



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas

Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del
grado de Magíster en Derecho Constitucional

**MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA
PREVIA, LIBRE E INFORMADA DE ACUERDO AL ART. 57
NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.**

Autora:

Abg. Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano

Guayaquil, 14 de junio del 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen Complexivo: **Materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo al art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 14 de junio del 2018

LA AUTORA:

Abg. Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano

DECLARO QUE:

El examen Complexivo: **Materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo al art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 14 de junio del 2018

LA AUTORA

Abg. Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano

DEDICATORIA

A Dios, guía permanente de mis pasos, quien bendice a diario mi camino y me brinda las fuerzas necesarias para superar todos los obstáculos y alcanzar las metas planteadas.

A mis padres, pilares y referentes de mi vida, por todo su entrega, sacrificio, amor y esfuerzo

A mi esposo por todo su amor, cariño, confianza y ayuda constante, por su paciencia, por alentarme siempre a emprender y culminar exitosamente mis proyectos, por ser parte importante en el logro de mis metas profesionales.

A mis hijos, el motor más fiel y confiable de mi vida, quienes me inspiran en todo momento a superarme y ser una mejor persona, a ellos que con gran ternura me brindan todo su amor y comprensión.

A toda mi familia por su apoyo permanente, palabras de aliento y por sus muestras de cariño.

Marixela

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, especialmente a los docentes de la Maestría en Derecho Constitucional por orientar y apoyar en todo momento este proceso, por las largas y valiosas jornadas académicas que fueron indispensables para fortalecer los conocimientos jurídicos.

Al Tutor de Titulación por su colaboración permanente en la elaboración de esta investigación. A los profesionales del derecho que siempre mostraron apertura al debate e interés al tema de investigación quienes aportaron con su criterio y predisposición para colaborar en la elaboración de las encuestas.

Marixela

ÍNDICE

Contenido	
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE	vi
CAPÍTULO I.....	2
INTRODUCCIÓN	2
EL PROBLEMA	2
OBJETIVOS.....	3
Objetivo General	3
Objetivos Específicos	3
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	3
CAPÍTULO II	5
DESARROLLO	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
Antecedentes	5
Descripción del objeto de investigación.....	7
Pregunta principal de investigación	8
Preguntas complementarias de investigación.....	9
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	9
Antecedentes de estudio	9
Bases teóricas	10
1. Los derechos colectivos	10
1.1 Evolución histórica de los derechos de tercera generación	10
1.2 Los Derechos colectivos en el marco constitucional del Ecuador	12
1.3 Los derechos colectivos en el Derecho Internacional	13
2. Antecedentes de la consulta previa	15
2.1. Evolución histórica del derecho a la consulta previa.	15
2.2. Análisis comparado del derecho a la consulta previa	17
2.2.1 Bolivia	17
2.2.2 Perú.....	18
2.2.3 Colombia	19

3.	El Derecho a la consulta previa	20
3.1.	La consulta en materia ambiental.....	20
3.2.	La consulta previa, libre e informada como un derecho de participación..	22
3.3.	Contenido esencial del derecho a la consulta previa	24
3.4.	Características de la consulta	25
3.4.1.	Consulta previa.....	25
3.4.2.	Consulta libre	26
3.4.3.	Consulta informada	27
3.4.4.	Consulta oportuna	28
3.4.5.	Consulta de buena fe	29
3.5.	Finalidad de la consulta	30
3.6.	Sujetos consultados y consultantes	31
3.7.	Conflictos en el ejercicio del derecho a la consulta previa en el Ecuador.	32
	Definición de términos	34
	METODOLOGÍA	36
	Modalidad.....	36
	Población y muestra	36
	Métodos de investigación.....	37
	Procedimiento.....	38
	 CAPÍTULO III	 39
	CONCLUSIONES	39
	Resultados de la encuesta	39
	Bases de datos cuantitativos de la encuesta aplicada a Jueces de Garantías Constitucionales.	39
	Análisis de los resultados de la encuesta.....	40
	Estudio de los artículos normativos sobre la efectiva materialización del derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.	48
	CONCLUSIONES	52
	RECOMENDACIONES	53
	REFERENCIAS	54
	ANEXOS	

