la práctica, eso significa que las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua, por lo tanto es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan con los acuerdos pactados y finalmente los implementen de buena fé.<sup>103</sup>

Esto incluye la facultad de otorgarles el tiempo suficiente para que emprendan sus propios procesos de toma de decisiones, de conformidad con sus tradiciones culturales y sociales. De ahí que este principio guarda íntima relación con las características de previa e informada que debe cumplir la consulta, ya que es imprescindible que se garantice que los pueblos indígenas y tribales cuenten con toda la información relevante y puedan comprenderla en su totalidad.

### **2.3.2 Instituciones representativas**

Adicionalmente, el Convenio 169 señala que los procesos de consulta indígenas deben llevarse a cabo a través de instituciones representativas, lo que a su vez se relaciona con el carácter libre de la consulta. Esto implica que antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad. Respecto de la determinación de las instituciones representativas, el Consejo de Administración de la OIT ha manifestado que “*dada la*

---

<sup>102</sup> CIDH, Informe Temático: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, , 2009, p. 112, párr. 285. Internet. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>. Acceso: 20 de mayo de 2013.

<sup>103</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 62.

*diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que éstas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”.*<sup>104</sup>

De ahí que en la sentencia del pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte omitió cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado, declarando únicamente que la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”.<sup>105</sup>

Esta determinación sin duda puede resultar una difícil tarea en la mayoría de casos, sin embargo, “*si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio.*”<sup>106</sup>

El Estado es el encargado de celebrar las consultas mas no de decidir cuáles son las organizaciones o instituciones que representan a los pueblos indígenas o tribales; de ellos es de donde debe emerger esta decisión y quienes deberán informar los nombres de sus representantes.

La Corte Constitucional en ese sentido, ha precisado que los representantes indígenas en los organismos oficiales, sea por la vía de elección popular o de designación, no necesariamente constituyen autoridades de los pueblos indígenas, en consecuencia, tampoco representan únicamente a los pueblos indígenas; siendo necesario tener presente que no por la presencia de representantes indígenas en la Asamblea se puede afirmar erróneamente que los pueblos indígenas hayan sido consultados.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibíd*em, p. 64.

<sup>105</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación, p. 38

<sup>106</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, ob. cit., p. 61.

<sup>107</sup> Sentencia N° 001-10-SIN-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176 Quito, de 21 de Abril del 2010.



### 2.3.3 Procedimientos apropiados

El que se realice la consulta a través de procedimientos apropiados quiere decir que se debe generar las condiciones propicias para que el sujeto consultado pueda intervenir adecuadamente dentro del proceso de consulta e influir en los resultados de la medida que la Administración adoptará.

Por consiguiente, la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos, con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas.<sup>108</sup>

Las situaciones en las que se da lugar a la celebración de consultas pueden ser numerosas y variadas, pues responden a contextos y realidades distintas, de ahí que requieren de procedimientos especiales y diferenciados según las prácticas e historia de cada pueblo, debido a que los procesos de participación democrática tradicionales no suelen ser suficientes para satisfacer sus necesidades particulares.

De ahí que para Anaya, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como sus diversos componentes normativos, se basan en el reconocimiento generalizado, tal como se establece en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, ob. cit., p. 62.

<sup>109</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, p. 16, párr. 42. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1> Acceso: 16 de abril de 2013.

## 2.4 Sujeto consultante y titulares del derecho

### 2.4.1 Sujeto consultante

En primer lugar vale determinar que: *“la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional”*.<sup>110</sup>

Así, de conformidad con lo establecido en la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas, el sujeto en quien recae esta obligación en los procesos de consulta previa es el Estado, a través de los organismos y dependencias que lo conforman.

De acuerdo al artículo 2 (1) del Convenio 169:

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

Al respecto Anaya, se ha manifestado reiteradamente en sus Informes tanto anuales, como temáticos y de países, declarando que frecuentemente en la práctica, son muchos los casos en los que los Estados delegan formal o informalmente a las empresas a las que les han otorgado concesiones la realización de dichas consultas<sup>111</sup>, cuando esto desvirtúa totalmente el contenido del derecho de consulta previa, libre e informada.

De ahí que en su Informe Anual de 2009 al Consejo de Derechos Humanos estableció que:

*(...) el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad.*<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 164.

<sup>111</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Doc. A/HRC/12/34, 2009, p. 22, párr. 61.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 20, párr. 54.

Del mismo modo, es responsabilidad de las empresas no realizar consultas que aspiren a suplantar o suplanten, el deber que corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas en relación con las actividades que les afecten.<sup>113</sup>

En este sentido en el Informe Anual del año 2010, el Relator Especial agregó que esta delegación:

*(...) puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados.*<sup>114</sup>

Además, esta delegación resulta inconveniente pues aún cuando una empresa puede actuar de buena fé, no siempre posee el conocimiento necesario sobre la normativa vigente y el trato específico que en estos casos procede para con los pueblos indígenas y tribales al momento de intervenir en sus comunidades.

En el caso concreto de nuestro país, dada la multiplicidad de funciones e instituciones que encarna el Estado, corresponden las potestades normativas a la Asamblea Nacional como responsable de la consulta de las leyes, al Ejecutivo, la expedición de reglamentos y a los gobiernos seccionales autónomos, las ordenanzas. Y en cuanto a las potestades administrativas, en política pública y actividades extractivas, las carteras de Estado respectivas.<sup>115</sup>

## **2.4.2 Titulares del derecho**

Los sujetos de los derechos cuya protección se pretende a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas son los pueblos indígenas y tribales, sin embargo estos instrumentos no describen estrictamente a los mismos. Esto responde a que no ha sido posible llegar a un acuerdo internacional para lograr homogeneizar conceptos y determinar una definición que recoja las particularidades y diversidad de estos colectivos a cabalidad.

---

<sup>113</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Doc. A/HRC/15/37, julio de 2010 p. 16, párr. 65. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8026.pdf?view=1> Acceso: 14 de abril de 2013.

<sup>114</sup> Ibídem, p. 15, párr. 61.

<sup>115</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 36.

De ahí que una de los principales problemas relacionados con las operaciones en territorios indígenas o que afectan estos territorios es la falta de un reconocimiento formal de dichos pueblos, o de un reconocimiento limitado únicamente a algunos grupos, por parte de los Estados en los que viven. Sin embargo,

*(...) resulta un principio generalmente aceptado de derecho internacional de los derechos humanos que la existencia de grupos diferenciados por razón étnica, lingüística o religiosa, incluyendo pueblos indígenas, responde a criterios objetivos y no puede depender de la decisión unilateral de los Estados.*<sup>116</sup>

Por ello, es importante abordar los parámetros generales recogidos por la normativa y doctrina nacional e internacional que permiten identificarlos.

Según la Guía del Convenio 169 de OIT, la identificación de los elementos de los pueblos indígenas y tribales, deben ser analizados tomando en consideración criterios objetivos y subjetivos.

Los criterios objetivos constan en el artículo 1 (1) y consiste en que las características que identifican a los pueblos tribales son:

- *Condiciones económicas, culturales, organización, social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en la forma de ganarse el sustento, el idioma, etc.;*
- *Tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial.*<sup>117</sup>

Para los pueblos indígenas incluyen:

- *Continuidad histórica, es decir que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización;*
- *Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región);*
- *Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias).*<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, julio de 2010 p. 13, párr. 49.

<sup>117</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 9.

<sup>118</sup> Ídem.

El artículo 1(2) reconoce la autoidentificación de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental, es decir la conciencia de considerarse perteneciente a este pueblo, el cual se configura como el criterio subjetivo.<sup>119</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que este criterio “*es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos*”.<sup>120</sup> Por lo que debe ser profundamente respetado por parte de los Estados, pues se constituye en un hecho histórico y social que forma parte de la autonomía de dichos pueblos.

Otras instancias internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” incluyen:

*(i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no.*<sup>121</sup>

Mientras que un pueblo tribal es:

*(...) un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.*<sup>122</sup>

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece a los pueblos indígenas como los beneficiarios de los derechos incluidos en la Declaración, pero no define específicamente de quienes se trata. Sin embargo, con el mismo enfoque inclusivo del Convenio 169, el preámbulo de la

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>120</sup> CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 36. Internet. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.III-IV.htm> Acceso: 22 de mayo de 2013.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>122</sup> Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

Declaración hace referencia a ciertas características normalmente atribuidas a los pueblos indígenas, como su diferenciación, enajenación de tierras, territorios y recursos naturales, presencia histórica y precolonial en ciertos territorios, características culturales y lingüísticas y marginación política y legal. Y en consonancia con el mismo, el artículo 33.1 señala que: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Respecto de este tema, conviene mencionar el antecedente en el caso de las comunidades afrocolombianas de Curbaradó y Jiguamiandó sobre las que la Comisión de Expertos de la OIT concluyó que cumplían con los criterios de pueblo tribal establecidos por el Convenio, en tanto se ajustaban a los requisitos establecidos en el numeral 1 de su artículo 1 (criterio objetivo) y tenían conciencia de su identidad tribal (criterio subjetivo).<sup>123</sup>

En el Ecuador, según el artículo 57 de la Constitución, los sujetos consultados son las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas y según el artículo 58 también lo son los afroecuatorianos pues se les reconoce claramente los derechos colectivos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Por su parte, la disposición constitucional del artículo 58 si bien reconoce derechos colectivos de los pueblos montubios no especifica su fundamento en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Sin embargo, por ajustarse a las características antes señaladas y que están recogidas por la doctrina, jurisprudencia y los instrumentos internacionales vigentes ratificados por el Ecuador, puede extenderse al pueblo montubio, como sujeto de derechos colectivos y titular del derecho de consulta previa, libre e informada.<sup>124</sup>

Es interesante adicionalmente resaltar como se plantea la titularidad del derecho ya que en la Constitución precedente se establecía como destinatarios a los pueblos indígenas, que se autodefinían como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o

---

<sup>123</sup> Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, ob. cit., p. 12.

<sup>124</sup> En este sentido, la Corte Constitucional, entre sus consideraciones y fundamentos para resolver la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, señaló que por derechos colectivos, se debe entender a los derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial y no solo formal y proporcional que no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legitima, de manera exclusiva y preferente, como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador.

afroecuatorianos, dejando de lado a otros colectivos también presentes e históricamente invisibilizados como el pueblo montubio u otros grupos indígenas. De ahí la importancia de la inclusión en la norma constitucional de conceptos como *comuna* y *comunidad*, que encierran algunos elementos que subyacen al pensamiento occidental de una simple agrupación, ya que se configura en una forma nuclear de organización social y política, que a decir de Rodrigo Borja “*no es una asociación buscada deliberadamente o contractualmente formalizada, sino una unión espontánea que se forma a lo largo del tiempo por la mera comunión de intereses*”.<sup>125</sup>

## 2.5 Objetivo de la consulta: el consentimiento

El numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, establece que:

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

Mientras la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19 dispone:

*“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”*

De las normas referidas se evidencia que aunque los términos de la Declaración difieren un poco de los Convenio 169, los dos instrumentos son concordantes y se refuerzan mutuamente, lo que significa que el alcance de su aplicación será en gran medida el mismo. Ambos apuntan a que la consultas deben estar encaminadas hacia la obtención del consentimiento y en procura de acuerdos mutuamente aceptables que se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no que no sean consultas con carácter informativo sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles intervenir efectivamente en el proceso de adopción de decisiones.

---

<sup>125</sup> Rodrigo, Borja, Enciclopedia de la Política. Citado por Christian Israel Pérez Escobar, ob. cit., p. 13.

En atención a estas consideraciones, el consentimiento se puede considerar como un derecho "finalidad" de un proceso de consulta, o como un derecho "requisito" para que el Estado tome una decisión,<sup>126</sup> dependiendo de las circunstancias planteadas por el derecho internacional que se fundamentan en el efecto que las medidas a adoptarse tengan en la vida y subsistencia de los pueblos. Esto da lugar a que en determinadas situaciones, como consecuencia de la falta de consentimiento del sujeto consultado, la presunción puede convertirse en una prohibición de la adopción de la medida o ejecución del proyecto.

Clavero establece esta diferenciación en los siguientes términos:

*El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión. En cambio hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales o casos afines.<sup>127</sup>*

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen expresamente dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que todas las consultas que afecten sus derechos particulares tengan por finalidad procurar el consentimiento, en donde más que estar involucrado un derecho de participación de un segmento determinado de la población, lo está su supervivencia.

El artículo 16 del Convenio, numeral 2 declara: “2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesario, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”.

En concordancia con esta disposición, el artículo 10 del texto de la Declaración establece:

---

<sup>126</sup> Bartolomé Clavero, ob. cit., p. 2.

<sup>127</sup> Ídem.



*Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.*

Por su parte el artículo 29, numeral 2 indica:

*2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.*

En síntesis, se incluye el caso en que el proyecto de lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas.

Adicionalmente en el caso del Pueblo Saramaka de Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

*(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones.*<sup>128</sup>

Anaya ha agregado que se requiere el consentimiento, en caso de que una propuesta de instalación de actividades de extracción de recursos naturales dentro de un territorio indígena cuando esas actividades tuviesen impactos sociales, culturales y ambientales significativos.<sup>129</sup>

Recogiendo estos criterios, el Relator Especial ha determinado más concretamente en uno de sus Informes de julio de 2012, que el consentimiento es obligatorio para los aspectos de cualquier operación extractiva en formas que son importantes para su supervivencia y que tenga lugar dentro de:

- Zonas reconocidas oficialmente a los pueblos indígenas o,
- En que éstos utilicen la tierra según prácticas consuetudinarias o,

---

<sup>128</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Doc. A/HRC/12/34, julio de 2009, p. 18, párr. 47.

<sup>129</sup> James Anaya, Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010.

- Que tenga influencia directa en la zonas de importancia cultural, en particular los lugares sagrados, o
- En los recursos naturales que son utilizados tradicionalmente por ellos.<sup>130</sup>

Además, según los términos de la Declaración, los pueblos indígenas que han perdido involuntariamente la posesión de sus territorios, cuando dichos territorios han sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado tienen derecho a la restitución o a otra reparación adecuada que puede consistir en tierras de igual calidad y extensión o en una indemnización monetaria justa (artículo 28) y también respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 11).<sup>131</sup>

El Comité para la eliminación de la de la Discriminación Racial entre sus Observaciones finales respecto de Ecuador en el año 2008, exhortó al Estado *“para que aplique plenamente en la práctica consulte a la población indígena interesada en cada etapa del proceso y que obtenga su consentimiento antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales”*.<sup>132</sup>

En la Constitución del Ecuador, se hace referencia al consentimiento exclusivamente en el artículo 57, numeral 7, es decir respecto de la consulta previa, libre e informada, frente a medidas administrativas. En su parte pertinente, esta norma indica: *“Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”*. Mientras que respecto de la consulta frente a medidas

<sup>130</sup> James Anaya Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Doc. A/HRC/21/47, julio de 2012, p. 18, párr. 65.

<sup>131</sup> Artículo 11. (...) 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 28. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

<sup>132</sup> ONU, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Ecuador, CERD/C/ECU/CO/19, 22 de septiembre de 2008, p. 6, párr. 16. Internet. [www2.ohchr.org/.../CERD%20C%20ECU%20CO%2019%20\(s\).doc](http://www2.ohchr.org/.../CERD%20C%20ECU%20CO%2019%20(s).doc). Acceso: 3 d mayo de 2013.

legislativas, contenidas en el numeral 17 del artículo *ibídem*, no se establece ninguna cosa en relación al consentimiento.

Sin embargo, los resultados del proceso de consulta deben ser tomados en cuenta para la acción del Estado e involucrar el consentimiento previo, libre e informado en las situaciones establecidas tomando en cuenta los estándares internacionales en materia del derecho a la consulta y el bloque de constitucionalidad que obliga al Estado a asumir el contenido de estos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como se puede constatar en la realidad nacional, gran parte de proyectos tendrían que implicar la obtención del consentimiento informado previo, y más aún si se trata de medidas administrativas y específicamente de proyectos de explotación y comercialización de recursos no renovables. Esto tomando en consideración que estos proyectos se dan a gran escala porque la economía del país continúa dependiendo de la renta petrolera y adicionalmente que los espacios en donde se ejecutan estos proyectos se encuentran principalmente en la Amazonía ecuatoriana, caracterizada por ser una zona megadiversa, esencial para el equilibrio natural y humano, pero al mismo tiempo, ambientalmente frágil por encontrarse en permanente amenaza por la actividad humana.

### **2.5.1 Poder de veto**

A pesar de las consideraciones señaladas, Anaya ha afirmado que la exigencia del consentimiento no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas.<sup>133</sup>

El Relator Especial considera que plantear el debate en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo, no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010 p. 17, párr. 46.

<sup>134</sup>*Ibidem*, p. 18, párr. 48.

Al mismo tiempo, los principios de consulta y consentimiento no conceden a los pueblos un derecho a imponer de manera unilateral su voluntad frente a la de los Estados que actúan de conformidad con la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales y de buena fé en favor del interés del público, pues por el contrario lo que éstos procuran es evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que se llegue a un entendimiento para tomar decisiones en consenso.

En cuanto al alcance de la consulta, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que:

*(...) siendo que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (cercana a aquella que tiene el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.*<sup>135</sup>

En esta sentencia, la Corte Constitucional no aceptó los argumentos sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, adoptada sin consulta previa. Sin embargo, en contradicción con este pronunciamiento, afirma que es un requisito necesario para legislar en ésta y otras materias.

Sobre este tema existe una gran divergencia jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional, sin embargo aun cuando la Constitución a través del reconocimiento del derecho de consulta prelegislativa no designe a sus titulares, la calidad de legisladores y consecuentemente un poder de veto, considero que se debe realizar una interpretación extensiva y no restrictiva de la norma constitucional que incluya los instrumentos internacionales de derechos humanos, que sean más favorables para la plena vigencia de los derechos humanos y la necesidad de que el Estado asuma el reto de respetar el derecho a la consulta como un derecho integral que tiene que ver directamente con el consentimiento.

---

<sup>135</sup> Corte Constitucional, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176, de 21 de Abril del 2010.

## 2.6 Procedencia de la consulta previa: ¿Qué se consulta?

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas ha previsto la consulta para medidas tanto administrativas como legislativas, de ahí que conviene precisar la procedencia de las mismas.

La Constitución ecuatoriana reconoce expresamente el derecho a consulta previa para proyectos de explotación de recursos naturales no renovables y para medidas legislativas. Sin embargo, estas disposiciones no pueden ser interpretadas de forma restrictiva, limitando las situaciones que dan lugar a la consulta, ya que tal como se evidencia en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, en el caso de las medidas administrativas, su alcance en el marco jurídico nacional no está restringido únicamente a la explotación de recursos naturales.

Como lo ha establecido James Anaya, esto no quiere decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede traer como consecuencia la afectación de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población.<sup>136</sup> Y esto a su vez, podría generar afectar la estabilidad democrática, por el difícil encuentro de consensos entre los actores de estos procesos.

En ese sentido, se ha denotado que una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexa, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: *“es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.”*<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Doc. A/HRC/12/34, 2009, p. 16, párr. 43.

<sup>137</sup> Ídem.

Es decir que el deber de celebrar consultas se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, que por su amplio ámbito de protección, pueden ir más allá que exclusivamente el derecho al territorio o a otros de carácter contractual.

Para clarificar este argumento, Anaya ha planteado un ejemplo; cuando la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, genera la obligación de celebrar las consultas.<sup>138</sup>

Los casos en los que se debe consultar son los siguientes:

- Al considerar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art.6.1, C 169 OIT – art 19 DPI)
- Antes explorar o explotar recursos del subsuelo (art.15.2, C 169 OIT) y utilización de tierras y territorios para proyectos mineros (art. 30.2 DPI)
- Utilización tierras para actividades militares (art. 30.2 DPI)
- Siempre que se considere la capacidad de los pueblos indígenas de enajenar sus tierras o de transmitir las fuera de su comunidad (art. 17.2, C 169 OIT)
- Antes de ser reubicados (art.16.2, C 169 OIT)
- Al organizar e implementar programas de formación profesional especiales (art.22, C 169 OIT)
- Adopción de medidas eficaces para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia (...) entre pueblos indígenas y otros sectores sociales (art. 15.2, DPI)
- Adopción de medidas eficaces para facilitar el derecho de los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales a mantener y desarrollar contactos a través de las fronteras (art. 36.2, DPI)

Esta identificación demuestra la amplitud de las materias sobre las que recae el deber de consultar y que tienen que ver con las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales

---

<sup>138</sup> Ídem.

de mantener y fortalecer su identidad y asumir el control sobre su forma de vida y recursos.

### **2.6.1 Medidas administrativas**

El concepto de medidas administrativas es amplio, de ahí que éstas pueden comprender un amplio espectro de actuaciones por parte del Estado.

A decir de la Defensoría del Pueblo, las medidas administrativas abarcan las políticas públicas, planes, programas y proyectos que la administración pública adopte.<sup>139</sup> Esto puede incluir cualquier proyecto de inversión o desarrollo, exploración y extracción de recursos naturales, en cuyo caso la consulta debe realizarse en todas las fases previas a su adopción.

Por ende, pueden emanar de los distintos organismos y dependencias que conforman el Estado, que según el artículo 225 de la Constitución, son los de la Función 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 jurídica creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

### **2.6.2 Medidas legislativas**

*“La consulta de decisiones legislativas que afectan pueblos indígenas y tribales, también puede ser vista como el deber que tiene el Poder Legislativo de preguntar a los directos destinatarios de las normas por él promulgadas”<sup>140</sup>. A través de ésta, se fortalecen los procesos democráticos dentro de sociedades plurales como la nuestra.*

---

<sup>139</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 32.

<sup>140</sup> Biviany Rojas Garzón. La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil. p. 52. Internet. <http://davidcorderoheredia.files.wordpress.com/2009/10/01-may-09-la-consulta-previa-con-los-pueblos-indigenas.pdf> Acceso: 23 de marzo de 2013.

A decir de Biviany Rojas, no debe ser tratado como un tema totalmente nuevo pues no es nada diferente a la cualificación de los mecanismos de democracia representativa. Sin embargo la innovación impresa en este derecho, es aquella que hace referencia al reconocimiento de la naturaleza diversa de sus beneficiarios, a la incorporación de nuevos sujetos colectivos de derechos fundamentales, una categoría que escapa de las reglas tradicionales del derecho acostumbradas a lidiar con personas físicas y/o jurídicas.<sup>141</sup>

En palabras de Nina Pacari, el derecho de consulta previa, libre e informada y específicamente el de la consulta prelegislativa es quizá la herramienta de mayor fortaleza con la que cuentan los diversos pueblos y nacionalidades indígenas para hacer exigibles sus derechos constitucionalmente reconocidos.<sup>142</sup>

La Corte Constitucional en la Sentencia respecto de la Acción de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería, ha determinado que:

*(...) si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo.*

Adicionalmente, en tanto derecho colectivo, el mismo órgano ha establecido que la consulta previa prelegislativa, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.<sup>143</sup>

Sin embargo al respecto, conviene aclarar que si bien no se trata del mismo tipo de consulta, en los casos contemplados en el artículo 57 de la Constitución, es decir cuando se trata tanto de consultas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables (medidas administrativas) como en el caso de consulta prelegislativa (medidas legislativas), éstas debe cumplir con las características del núcleo esencial del derecho contemplado por los instrumentos

---

<sup>141</sup> *Ibíd*em, p. 52.

<sup>142</sup> Voto salvado de la Dra. Nina Pacari Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176, de 21 de Abril del 2010.

<sup>143</sup> *Ídem*.



internacionales vigentes en donde tienen origen, esto es que sean previas, libres e informadas.

Tal como lo ha establecido la Defensoría del Pueblo, el alcance del derecho a la consulta para medidas legislativas no se limita a las leyes, sino a otros actos normativos jerárquicamente distintos.<sup>144</sup> Debe llevarse a cabo previo a todas las fases del proceso de elaboración, lo que incluye, en razón a que el ejecutivo es colegislador, la fase de sanción u objeción.<sup>145</sup>

Cuando una ley pudiere afectar a las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, previo a la promulgación de dicho cuerpo normativo, debe ser consultada; si la consulta se diere con posterioridad a su promulgación no se cumpliría en esencia con el espíritu de la consulta, que busca la participación de los grupos interesados en la temática que aborda la Ley, en consecuencia, aquella omisión generaría la inconstitucionalidad de la normativa expedida por el legislador.

Sin embargo, hay que considerar que los plazos establecidos para los procesos de participación social en la elaboración de las medidas normativas no pueden limitar el tiempo que requiere la consulta para pueblos y nacionalidades indígenas, según los plazos del procedimiento legislativo normal.

En este sentido Anaya se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*“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 [...]”*<sup>146</sup>

Cuando la materia objeto de ley no afecta exclusivamente a los pueblos indígenas y tribales, pero toda la sociedad en igual medida, el Convenio dispone el deber de los

---

<sup>144</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 23.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>146</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, abril de 2009, p.5, párr. 20.

gobiernos de garantizar la participación de los pueblos, “*por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población.*”<sup>147</sup>

Como han establecido los órganos de control normativo de la OIT, los plazos para la realización de una consulta deben ser adecuados en relación con el tipo de medida a consultar, que cuando es legislativa, incluye las reformas constitucionales.

En este caso, según Anaya, los plazos deben ser lo más amplios posibles para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los requisitos establecidos en las normas internacionales.<sup>148</sup>

Si bien tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, no señalan de forma específica el alcance de la consulta a ser ejecutada cada vez que sea prevista una medida administrativa o legislativa, ni tampoco un procedimiento detallado, esto se justifica por la realidad diversa de cada uno de sus países suscriptores, así como de las características de los pueblos indígenas o tribales que los habitan y por principio de flexibilidad establecido por el mismo Convenio en el artículo 34.<sup>149</sup>

### **2.6.3 Rastreo normativo y problemas en torno al derecho de consulta previa libre e informada frente a medidas legislativas**

Como se estableció anteriormente, en el Ecuador desde 1998 se reconoció la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo ante las medidas de carácter administrativo o legislativo que puedan afectar a los pueblos y nacionalidades indígenas y la consulta ambiental como derecho difuso de todas las personas.

Del rastreo normativo efectuado por la Defensoría del Pueblo, se puede evidenciar que, durante los últimos 20 años, ha existido una gran dispersión normativa alrededor de la

---

<sup>147</sup> Isabela Figueroa, El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasilero de consultar a los pueblos indígenas e tribales, ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>148</sup> James Anaya, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, abril de 2009, p. 15, párr. 62.

<sup>149</sup> El artículo 34 establece: “*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.*”

temática de la consulta. Fundamentalmente, se evidencia que, salvo el caso de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana que distingue la consulta ambiental de la consulta para pueblos y nacionalidades indígenas, la normativa secundaria ha desarrollado exclusivamente el derecho a la consulta ambiental, y dentro de ésta se ha referido indirectamente a los pueblos y nacionalidades indígenas,<sup>150</sup> o a su vez de la consulta previa ante medidas administrativas, para la cual se ha establecido un tratamiento equivalente al de la consulta ambiental.

Así, en primer lugar es preciso hacer referencia a la expedición de la Ley de Gestión Ambiental, en julio de 1999, que reguló el derecho de consulta ambiental para todas las actividades que provoquen impactos en el ambiente, facultando a toda persona natural o jurídica a participar en la gestión ambiental a través de los mecanismos que el Reglamento disponga y que incluyan consecuencias al incumplimiento del proceso de consulta; esto es la inejtabilidad de la actividad y la nulidad de los contratos respectivos<sup>151</sup>, sin que se llegue a normar el procedimiento para efectuar la consulta.

Esta Ley se convirtió en el instrumento normativo más importante en relación a la consulta, mas no fue reglamentada integralmente sino hasta el año 2003. En reemplazo a este instrumento y con el fin de llenar el vacío legal existente en torno al derecho, se expidieron algunos reglamentos para operaciones específicas.

Posteriormente, la aprobación de la Ley para la Promoción de la Inversión Ciudadana (Ley Trole II) en agosto de 2000, dio un giro a esta situación pues reguló la consulta a las comunidades indígenas y pueblo afroecuatoriano para la ejecución de planes y

---

<sup>150</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador. Informe temático la consulta previa un derecho de participación. Quito, 2011, p. 48.

<sup>151</sup> Ley de Gestión Ambiental, artículo 28. Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas.

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

programas sobre exploración o explotación de hidrocarburos<sup>152</sup>, sin circunscribirla al ámbito de aplicación de la Ley de Gestión Ambiental.

No obstante, en diciembre de 2000, el Tribunal Constitucional declaró al artículo referido inconstitucional por el fondo porque restringía la consulta en casos de planes y programas de prospección y explotación de recursos naturales que se hallen en las tierras asignadas por el Estado ecuatoriano, y no, como estaba previsto en el artículo 84 de la Constitución, de manera general cuando se hallen en sus tierras y la limitaba sólo para impactos ambientales de dichos proyectos, en contraposición con lo dispuesto por la Constitución que establecía que la consulta debía realizarse también cuando los planes y programas podían afectarlos culturalmente.

Por lo tanto, en diciembre de 2002, se expide el Decreto Ejecutivo No. 3401, que contenía el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas,<sup>153</sup> en el cual se distingue las consultas prelicitatoria y previa de ejecución en base a los sujetos consultados: por un lado para pueblos indígenas y pueblo afroecuatoriano y por otro para la ciudadanía en general, con los mismos matices del Reglamento anterior.

En agosto de 2001, mediante Decreto Ejecutivo No. 1761, se expidió el Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas,<sup>154</sup> que contemplaba la participación ciudadana de manera previa a la presentación del Estudios de Impacto Ambiental y determinaba la incorporación de los criterios de la ciudadanía, en especial de la población que podía ser directamente afectada o beneficiada, siempre que sean técnica y económicamente

---

<sup>152</sup>Art. 40.- Después de las Disposiciones Generales, agréguense los siguientes artículos innumerados:  
Art. ...: Consulta. Antes de la ejecución de planes y programas sobre exploración o explotación de hidrocarburos, que se hallen en tierras asignadas por el Estado ecuatoriano a comunidades indígenas o pueblos negros o afroecuatorianos y, que pudieren afectar el ambiente, Petroecuador sus filiales o los contratistas o asociados, deberán consultar con las etnias o comunidades. Para ese objeto promoverán asambleas o audiencias públicas para explicar y exponer los planes y fines de sus actividades, las condiciones en que vayan a desarrollarse, el lapso de duración y los posibles impactos ambientales directos o indirectos que puedan ocasionar sobre la comunidad o sus habitantes. De los actos, acuerdos o convenios que se generen como consecuencia de las consultas respecto de los planes y programas de exploración y explotación se dejará constancia escrita, mediante acta o instrumento público. Luego de efectuada la consulta, el ministerio del ramo, adoptará las decisiones que más convinieran a los intereses del Estado.

Nota: Artículo Innumerado Declarado Inconstitucional por Resolución del Tribunal Constitucional No. 193, publicado en Registro Oficial Suplemento 231 de 26 de Diciembre del 2000 (ver...).

<sup>153</sup> Decreto Ejecutivo 3401, publicado en el Registro Oficial No. 728 de 19 de diciembre de 2002.

<sup>154</sup> Decreto Ejecutivo 1761, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 23 de agosto de 2001.

viables y que redunde una mejora de las condiciones ambientales para la implementación del proyecto. El encargado de facilitar el acceso a dicho estudio y promover su difusión era el titular del proyecto.

Con estos dos Decretos vigentes, en marzo de 2003 se expide el Texto Unificado de Legislación Ambiental (TULAS), en el que se establecía el Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), el cual establecía el procedimiento de consulta ambiental previo a la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental para toda actividad que ocasione impactos ambientales.

En el artículo 20 del Libro VI de este instrumento se destacaba la participación ciudadana y en especial de la población afectada en la gestión ambiental sobre los Estudios de Impacto Ambiental y planes de manejo ambiental, así como los gobiernos seccionales u organizaciones interesadas, cuyos criterios podían ser incorporados siempre y cuando sean técnica y económicamente viables; los responsables de la consulta eran las instituciones del Estado y el promotor del proyecto y se presentaba en dos momentos: durante la elaboración de los términos de referencia, y previo a la presentación de los Estudios de Impacto Ambiental.<sup>155</sup>

Luego, en el año 2006, se expidió el Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y la Consulta Previa,<sup>156</sup> mismo que dispone que los reglamentos sectoriales vigentes que contemplen disposiciones contrarias a los procedimientos de participación y consulta, se ajustarán a las disposiciones de este nuevo reglamento, que buscaba contar con el criterio de la comunidad para la adopción de una decisión de riesgo ambiental.

Aun cuando se prevé como sujetos de la consulta, a la comunidad ubicada en el área de influencia, a las autoridades de los gobiernos seccionales existentes; las organizaciones indígenas, afroecuatorianas, montubias o comunitarias de segundo y tercer grado, legalmente constituidas; las federaciones, asociaciones y gremios de la sociedad civil y sectores productivos legalmente constituidos; las organizaciones no gubernamentales ambientales y de derechos humanos; los representantes de los medios de comunicación

---

<sup>155</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 57.

<sup>156</sup> Decreto Ejecutivo No. 1897, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 19 de octubre de 2006.

local y los representantes de los demás espacios representativos, se corrobora que únicamente se tratan de decisiones para proteger el medio ambiente, cuando pudiere resultar afectado.<sup>157</sup>

Las cosas no cambiaron con la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1040, denominado Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental,<sup>158</sup> en abril del 2008, la derogatoria total del Reglamento al Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y la Consulta Previa de 2006 y del Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas de 2002; así como con la derogatoria parcial de las disposiciones relativas a la consulta ambiental contenidas en el TULAS (literal a. del Art. 20 del Libro VI de Calidad Ambiental) de 2003, en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en Ecuador (Art. 9); y en el Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas (Art. 21).<sup>159</sup>

El Reglamento tomó en consideración a los mismos sujetos consultados al derogado Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental y a la incorporación de sus criterios cuando sea técnica y económicamente viable de conformidad con el entonces derogado artículo 20 del SUMA. Así también, se mantiene la aplicación de estos procedimientos, sin perjuicio de lo establecido por la Constitución respecto a la consulta de los pueblos indígenas y afroecuatorianos.

En el año 2008 entra en vigencia el nuevo texto constitucional y en el año 2009, se aprueba el texto de la Ley de Minería que incorpora un capítulo denominado “De la Gestión Social y la Participación de la Comunidad”, en el que se establece al Estado como responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social, de acuerdo a la Constitución y normativa vigente, y como propósito de la participación además de los objetivos en relación a la actividad minera, la participación social en materia

---

<sup>157</sup> El artículo 41 del Reglamento, reconoció que se no se regulaba el de consulta como derecho colectivo, al establecer que los procedimientos de participación ciudadana y consulta previa, se aplicarían sin perjuicio del régimen especial que otorgan los artículos 84 y 85 de la Constitución a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales y, los pueblos negros o afroecuatorianos; y que de existir un procedimiento especial de participación y consulta para dicha disposición constitucional, éste prevalecería sobre el presente reglamento.

<sup>158</sup> Decreto Ejecutivo No. 1040 de 22 de abril de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 332 de 8 de mayo de 2008.

<sup>159</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 61.

ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia directa de un proyecto minero. Además, determina la obligación de considerar un procedimiento especial obligatorio para los pueblos indígenas, sobre la base de los principios de legitimidad y representatividad.<sup>160</sup>

Sin embargo, como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad del texto de dicha ley, la remisión que hace el artículo 90 de la Ley de Minería a la consulta prevista en el artículo 398 de la Constitución, es errónea, puesto que se trata de una consulta en materia ambiental atinente a la comunidad en general”.<sup>161</sup>

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana, de abril de 2010 regula en uno de sus capítulos a la consulta previa, libre e informada y la consulta ambiental para la comunidad. En relación a la primera, la reconoce en su acepción de derecho colectivo y plantea que sea llevada a cabo por el Estado obligatoria y oportunamente (dentro de un plazo razonable), mientras que en referencia a la consulta ambiental se establece que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al medio ambiente deberá ser consultada por el Estado a la comunidad. Finalmente, se indica que la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución motivada de la instancia administrativa superior correspondiente con el menor impacto para las comunidades y los ecosistemas, por lo que sus resultados no son vinculantes para el Estado, pero sí apuntan a tomar en cuenta los criterios de los colectivos y de la comunidad.

Además de esta Ley, también podemos mencionar al Código Orgánico de Organización Territorial<sup>162</sup>, que establece en términos generales el procedimiento de la consulta

---

<sup>160</sup> Defensoría del Pueblo del Ecuador, ob. cit., p. 65.

<sup>161</sup> Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176 Quito, de 21 de Abril del 2010.

<sup>162</sup> Art. 94.- Conformación.- Las parroquias, cantones o provincias conformadas mayoritariamente por comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán adoptar este régimen especial de gobierno, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos emitidos, correspondientes al registro electoral de la respectiva circunscripción, en la que se incluirá el estatuto de constitución y funcionamiento.

Se podrán conformar circunscripciones territoriales indígenas plurinacionales e interculturales respetando la diversidad étnico cultural existente en dicho territorio.

prelegislativa,<sup>163</sup> criterios en los que el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa profundiza.

Vale determinar que el evento que marcó un importante antecedente a la expedición de estas normas fue que en el mes de septiembre de 2009, la CONAIE organizó una serie de movilizaciones, con el fin de protestar la falta de consulta respecto del desarrollo y adopción de varias leyes sin consultar previamente con los pueblos indígenas del país.<sup>164</sup> Por lo que posteriormente, el Gobierno estableció mediante Decreto Ejecutivo No. 96 de octubre de 2009, un diálogo con la CONAIE, que llevó a la creación de mesas de diálogo para discutir ciertas leyes o proyectos de leyes, sobre los cuales, la CONAIE, elaboró propuestas detalladas para la reforma de estas leyes.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Art. 325.- Consulta prelegislativa.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y los convenios internacionales reconocidos por el Ecuador, deberán 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.

Este proceso estará dirigido a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial del respectivo gobierno autónomo descentralizado y desarrollará, por lo menos, las siguientes fases:

- a) Preparación de la consulta, identificación del o los temas materia de la consulta y de los sujetos a ser consultados (instancias representativas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la correspondiente circunscripción territorial);
- b) Convocatoria a la consulta a través de cualquier medio efectivo que garantice el conocimiento oportuno de los sujetos consultados acerca del tema de consulta, la documentación pertinente y el cronograma del proceso de consulta;
- c) Consulta prelegislativa: las organizaciones representativas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente, que tengan interés en participar en la consulta, deberán inscribirse en el registro y ante el organismo que para el efecto señale el órgano legislativo consultante; hecho lo cual, recibirán los formularios para sus procesos de deliberación interna y la designación de sus representantes que no serán más de dos, por cada organización inscrita;
- d) Análisis de resultados y cierre de la consulta: las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente que se hubieren inscrito, harán llegar a la secretaría del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado su posición sobre el tema consultado, misma que será debatida en una mesa de diálogo que se conformará con representantes del órgano legislativo y aquéllos que hubiere designado cada organización participante.

El proceso concluirá con la suscripción de un documento en que consten los consensos y disensos alcanzados. El respectivo gobierno autónomo descentralizado podrá mediante ordenanza o resolución para el caso de los gobiernos parroquiales rurales reglamentar y desarrollar esta disposición.

<sup>164</sup> James Anaya, 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, septiembre de 2010, p. 9, párr. 20.

<sup>165</sup> Con respecto al compromiso del Estado de considerar las propuestas de leyes presentadas por los pueblos indígenas, véase Decreto N.º 96 de Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la



Entre otras leyes se incluían: el Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización, la Ley de Minería, la Ley de Educación Intercultural Bilingüe, la Ley de Recursos Hídricos.

Sin embargo de lo anotado por James Anaya, en sus observaciones respecto a las iniciativas en materia legislativa y el tema de consulta previa, motivadas por la visita que realizó al país en diciembre de 2009, se desprende:

*(...) representantes indígenas expresaron su descontento por los pocos resultados que habían dado las mesas de diálogo, hasta ese entonces, alegando que las mesas no se reunían regularmente y que los delegados del Gobierno en las mesas no tenían capacidad y autonomía para tomar decisiones.*<sup>166</sup>

Por ello, en diciembre de 2010, decidieron dar por terminado formalmente el diálogo con el Gobierno por: “...la falta de voluntad política, irrespeto a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, y por no existir ningún resultado en el proceso”.<sup>167</sup>

En palabras de Mario Melo:

*Enormes intereses transnacionales hacen fuerza para que los cambios constitucionales no se reflejen en cambios profundos de la legislación secundaria. En la medida que la Constitución garantiza derechos colectivos a favor de territorios indígenas, espacios en los que a menudo se concretan reservas de recursos naturales codiciados, la voluntad de los decisores políticos por incorporarlos en la legislación pública se vuelve difusa.*<sup>168</sup>

En base a todas las consideraciones históricas y jurídicas evidenciadas, podemos observar que la consulta previa, libre e informada no ha sido debidamente regulada, debido a que se le ha dado un trato no diferenciado con la consulta ambiental, y se ha dejado de lado absolutamente el desarrollo normativo de la consulta previa frente a

---

República (14 de octubre de 2009), art. 7: “Confórmese una Comisión Mixta integrada por el Gobierno y la CONAIE para participar en los procesos de socialización y debate sobre el Proyecto de Ley de Aguas, que se realizarán en la Asamblea Nacional sobre la base de los dos proyectos presentados: Por el Ejecutivo y por la CONAIE, en su orden. Esta misma Comisión conocerá también las propuestas de reforma a la Ley de Minería vigente que presentará la CONAIE [...]”.

<sup>166</sup> James Anaya, 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, Sep. 2010, p. 11, párr. 25.

<sup>167</sup> Ídem.

<sup>168</sup> Mario Melo, Los derechos indígenas en la Nueva Constitución, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, INREDH, Quito, 2009, p. 103. Citado por Danny Gilberto Cifuentes Ruiz, ob. cit., p. 38.

medidas legislativas, aún cuando a través de instrumentos jurídicos como la Ley de Participación, se ha contemplado al menos la diferencia conceptual de ambos derechos.

A pesar del tiempo transcurrido desde la incorporación del derecho a la consulta previa, libre e informada dentro del marco jurídico ecuatoriano, también se ha evidencia que aún no se ha logrado configurar la normativa secundaria indispensable que facilite de mejor manera el ejercicio de derecho de consulta previa, libre e informada, sin restringir su contenido.

La inexistencia de una ley que regule el derecho y proceso de consulta previa, libre e informada, es una limitación que ha pretendido ser superada a través de algunos instrumentos normativos, que han regulado tanto la consulta previa ante medidas administrativas como la referente a medidas normativas.

En este contexto, surge el Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos<sup>169</sup>, que encaja dentro de la consulta ante medidas administrativas y que 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.<sup>170</sup> De lo preceptuado se infiere que se destaca el carácter informativo del proceso de consulta, reduciéndolo a un proceso formal, que desvirtúa el verdadero espíritu y propósitos de la misma.

Por otro lado, la Corte Constitucional, además de resolver la acción de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, estableció en el mismo pronunciamiento una serie de pautas para el desarrollo de la consulta ante medidas legislativas y dispuso que la Asamblea Nacional como órgano responsable de llevarla a cabo, fije su procedimiento mediante la ley correspondiente.

---

<sup>169</sup>Decreto Ejecutivo No. 1247, publicado en el Registro Oficial No. 759 de 02 de agosto de 2012.

<sup>170</sup> Arts. 3 y 5 numeral 4 del Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos.

De ahí que mediante Registro Oficial Suplemento No. 733, publicado el 27 de junio de 2012, el Consejo de Administración Legislativa (CAL) expidió el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, instrumento que por su alta importancia conviene analizar para identificar si es que realmente cumple o no con las disposiciones constitucionales vigentes, así como lo exigido a la luz de los parámetros internacionales del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A través del Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de áreas y Bloques Hidrocarburíferos y específicamente del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa se viola el principio de reserva legal, bajo el cual la Constitución de manera exclusiva entrega al legislador la potestad de regular ciertas materias.<sup>171</sup>

La Constitución del año 2008 establece entre las facultades de la Asamblea Nacional, órgano que detenta la Función Legislativa de la Administración, la de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y la manera de hacerlo. El numeral 1 del artículo 132 establece:

*“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones que de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.*

Mientras que el numeral 2 del artículo 133 de la Constitución establece: *“Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.*

Por lo que en base a este principio, la regulación del derecho de consulta previa, libre e informada debe ser efectuada a través de una ley orgánica y no de otros instrumentos normativos.

---

<sup>171</sup> Este principio estaba contenido en el artículo 141 de la Constitución de 1998.

## **CAPÍTULO III: CONTENIDO Y NUDOS CRÍTICOS DEL INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA**

### **2.7 Contenido y análisis del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa**

<b>CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA</b>	
<b>PARTE DISPOSITIVA</b>	
<b>FUNDAMENTO LEGAL PARA LA EMISIÓN DEL INSTRUCTIVO</b>	<b>CONTENIDO</b>
Artículos 5 y 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes	Estas disposiciones hacen referencia al respeto a los valores, prácticas e instituciones de los pueblos indígenas y tribales y a su derecho a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
Artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.	Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y ampliar medidas legislativas y administrativas que los afecten para obtener su consentimiento libre, previo e informado.
Artículo 57, numeral 17	Consulta Prelegislativa

Artículos 57, 58 y 59.	Estos artículos regulan: Art. 57.- Derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Art. 58.- Reconocimiento de derechos al pueblo afroecuatoriano. Art. 59.- Reconocimiento de derechos al pueblo montubio.	
Artículo 84	Garantías normativas, de adecuar las normas jurídicas a la Constitución y tratados internacionales a favor. Prohibición de las normas así como de los actos del poder público de atentar contra los derechos constitucionalmente reconocidos.	
Sentencia No. 001-10-SN-CC, de 18 de marzo de 2010, publicada a través de Registro Oficial No. 176 de 12 de abril del mismo año.	La Corte Constitucional determina que la Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta prelegislativa; y dispone se establezca su procedimiento a través del acto administrativo correspondiente.	
<b>PARTE SUSTANTIVA O NORMATIVA</b>		
<b>TEMA Y ARTÍCULO</b>	<b>CONTENIDO</b>	<b>ANÁLISIS</b>
<b>OBJETO Y SUJETOS DE LA CONSULTA (1)</b>	<b>OBJETO:</b> Regula el ejercicio del derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio, titulares de derechos colectivos, a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que podría afectar de manera objetiva tales derechos.	Esta disposición guarda concordancia con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, pues en alcance a lo dispuesto por el artículo 57 de la Constitución, respecto de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el que se incluye al derecho de consulta previa, libre e informada y las demás disposiciones constitucionales pertinentes, se integra

	<p><b>SUJETOS DE LA CONSULTA:</b> Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio, por sí mismos y <b>a través de sus organizaciones representativas</b>, que podrían verse afectados en sus derechos colectivos por la aplicación de una medida legislativa.</p>	<p>también como destinatarios del Instructivo y consecuentemente del derecho de consulta prelegislativa, al pueblo afroecuatoriano y al pueblo montubio.</p> <p>El artículo 1 determina que son sujetos de la aplicación del Convenio 169, los pueblos indígenas y tribales, dentro de los cuales es acertado incluir tanto al pueblo indígena como al pueblo afroecuatoriano y al pueblo montubio. La misma norma a su vez, establece el criterio objetivo y subjetivo que permite distinguirlos de acuerdo a su continuidad histórica, características y costumbres particulares y a su autoidentificación como tales, criterios que deberían incluirse normativamente como pautas dentro de la fase de identificación.</p>
<p><b>FINALIDAD DE LA CONSULTA (2)</b></p>	<p>Realización de un proceso de participación ciudadana que permita a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos ser consultados para pronunciarse sobre temas específicos incluidos en los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, que podrían <b>afectar de manera objetiva sus derechos colectivos</b> contemplados en la Constitución de la República.</p>	<p>Esta disposición hace referencia exclusivamente a los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, lo cual una vez que sea recogido en una ley integral de consulta, debe ampliarse, pues el alcance del derecho a la consulta ante medidas legislativas no se limita a las leyes, sino a otros actos normativos distintos.</p> <p>Adicionalmente, se indica que el derecho de consulta procede cuando se puedan afectar objetivamente derechos colectivos, lo cual es concordante con los principios internacionales de derechos humanos, pero que</p>

		<p>no puede ser empleado como mecanismo para desechar temas importantes para la vida y subsistencia de los colectivos que forman parte del Ecuador, sino que debe responder precisamente al carácter objetivo, libre e independiente de cualquier interés político que pueda empañar el proceso de consulta.</p> <p>Finalmente, se observa como finalidad, la realización del proceso de consulta, lo que representa un incumplimiento al espíritu del derecho de consulta y de la obligación del Estado de organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados a la obtención del consentimiento o de acuerdos, y que la consulta converja en un verdadero espacio de diálogo.</p>
<p><b>PRINCIPIOS DE LA CONSULTA (3)</b></p>	<p>a) <b>OPORTUNIDAD:</b> Antes de la expedición de cualquier Ley que pudiere afectar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio.</p> <p>b) <b>PLAZO RAZONABLE:</b> La consulta se realizará respetando el tiempo necesario para el desarrollo de las fases de la consulta prelegislativa; y, especialmente, de las deliberaciones internas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,</p>	<p>El principio contenido en la letra a) contempla una de las características del derecho de consulta ante medidas legislativas, pues determina que tiene que darse antes de la expedición de la Ley, de donde se desprende el carácter previo de la consulta. Sin embargo, la norma no precisa que la consulta debe llevarse a cabo de manera previa a todas las fases del proceso para su elaboración, lo que incluye en el caso de las leyes, y en razón a que el ejecutivo es colegislador, la fase de sanción u objeción.</p> <p>El segundo principio referente al plazo razonable, debe</p>

	<p>pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos.</p> <p>c) <b>BUENA FE:</b> la Asamblea Nacional y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, actuarán con honradez, probidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.</p> <p>d) <b>INTERCULTURALIDAD Y PLURINACIONALIDAD:</b> La consulta se desarrollará dentro del marco de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y acción afirmativa.</p> <p>e) <b>INFORMACIÓN VERAZ Y SUFICIENTE:</b> La Asamblea Nacional proporcionará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, toda la información objetiva, oportuna, sistemática y</p>	<p>corresponder al plazo necesario que requiera cada comunidad o pueblo, pues tal como se colige del contenido del artículo, se debe respetar el tiempo en el que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio tomen sus decisiones internas, mediante procedimientos apropiados, de conformidad con la letra a) del Convenio 169 de la OIT, y no dentro del plazo que decida unilateralmente el Estado.</p> <p>Tanto el artículo 6 del Convenio 169 como el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas contemplan el principio de buen fé, de ahí la importancia de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico interno que regula el derecho de consulta, ya que los acuerdos logrados dependerán de la confianza generada entre los sujetos participantes en el proceso de consulta. Este principio debe ser cumplido tanto por el sujeto consultante como por el sujeto consultado.</p> <p>El reconocimiento de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad es concordante con el mandato del artículo 1 del texto constitucional, en donde encuentra su fundamento del derecho de consulta previa, libre e</p>
--	---	---



	<p>veraz relativa a la consulta, por cualquier medio, forma y en los idiomas de relación intercultural.</p> <p><b>f) AUTONOMÍA:</b> La participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, deberá ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, respetando su autonomía.</p>	<p>informada.</p> <p>El principio de información veraz y suficiente tiene relación con el carácter informado de la consulta, por lo que es entre los sujetos de la consulta. Como consecuencia de este principio, se evidenciará la confidencialidad de la información, de ahí que vale agregar que la traducción en el idioma de relación intercultural deberá ser confiable.</p> <p>El principio de autonomía está relacionado con la autodeterminación de los pueblos, que es un principio constitucionalmente reconocido así como por el derecho internacional, y en donde también encuentra su fundamento el derecho de consulta previa, libre e informada, pues a través del mismo se los faculta a que decidan sobre su destino y prioridades de desarrollo.</p>
<p><b>ORGANO RESPONSABLE DE LA CONSULTA (4)</b></p>	<p><b>La Asamblea Nacional, a través de la respectiva Comisión Especializada Permanente u Ocasional,</b> es el órgano responsable para llevar a cabo la consulta prelegislativa; y, la o el Presidente de la respectiva Comisión será el responsable del desarrollo de la misma. Para este efecto, se contará con el apoyo técnico y logístico de la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional.</p>	<p>Según el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y la Constitución, el sujeto consultante es el Estado, competencia que es indelegable a ninguna instancia privada. En este caso esta competencia ha sido otorgada a la Función Legislativa, a través de la Asamblea Nacional. Sin embargo, a través del artículo 325 del Código Orgánico de Administración Territorial, esta</p>

	<p>De ser el caso, la Asamblea Nacional dispondrá de la cooperación técnica, logística, operativa y de seguridad de las entidades, organismos y dependencias del sector público, que considere pertinente a través de los convenios y mecanismos que se estimen necesarios.</p> <p>Adicionalmente, la Asamblea Nacional podrá solicitar la cooperación de las organizaciones representativas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano y del pueblo montubio, así como de organismos internacionales.</p>	<p>facultad puede ser ejercida a través de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, lo que no se toma en consideración en el Instructivo, de ahí la necesidad de contar con un cuerpo normativo que regule íntegramente el derecho de consulta y que recoja también a los actos normativos distintos y jerárquicamente inferiores a la ley.</p> <p>Es importante que se tome en consideración la posible conformación de un equipo técnico y multidisciplinario que permita llevar de la manera más apropiada el procedimiento de consulta, con apoyo institucional de otras funciones del Estado, y participar activamente desde la primera etapa del proceso de consulta, ya que los conocimientos de los legisladores por sí solos difícilmente podrán resultar suficientes para realizar el proceso de consulta y procurar la generación de acuerdos.</p>
<p><b>PERTINENCIA DE LA CONSULTA (5)</b></p>	<p><b>PERTINENCIA DE LA CONSULTA:</b> En el informe para primer debate de un proyecto de Ley que podría afectar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano o del pueblo montubio, la Comisión Especializada Permanente u Ocasional a cargo de su tratamiento presentará, al Pleno de la Asamblea Nacional, su opinión expresa y fundamentada de</p>	<p>De esta norma, se infiere que la Asamblea se encarga unilateralmente de determinar si la ley podría o no afectar los derechos colectivos y no incluye la posibilidad de que el sujeto consultado participe en esta etapa y solicite su inclusión al proceso de consulta previa respecto de la medida que considere que pueda afectar directamente sus derechos colectivos.</p>

	<p>someter determinados temas del proyecto de Ley a consulta prelegislativa.</p> <p>Durante el primer debate del proyecto de Ley, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobará, por mayoría absoluta de sus miembros, la realización de la consulta prelegislativa.</p>	
<b>FASES DE LA CONSULTA (6)</b>	<p>a. Fase de preparación;</p> <p>b. Fase de convocatoria pública e inscripción;</p> <p>c. Fase de realización de la consulta; y,</p> <p>d. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa.</p>	Los plazos establecidos a través de las fases previstas en el Instructivo no han sido rigurosamente analizados no consultados por lo que se pueden tornar insuficientes para cumplir con el contenido esencial del derecho de consulta previa, libre e informada.
<p><b>FASE DE PREPARACIÓN:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>IDENTIFICACIÓN DE TEMAS SUSTANTIVOS (7)</b></li> <li>• <b>DOCUMENTOS DE CONSULTA (8)</b></li> </ul>	<p><b>IDENTIFICACIÓN DE TEMAS SUSTANTIVOS:</b> Dentro del término de los cinco (5) días siguientes a la decisión del Pleno de la Asamblea Nacional sobre la procedencia de la consulta prelegislativa, la Comisión Especializada Permanente u Ocasional, responsable del tratamiento del proyecto de Ley, entregará al Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional los temas sustantivos, debidamente fundamentados, a ser sometidos al mecanismo de consulta prelegislativa. Estos temas serán aprobados por el Consejo de Administración Legislativa, a fin de proceder a la inmediata convocatoria a la consulta prelegislativa.</p> <p><b>DOCUMENTOS DE CONSULTA:</b> Para la realización de la consulta prelegislativa, la Comisión Especializada Permanente</p>	Estas disposiciones evidencian la decisión unilateral de plantear el objeto de la consulta y de escoger los documentos a ser empleados en el momento de realizar la consulta.

	<p>u Ocasional y el Consejo Nacional Electoral utilizarán los formularios que serán aprobados por el Consejo de Administración Legislativa y formarán parte de este instructivo.</p>	
<p><b>FASE DE CONVOCATORIA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>CONVOCATORIA, PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN (9)</b></li> <li>• <b>OFICINAS DE INFORMACIÓN Y RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS (10)</b></li> </ul>	<p><b>CONVOCATORIA, PUBLICIDAD E INSCRIPCIÓN:</b> La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional informará, a través de los medios de comunicación social, medios comunitarios y medios de las organizaciones representativas a nivel nacional o regional de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afro ecuatoriano y del pueblo montubio, el inicio del procedimiento de consulta y convocará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos, vinculadas a los temas sustantivos a ser consultados, a participar en la misma e inscribirse, dentro del plazo de veinte (20) días, cumpliendo los requisitos señalados en el artículo 11 de este instructivo.</p> <p>Para el efecto, se publicitarán los temas a ser consultados en los idiomas de relación intercultural.</p> <p><b>OFICINAS DE INFORMACIÓN Y RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS:</b> Dentro del término previsto en el Artículo 7 de este instructivo, la Asamblea Nacional instalará una oficina central de coordinación en la sede de la Asamblea Nacional; y,</p>	<p>Considero que para informar adecuadamente al sujeto consultado se debe hacerlo a nivel nacional y regional pues se debe procurar la mayor difusión posible y no únicamente en un idioma, sino que se debe hacerlo además del castellano, en otras lenguas originarias como el kichwa y el shuar, y para ello se debe contar con un intérprete y traductor, capacitados para transmitir la información pertinente en los idiomas pertinentes, de manera oral y escrita.</p>

	oficinas provinciales de información y recepción de documentos en las respectivas Delegaciones Provinciales del Consejo Nacional Electoral.	
<b>ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN (INNUMERADO) Y LISTADO DEFINITIVO (13)</b>	<p>Art. 11.- Artículo derogado por Resolución Legislativa No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 765 de 13 de Agosto del 2012 (ver...).</p> <p><b>ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN:</b> Las organizaciones de primer grado que se hubieren inscrito para participar en la consulta recibirán los siguientes documentos, dentro del plazo previsto en el llamado público que para este efecto realice el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional:</p> <p>a. El formulario con los temas sustantivos de la consulta y el sobre de seguridad;</p> <p>b. El cronograma de la consulta prelegislativa; y,</p> <p>c. Las normas que rigen la consulta prelegislativa.</p> <p>Nota: Artículo 12 sustituido por Artículo innumerado, dado por Resolución Legislativa No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 765 de 13 de Agosto del 2012.</p> <p><b>LISTADO DEFINITIVO:</b> Concluido el plazo señalado en el Artículo 11 de este instructivo, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional publicará, en forma inmediata, el listado</p>	<p>En estas normas no se toman en consideración los criterios objetivo y subjetivo de la identificación de los pueblos indígenas y tribales, además que no se puede garantizar que las organizaciones inscritas sean las únicas que cumplan con estos criterios, vulnerando el derecho de consulta de quienes no realicen el acto de inscripción, ni que se lo haga de a través de sus instituciones representativas, lo cual es fundamental y también debería estar especificado. Del mismo modo, se hace referencia a organizaciones; término poco inclusivo para referirse a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio.</p> <p>A través de la documentación que reciban estas organizaciones, que como se evidencia se reduce a los temas de la norma consultada, las reglas del proceso de consulta y los documentos para expresar los resultados, no se cumple a cabalidad con la característica “informada” de la consulta, pues se impide que los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios cuenten con la información integral que les permita entender</p>

	<p>definitivo de inscritos y lo remitirá a la correspondiente Comisión Especializada Permanente u Ocasional.</p>	<p>efectivamente las consecuencias y alcances de la medida legislativa, a ser consultada. Así también, que se la recepte de acuerdo a procedimientos apropiados, que deberían responder a las características particulares de estos colectivos y que vale mencionar que en muchos casos no tienen conocimiento de sus derechos y mucho menos de su exigibilidad.</p> <p>Adicionalmente, no se prevé algún mecanismo de aclaración o explicación del proceso de consulta, que permita solventar las dudas que puedan generarse en relación a los documentos o al proceso en sí.</p>
<p><b>FASE DE REALIZACIÓN DE LA CONSULTA:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>REALIZACIÓN DE LA CONSULTA (14)</b></li> <li>• <b>RECEPCIÓN DE RESULTADOS (16)</b></li> </ul>	<p><b>REALIZACIÓN DE LA CONSULTA:</b> La discusión interna en los distintos niveles de organización de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio que participen, se realizará en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones, sin que ninguna instancia ajena a éstas intervenga en el proceso interno. No obstante, las entidades participantes de la consulta podrán recabar opiniones técnicas y especializadas, si así lo requieren.</p> <p>Art. 15.-Nota: Artículo derogado por Resolución Legislativa No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 765 de 13 de Agosto del 2012.</p>	<p>Es prioritario que se recaben las opiniones técnicas y especializadas de los organismos competentes, pues no se pueden descuidar los aspectos y circunstancias particulares que atañen a cada pueblo indígena, afroecuatoriano o montubio. En este punto juega un papel indispensable el sujeto consultante, pues tiene que ser muy cauteloso para generar la confianza que permitirá propiciar consensos, posibilidad a la que también el sujeto consultado deberá estar dispuesto.</p> <p>Además, podemos observar que se establecen veinte días para el proceso de realización de consulta, plazo que ha sido unilateralmente adoptado y que no responde al</p>

	<p><b>RECEPCIÓN DE RESULTADOS:</b> Dentro del término de veinte (20) días, contados desde la fecha en que culmine la entrega de la información oficial impresa establecida en el artículo 12 de este instructivo, las oficinas de información y recepción de documentos receptorán de los sujetos de consulta, los siguientes documentos:</p> <p>a. El formulario con los temas sustantivos de la consulta; y,</p> <p>b. Actas de las reuniones o asambleas comunitarias realizadas, acompañando el listado de participantes en las mismas.</p> <p>Los mencionados documentos deberán ser entregados dentro de su respectivo sobre de seguridad.</p>	<p>criterio de realizar la consulta mediante procedimientos apropiados y por ende al carácter previo de la misma.</p> <p>Los procedimientos apropiados deben incluir otras formas de recepción de criterios, que pueden implicar la celebración de audiencias o la entrega de otros documentos adicionales que no deberán reducirse a los que están previstos, y en plazos razonables, en concordancia con el principio de flexibilidad contenido en la jurisprudencia e instrumentos internacionales vigentes.</p>
<p><b>FASE DE ANALISIS DE RESULTADOS Y CIERRE DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>PROCESAMIENTO DE RESULTADOS (17)</b></li> <li>• <b>AUDIENCIAS PROVINCIALES (18)</b></li> <li>• <b>MESA DE DIÁLOGO NACIONAL (19)</b></li> </ul>	<p><b>PROCESAMIENTO DE RESULTADOS:</b> Una vez concluida la recepción de los resultados de la consulta prelegislativa, dentro del plazo de dos (2) días, las oficinas de información y recepción de documentos de cada provincia remitirán los sobres cerrados a la correspondiente Comisión Especializada Permanente u Ocasional, para que ésta compile los resultados provinciales dentro del término de cinco (5) días.</p> <p><b>AUDIENCIAS PROVINCIALES:</b> Una vez culminada la compilación de los resultados provinciales, en forma inmediata, la Asamblea Nacional convocará a las o los representantes de</p>	<p>De estos artículos se desprende el establecimiento de plazos que atentan contra el carácter previo de la consulta, y que no han implicado un consenso ni un estudio minucioso que permita justificar la inclusión de los mismos.</p> <p>Además, se hace referencia a los consensos y disensos, con lo cual se concluye el proceso, sin que se cumpla con el objetivo del derecho de consulta previa, libre e informada. No se toma en consideración lo que sucedería en caso haber disensos, que deberían implicar una etapa</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>INFORME FINAL DE RESULTADOS (20)</b></li> <li>• <b>CADENA DE CUSTODIA (21)</b></li> </ul>	<p>las organizaciones de segundo grado de los titulares de derechos colectivos a ser consultados, que no podrán ser más de tres (3) por cada entidad, a las respectivas audiencias públicas provinciales, a realizarse dentro del plazo máximo de los siguientes treinta (30) días. Los sujetos de consulta que no pertenezcan a tales organizaciones participarán, en igualdad de condiciones, en las respectivas audiencias públicas a través de un (1) delegado.</p> <p>Las audiencias provinciales contarán con la presencia e intervención de, por lo menos, una o un Asambleísta perteneciente a la correspondiente Comisión Especializada Permanente u Ocasional a cargo de la consulta prelegislativa, sin perjuicio de que asistan otras u otros Asambleístas que no pertenezcan a la misma.</p> <p>Las audiencias públicas provinciales se realizarán con la finalidad de socializar los resultados obtenidos e identificar los consensos y disensos a ser propuestos como aporte provincial en la mesa de diálogo nacional, los mismos que se harán constar en un acta a ser suscrita por las y los asistentes.</p> <p><b>MESA DE DIÁLOGO NACIONAL:</b> Una vez realizadas las audiencias públicas provinciales, la Asamblea Nacional convocará, en forma inmediata y con tres (3) días de</p>	<p>de diálogo adicional que permita efectivamente expresar las opiniones divergentes y en caso de que se llegue a acuerdos, sería oportuno que éstos consten en un Acta como resultado del proceso de consulta, así como las experiencias del proceso, que podrían ser de gran utilidad para futuras consultas.</p>
---	---	---



	<p>anticipación una mesa de diálogo nacional para la discusión de los resultados de la consulta prelegislativa.</p> <p>La mesa de diálogo nacional se realizará con la participación de delegados de cada una de las organizaciones representativas de los titulares de derechos colectivos a ser consultados y, de los miembros de la correspondiente Comisión Especializada Permanente u Ocasional, cuya Presidenta o Presidente la dirigirá.</p> <p>Una vez instalada, la mesa de diálogo nacional discutirá exclusivamente los consensos y disensos identificados en las audiencias públicas provinciales. Tendrá una duración máxima de cinco (5) días y, una vez concluida, se suscribirá el acta correspondiente.</p> <p><b>INFORME FINAL DE RESULTADOS:</b> Una vez concluida la mesa de diálogo nacional, dentro del término de siete (7) días, la correspondiente Comisión Especializada Permanente u Ocasional elaborará el informe final de resultados de la consulta prelegislativa, al que se adjuntará copia certificada del acta de la mesa de diálogo nacional. Este informe deberá ser remitido, de forma inmediata, a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, quien hará la declaración oficial de cierre del proceso de consulta prelegislativa y presentará sus resultados finales.</p>	
--	--	--

	<p>Dentro del mismo término, la Comisión Especializada Permanente u Ocasional incorporará en el informe para segundo debate del proyecto de Ley los consensos y disensos producto de la consulta prelegislativa. Los consensos serán incorporados en el articulado del proyecto de Ley.</p> <p><b>CADENA DE CUSTODIA:</b> La Presidenta o Presidente de la respectiva Comisión Especializada Permanente u Ocasional será el responsable de garantizar la cadena de custodia de los documentos y resultados correspondientes a la consulta prelegislativa; en consecuencia, los sobres con los resultados de la consulta prelegislativa se abrirán en sesión de la Comisión.</p>	
--	---	--

## **2.8 Nudos críticos del contenido del instructivo: Incumplimiento del contenido del derecho de consulta, previa, libre e informada**

Del contenido del Instructivo para la Consulta Prelegislativa, se desprende que existe un incumplimiento del contenido esencial del derecho objeto de la presente investigación, pues las reglas y procedimientos establecidos se circunscriben únicamente a leyes, y no a otras medidas normativas que pueden afectar derechos colectivos y que pueden darse tanto a nivel nacional como local, de conformidad con lo establecido por los órganos de interpretación competentes a nivel internacional y nacional.

Adicionalmente, no se toma en consideración el criterio objetivo y el criterio subjetivo para determinar a los sujetos consultados, mismos que están previstos por el Convenio 169 de la OIT, y que también deberían incluirse normativamente. Y se observa como propósito de la consulta la realización de la consulta, otorgándole un carácter meramente informativo.

Por otro lado, se vulnera el requisito de procedimientos apropiados y el carácter previo de la consulta, cuando se limita temporalmente las etapas de la consulta con plazos que no son razonables ni responden a las realidades de los colectivos y de sus deliberaciones internas.

La información que el Estado ha de remitir al sujeto consultado es insuficiente para que éste pueda conocer los alcances e implicaciones de la medida legislativa, sin que siquiera se les permita ser asesorados técnicamente si es que así lo requirieren. La limitación al imponer plazos que no han sido consultados, también permite corroborar la inobservancia del carácter informado de la consulta.

El Instructivo por otra parte debería considerar la consulta en la fase de sanción u objeción, pues según nuestra Constitución, el órgano legislativo es colegislador. Y hay vacíos normativos en tanto no se prevén situaciones de posible suspensión o abandono de diálogo dentro del proceso de consulta.

Finalmente, cabe mencionar que el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa incumple con el derecho de consulta previa, libre e informada, pues el mismo no fue consultado y lo que era preciso inicialmente era la creación de una Ley integral que regule el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada.

Aunque para la adecuada normativización del derecho de consulta prelegislativa es primordial que primero se de paso a la consulta con los sujetos de derechos colectivos a nivel nacional, podría ser de gran utilidad tomar experiencias del derecho comparado, como la del Perú, cuya ley y reglamento sobre las consultas con los pueblos indígenas es aplicable a todas las medidas administrativas y legislativas, y el deber de celebrar consultas recae en los gobiernos centrales, regionales y locales como proponentes de las medidas de conformidad con el rol de rectoría del Viceministro de Interculturalidad. Esta regulación según la OACNUDH tiene conformidad con las normas internacionales en un 95%.<sup>172</sup>

Adicionalmente y tomando en consideración el alcance del derecho, muchos países también han optado por establecer órganos permanentes de consulta, con carácter sectorial o un mandato específico, por ejemplo, dentro del sector de salud o educación, para llevar a cabo de forma adecuada el deber de celebrar consultas y atender inquietudes amplias y frecuentes, lo que sería muy favorable en el caso de medidas legislativas.

Es importante mencionar que actualmente existen dos proyectos de Ley Orgánica de Consulta que han sido presentados ante el seno de la Asamblea Nacional; el primero el 27 de marzo de 2012, por el Asambleísta Gerónimo Yantalema y el segundo el 27 de abril por el Asambleísta Marco Murillo<sup>173</sup>, mismos que se encuentran en las primeras etapas del procedimiento legislativo y que si bien tienen coincidencias que guardan concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos y pretenden la regulación integral del derecho de consulta previa, libre e informada, aún no han tomado en consideración la

---

<sup>172</sup> Ley No. 29785, 2011, y Decreto No. 001-2012-MC, 2012 y Guía Metodológica, <http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf> Internet. Acceso: 2 de julio de 2013.

<sup>173</sup> Asamblea Nacional, Trámite de Leyes 2012. Internet. <http://www.asambleanacional.gob.ec/legislacion/tramite-de-leyes/tramite-de-leyes-2012.html#ancla2012> Acceso: 15 de julio de 2013.

participación y criterios de los colectivos sujetos del derecho de consulta previa, libre e informada.

Respecto de los proyectos de ley que hasta la fecha han sido sometidos a consulta bajo los parámetros del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, pero que todavía no han concluido, se encuentran la Ley Orgánica de Culturas, y la Ley de Recursos Hídricos y Aprovechamiento del Agua<sup>174</sup>, cuyos procesos se han realizado en base a lo establecido por el Instructivo y que han sido cuestionables por la manera en que las primeras etapas de la consulta se han llevado a cabo y el incumplimiento del contenido del derecho, lo que se determinará con mayor claridad al momento en que estas consultas finalicen, y cuya experiencia merecerá un análisis consciente y objetivo que será de mucha utilidad para que se subsanen los errores a los que se hubiere dado lugar en los procesos precedentes y que enriquezcan los procesos de consulta futuros.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **CONCLUSIONES**

- Las luchas por el reconocimiento de los derechos de los colectivos sometidos históricamente a un régimen de exclusión legalizado, tanto a nivel nacional como regional, dan cuenta de la resistencia frente a la sujeción de una serie de condiciones les han sido impuestas y empieza a evidenciarse a partir de la segunda mitad del siglo XX, mediante la conformación de movimientos políticos y sociales, regionales y nacionales que permiten incorporar sus demandas en el discurso jurídico de los derechos humanos.

---

<sup>174</sup> Entrevista realizada al doctor Pablo Vásquez, Secretario de la Comisión Permanente de los Derechos Colectivos Comunitarios y la Interculturalidad el día viernes, 5 de julio de 2013, a las 11h00. Actualmente, el proceso documentado de Ley de Culturas se encuentra en la Coordinación General de Participación Ciudadana, mientras que hasta el momento, la Comisión de la Soberanía Alimentaria y Desarrollo del Sector Agropecuario y Pesquero se encuentra a cargo de la consulta la Ley de Recursos Hídricos y Aprovechamiento del Agua, la cual aún se encuentra en fase de realización.

- La importancia del reconocimiento de derechos colectivos y de participación como el de consulta previa, libre e informada, para la configuración de un Estado de derechos y justicia es indudable, ya que responde a la deuda histórica con los pueblos que han sido sometidos a situaciones de desigualdad y constituye un acto de coherencia con la declaratoria de Estado plurinacional e intercultural.
- La Constitución del Ecuador de 2008 representó un avance significativo para el reconocimiento del derecho de consulta previa, libre e informada ante mediadas administrativas y legislativas, sin embargo siguen existiendo vacíos en cuanto a su efectiva implementación y vigencia, por lo que es preciso aplicar las normas que más favorezcan al reconocimiento y ejercicio de este derecho, que de encontrarse en instrumentos internacionales, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público interno, e incluso sobre la misma Constitución.
- Tanto por disposición constitucional como por la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, el derecho a la consulta previa, libre e informada reconocido en el artículo 57 de la Constitución debe ser leído de manera integral con otras disposiciones de dicha norma referidas a los principios de aplicación de los derechos, principio de supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, que incluye en el ámbito internacional el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que son los principales instrumentos normativos que regulan el derecho de consulta previa, libre e informada.
- El derecho de consulta previa, libre e informada constituye el eje fundamental que permite el ejercicio de los demás derechos colectivos, por lo que se lo considera como la puerta de entrada a la protección de todos los demás derechos.
- Según el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el objetivo de toda consulta previa, libre e informada es el consentimiento, sin embargo existen situaciones en que por el

impacto que tienen en la vida y subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, se constituye en un requisito para que el Estado adopte la medida.

- Los procesos de consulta deben cumplir con el carácter previo, libre e informado del contenido esencial del derecho y deben realizarse de buena fé y de manera apropiada a las circunstancias, a través de las instituciones representativas designadas por los pueblos indígenas y tribales, y de acuerdo a procedimientos apropiados.
- De conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el texto constitucional, el deber de celebrar las consultas y consecuentemente ser el sujeto consultante es el Estado, mientras que el titular del derecho de consulta en el Ecuador, son las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio.
- El derecho de consulta previa, libre e informada ante medidas administrativas y medidas legislativas no se ha desarrollado de manera adecuada en el marco normativo interno, pues se le ha dado énfasis al desarrollo normativo de la consulta ambiental.
- El objeto del derecho de consulta previa, libre e informada son las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas o tribales, lo que implica en el caso de medidas administrativas, planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables y políticas públicas, y en el caso de medidas legislativas, leyes y actos jerárquicamente inferiores como ordenanzas y reglamentos e incluso reformas constitucionales, las que deberán consultarse en todas las fases de producción o adopción.

- La regulación del derecho de consulta previa, libre e informada ante leyes emitidas por la Asamblea Nacional, mediante el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa además de violar el principio de reserva legal, contenido en la Constitución, evidencia restricciones en el ejercicio del derecho de consulta pues no cumple a cabalidad con el carácter previo, libre e informado de la consulta.
- La ley que regule el derecho de consulta de consulta previa, libre e informada debe ser resultado de un proceso de consulta en sí mismo y si bien el marco jurídico internacional proporciona los principios, la aplicación en el país depende de diversos factores, en los que la variable política juega un papel muy importante y decisivo.
- La acción del Estado debe tratar de que la regulación del derecho de consulta ante medidas legislativas no se centre en procedimientos para consultas ocasionales, de ahí que debe adaptar las metodologías a la estructura de los colectivos, ajustando las herramientas operativas a las circunstancias locales de los mismos.

## **RECOMENDACIONES**

- El derecho de consulta previa, libre e informada así como los conceptos incorporados para definir al Estado, en el texto constitucional de 2008, deben dejar de ser tomados como conceptos utópicos, para entenderlos e institucionalizarlos en el marco del respeto de la cosmovisión, planes de vida, formas de organización y participación de las comunidades pueblos y nacionalidades que habitan en el país, lo que permitirá un verdadero ajuste entre lo preceptuado por la Constitución y la realidad constitucional imperante.
- El Estado debe poner en marcha acciones adecuadas para crear un clima de confianza que permita procurar un diálogo auténtico y permanente para avanzar en la búsqueda de soluciones, superar cualquier polarización existente y ser muy



cauteloso para no intensificar la existente y es importante también, la disposición de los sujetos consultados para superar los inconvenientes que pudieran generarse en los procesos de diálogo con el Estado, y generar consensos verdaderamente beneficiosos que permitan la efectiva vigencia del derecho de consulta previa, libre e informada.

- Para garantizar que los sujetos titulares del derecho de consulta, puedan emitir su opinión y efectivamente formar parte en los procesos estatales de toma de decisiones y en la elección de sus prioridades de desarrollo, se deben tomar en cuenta los parámetros internacionales y nacionales que regulan el derecho de consulta, que les permitirá actuar de acuerdo a sus propias costumbres y procedimientos, sin presiones externas y fortalecer la vigencia del principio de autodeterminación de los pueblos.
- El Estado tiene la obligación de velar por el derecho de consulta previa, libre e informada y procurar su cumplimiento antes de adoptar medidas de carácter administrativo o legislativo que puedan afectar directamente los derechos de los pueblos y nacionalidades del país, aún cuando no se haya expedido una Ley Orgánica de Consulta integral, en cumplimiento del principio de aplicación directa que supone que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial y de que los derechos son plenamente justiciables pues no puede alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.
- La situación del derecho de consulta previa ante medidas normativas, ha dado lugar a un gran debate interno en nuestro país, por los actores involucrados, y los graves conflictos medioambientales que estos enfrentan, sin embargo la operativización del derecho de consulta de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, a través de una ley integral es muy importante ya que posibilitará de mejor

manera el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada, que no debe verse restringido por inadecuadas prácticas legislativas.

- La regulación del derecho de consulta previa, libre e informada ante medidas legislativas requiere de un análisis consciente a través de experiencias y asesoramiento por parte de un equipo multidisciplinario conformado entre otros por expertos antropólogos, sociólogos, mediadores y juristas que permita incorporar las demandas y criterios de los colectivos titulares del mismo, de acuerdo a su realidad y procedimientos propios, sin tener que establecer plazos y situaciones que no se ajusten a esa realidad y restrinjan el contenido del derecho, así como también para brindar apoyo durante el proceso de consulta para brindar asesoría técnica y facilitar la relación entre el Estado y el sujeto al que se le consulta la medida legislativa.
- La Asamblea Nacional debe consultar la Ley Orgánica de Consulta, pues caso contrario se estaría restringiendo el contenido del derecho establecido por la normativa internacional y nacional vigente y que esta norma pretende regular, incluso antes de su vigencia, así como continuar oportunamente con las consultas de las leyes en proceso, de acuerdo a la organización vigente de sus comisiones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros, artículos y publicaciones**

1. AGUILAR, Juan Pablo. Derechos de participación y derecho a participar, *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009. Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/944/1/DDHH-Inf-11-Aguilar-Derechos%20de%20participaci%C3%B3n.pdf>. Acceso: (25 de febrero de 2013).
2. ASAMBLEA NACIONAL, *Trámite de Leyes 2012*. Internet. <http://www.asambleanacional.gob.ec/legislacion/tramite-de-leyes/tramite-de-leyes-2012.html#ancla2012> Acceso: (15 de julio de 2012).

3. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
4. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf).
5. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. “El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución 2008”, Quito, Abya-Yala, 2011.
6. AYALA MORA, Enrique. *Interculturalidad en el Ecuador*. Internet. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf> Acceso: 15 de febrero de 2013.
7. BERNAL, Angélica M., “*De la exclusión a la participación – Ensayo de la Exclusión Ética a los derechos colectivos*”, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2000. Citado por Christian Israel Pérez Escobar, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: “Irrespeto de los derechos colectivos indígenas por la actividad de las compañías petroleras. Estudio del Caso Sarayaku”, PUCE, Quito, 2007.
8. BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Ponencia Plurinacionalidad*, Marzo de 2008, Manta. Internet. [http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/expositores/boaventura\\_sousa\\_santos.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/expositores/boaventura_sousa_santos.pdf).
9. BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, Citado por Corporación de Desarrollo Afroecuatoriana CODAE, *Derechos colectivos del pueblo afroecuatoriano*, 2011.
10. CARRIÓN, Patricia, *Análisis de la Consulta Previa, Libre e Informada*. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2012.
11. CIDH. Informe Temático: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, diciembre de 2009. Internet. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>. Acceso: 20 de mayo de 2013.

12. CIFUENTES RUIZ, Danny Gilberto, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: “*La consulta previa y participación en la industria petrolera en el Ecuador*”, PUCE, Quito, 2011.
  
13. CHÁVEZ, David. *La consulta previa en el Ecuador*. Internet. observatorio.cdes.org.ec/.../doc.../979-consulta-previa-en-el-ecuador. Acceso: 15 de enero de 2013.
  
14. CLAVERO, Bartolomé. *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos*, [http://www.redunitas.org/Consulta\\_BC.pdf](http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf).
  
15. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid. 2003. p. 75. Citado por Diego Manuel Núñez Santamaría.
  
16. CONAIE. *Proyecto político de las nacionalidades indígenas*, diciembre 2007. Citado por James Anaya. Internet. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/ObservacionesEcuadorSRIndigenous.pdf>. Acceso: 2 de enero de 2013.
  
17. CORDERO, David. *El derecho al territorio y al autogobierno territorial de los pueblos indígenas de la Región Amazónica de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Caso Ecuador*, Red Jurídica Amazónica (RAMA). Fundación Pachamama, Quito, 2012.
  
18. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ECUADOR. *Informe temático la consulta previa un derecho de participación*. Quito, 2011.
  
19. FIGUEROA, Isabel. “*El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileño de consultar a los pueblos indígenas y tribales*”. *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, 2009, Internet. <http://works.bepress.com/davidcorderoheredia/2>. Acceso: (23 de febrero de 2013).
  
20. FERRAJOLI, Luigi, “*Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*”, en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.

21. GRIJALAVA, Agustín. *¿Qué son los derechos colectivos?* Internet. <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/GRIJALVA%20AGUSTIN.pdf>. Acceso: (5 de febrero de 2013).
22. HERMIDA, José Manuel. *“La protección judicial de los derechos sociales”*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1era edición, 2009.
23. JOLIDON, Graciela. *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169): A tool for dialogue and inclusive development*, SRO-Harare, n. 9, 2006.
24. POLIT MONTES DE OCA, Berenice. *La Consulta Previa, en materia ambiental y en relación a los derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades*. Quito, Cevallos editora jurídica, 2010.
25. MELO, MARIO. *Consulta Previa Ambiente y Petróleo en la Amazonía Ecuatoriana*, 1era edición, CEDES, Quito, 2006. Citado por Danny Gilberto Cifuentes Ruiz, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: “La consulta previa y participación en la industria petrolera en el Ecuador”, PUCE, Quito, 2011.
26. MELO, MARIO. *Los derechos indígenas en la Nueva Constitución, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, INREDH, Quito, 2009. Citado por Danny Gilberto Cifuentes Ruiz.
27. MORALES VITERI, Juan Pablo. *Análisis desde la doctrina y el derecho comparado, Los nuevos horizontes de la participación, en La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf) Acceso: 25 marzo de 2013.
28. NARVÁEZ Iván y María José Narvárez. *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. FLACSO, Sede Ecuador, Quito, 2012.
29. NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social en *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Internet. [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2\\_Desafios\\_Constitucionales.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_Desafios_Constitucionales.pdf). Acceso: 2 de febrero de 2013.

30. NÚÑEZ SANTAMARÍA, Diego Manuel. *“La casación en el estado constitucional del Ecuador”*. Internet. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ\\_SANTAMARIA\\_DIEGO\\_CASACION\\_ECUADOR.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1). Acceso: (15 de marzo de 2013).
31. PÉREZ ESCOBAR, Christian Israel, Tesis para la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas: *“Irrespeto de los derechos colectivos indígenas por la actividad de las compañías petroleras. Estudio del Caso Sarayaku”*, PUCE, Quito, 2007.
32. POZZOLO, Susana. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución*, en Carbonell, Miguel y García, Leonardo, editores, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, Citado por Salim Zaidán, *Neoconstitucionalismo, Teoría y Práctica en el Ecuador*, 2012.
33. PRIETO SANCHÍS. Luis. *El Constitucionalismo de los Derechos*. En (Ed.) CARBONELL, Miguel Teoría del neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Citado por Diego Manuel Núñez Santamaría. *“La casación en el estado constitucional del Ecuador”*. Internet. [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ\\_SANTAMARIA\\_DIEGO\\_CASACION\\_ECUADOR.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1465/NUNEZ_SANTAMARIA_DIEGO_CASACION_ECUADOR.pdf?sequence=1). Acceso: (15 de marzo de 2013).
34. RED DE DEFENSA JURÍDICA DE LA AMAZONÍA (RAMA). *Informe sobre el estado actual de aplicación de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la región amazónica de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú; en relación con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana de marzo 2010*. Internet. [http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa\\_informe.pdf](http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa_informe.pdf). Acceso (20 de febrero de 2013).
35. ROJAS GARZÓN, Biviany. *La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil*. Internet. <http://davidcorderoheredia.files.wordpress.com/2009/10/01-may-09-la-consulta-previa-con-los-pueblos-indigenas.pdf> Acceso: 23 de marzo de 2013.
36. TRUJILLO, Julio César. *Ensayo sobre los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas recopilado en “De la exclusión a la participación”*, Quito, Abya-Yala, 2000. Citado por Christian Israel Pérez Escobar.

37. UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Internet. <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>. Acceso: (3 de marzo de 2013).
38. VÁSQUEZ, Pablo. Secretario de la Comisión Permanente de los Derechos Colectivos Comunitarios y la Interculturalidad. Leyes sometidas a consulta. Entrevista realizada el día viernes, 5 de julio de 2013, a las 11h00.
39. ZABALA EGAS, Jorge. *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad*. Guayaquil, 2009.

## **Normativa nacional e internacional**

40. ANAYA, James. *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador*, junio de 2008. Internet. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/ObservacionesEcuadorSRIndigenous.pdf>. Acceso: (2 de enero de 2013).
41. ANAYA, James. *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*, septiembre de 2010.
42. ANAYA, James. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, abril de 2009. Internet. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>. Acceso: (12 de abril de 2013).
43. ANAYA, James. *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú*, julio de 2010.
44. ANAYA, James. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Doc. A/HRC/12/34, julio

de 2009. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8057.pdf?view=1> Acceso: (16 de abril de 2013).

45. ANAYA, James. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Doc. A/HRC/15/37, julio de 2010. Internet. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8026.pdf?view=1> Acceso: (14 de abril de 2013).

46. Pacto de Sociedad de Naciones, 1919.

47. Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

48. Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008.

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

50. 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.

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

52. Decreto Ejecutivo 3401, publicado en el Registro Oficial No. 728 de 19 de diciembre de 2002.

53. Decreto Ejecutivo 1761, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 23 de agosto de 2001.

54. Decreto Ejecutivo No. 1897, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 19 de octubre de 2006.



55. Decreto Ejecutivo No. 1040 de 22 de abril de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 332 de 8 de mayo de 2008.
56. Instructivo para la Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, Resolución Legislativa 0, Registro Oficial Suplemento 733, 27 de junio de 2012.
57. Ley de Gestión Ambiental de 30 de julio de 1999.
58. Ley para la Promoción de la Inversión Ciudadana (Trolebús II) de 18 de agosto de 2000.
59. Ley No. 29785, 2011, y Decreto No. 001-2012-MC, 2012 y Guía Metodológica, para consulta en Perú. Internet. <http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf> Internet. Acceso: (2 de julio de 2013).
60. Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 20 de abril de 2010.
61. OACNUDH. Folleto informativo N° 9/Rev.1 – *Los derechos de los pueblos indígenas, Campaña Mundial pro Derechos Humanos*. Internet. [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs9rev1\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs9rev1_sp.htm). Acceso: 13 de enero de 2013.
62. OIT. “*Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
63. ONU. *Guía del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU*. Internet. [http://books.google.com.ec/books?id=YACi-Jj6mcC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=Proyecto+de+Declaraci%C3%B3n+de+Principios+para+la+Defensa+de+las+Naciones+Ind%C3%ADgenas+y+los+Pueblos+del+Hemisferio+Occidental&source=bl&ots=omzOWDtBmx&sig=nfhIZHS13vSGakHYN4L\\_VSpFXAQ&hl=es-419&sa=X&ei=3zWJUae7JuiWjAKCj4CwDQ&ved=0CC8Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.ec/books?id=YACi-Jj6mcC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=Proyecto+de+Declaraci%C3%B3n+de+Principios+para+la+Defensa+de+las+Naciones+Ind%C3%ADgenas+y+los+Pueblos+del+Hemisferio+Occidental&source=bl&ots=omzOWDtBmx&sig=nfhIZHS13vSGakHYN4L_VSpFXAQ&hl=es-419&sa=X&ei=3zWJUae7JuiWjAKCj4CwDQ&ved=0CC8Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false). Acceso: 5 de enero de 2013.
64. ONU. *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Reseña histórica de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas*. Internet. <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Declaraci%C3%B3n.aspx>. Acceso: 1 de marzo de 2013.

65. ONU. *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Ecuador*, CERD/C/ECU/CO/19, septiembre de 2008. Internet. [www2.ohchr.org/.../CERD%20C%20ECU%20CO%2019%20\(s\).doc](http://www2.ohchr.org/.../CERD%20C%20ECU%20CO%2019%20(s).doc). Acceso: 3 d mayo de 2013.
66. Reglamento al artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y la Consulta Previa.
67. 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.
68. Título I del Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA) comprendido en el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Ambiental (TULA's), Decreto Ejecutivo No. 5316, publicado en R.O. Edición Especial No. 2 de 31 de marzo de 2003.

## **Jurisprudencia nacional e internacional**

69. Corte Constitucional. Sentencia No. 0006-09-SIS-CC. Caso No. 0002-09-IS.
70. Corte Constitucional. 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.
71. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
72. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
73. Tribunal Constitucional. Resolución 001-2004-DI, publicada en el Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004.
74. Pacari, Nina, Voto salvado, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 176, de 21 de Abril del 2010.