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

La afectación del medio ambiente por explotación o extracción de los recursos naturales tradicionalmente ha sido el sustento de la economía de los estados. El Ecuador basa su economía en la explotación petrolera y la explotación minera en menor grado, paralelamente se ejecutan una gran cantidad de obras con impacto ambiental, lo que ha significado la alteración del ecosistema y de la vida de los habitantes de las comunidades. Con la finalidad de proteger los derechos de estos grupos la Constitución aprobada en el año 2008 incluyó el derecho a la consulta previa, como un mecanismo para el reconocimiento de los derechos colectivos y para oponerse a normas y políticas excluyentes que lesionen los derechos de los habitantes a vivir en un ambiente sano.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas les ha otorgado facultades para que estos tomen posiciones frente al uso de los recursos con los que cuentan sus territorios y puedan decidir en caso de conflictos socio ambientales, sin embargo, dada la importancia de estos recursos declarados estratégicos por la propia Carta Magna y su relevancia para la economía estatal se ha limitado el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en temas relacionados con la explotación de los recursos existentes en sus territorios. Se considera como una de las limitaciones la falta de normativa en esta materia, al no existir una regulación en relación al proceso de consulta se lesiona el derecho a las comunidades afectadas, lo que ha dado paso a un debate interno y graves conflictos socio ambientales, que dejan en evidencia un sistema jurídico con vacíos legales que no garantizan los derechos constitucionales, ni los previstos en normas de derecho internacional.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar la materialización del derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

Objetivos Específicos

1. Identificar las causas que impiden el ejercicio del derecho a consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.
2. Analizar normas constitucionales que restringen el derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.
3. Describir el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

En la investigación se aborda la consulta previa libre e informada garantizada en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador (2008), la que forma como parte de un derecho colectivo, a través del que se busca hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades en todos los aspectos que se relacionan con las decisiones de carácter judicial y administrativa que puedan generar una afectación tanto a sus derechos humanos como territoriales. La consulta previa es un derecho colectivo que tiene como finalidad alcanzar el desarrollo sustentable de los pueblos, contexto de acuerdo al que el desarrollo sostenible comprende “la aspiración profunda de un pueblo a vivir en un ambiente sano, armonía con sus territorios que comprenden

aspectos como la diversidad, sabiduría y vida de los pueblos indígenas”. (Avila, 2015, pág. 90). En virtud de ello es indispensable la adopción de medidas legales y administrativas que faciliten la protección jurídica de los derechos humanos y territoriales de los pueblos indígenas.

Se realiza un análisis de los derechos colectivos, desde un enfoque del proceso evolutivo que hace posible su vigencia en la actualidad, los que se encuentran consagrados en la Constitución del Ecuador (2008), derechos reconocidos al conjunto, colectivo o grupos social, estos son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro ecuatoriano, pueblo montubio y comunas que integran el estado ecuatoriano. Mediante el reconocimiento de estos derechos se protegen los intereses y la identidad de los colectivos, definidos a partir del derecho que poseen los pueblos a la autodeterminación, y que engloban en los derechos de tercera generación. La investigación se basa en el enfoque de los derechos humanos centrado en los pueblos indígenas considerado históricamente el grupo objeto de mayor marginación, exclusión y discriminación, en consideración se analizan los instrumentos que garantizan la protección de sus derechos y se coloca su realización como el objetivo principal del desarrollo endógeno y sostenible de estos colectivos, el que solo es posible mediante el pleno respeto de sus derechos.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

Los derechos indígenas en el derecho internacional surgen como una respuesta a la histórica exclusión a los que han sido sometidos estos grupos, se calcula que a nivel mundial existen 370 millones de indígenas quienes forman parte del 5% de la población y están distribuidos desde el Ártico al Pacífico Sur. En el contexto mundial se han realizado ingentes esfuerzos para obtener el reconocimiento de sus identidades y sus formas de vida, gracias a los cambios en el derecho internacional y a las presiones de los movimientos sociales se han alcanzado importantes logros para la reivindicación de los derechos de la causa indígena, entre los que se encuentran el reconocimiento de la identidad cultural propia, autodeterminación y desarrollo de la democracia local. En el año 1977, en Ginebra se desarrolló la Conferencia Internacional de ONG sobre la discriminación de los pueblos indígenas, en 1981 se organizó la Conferencia Internacional de ONG sobre las poblaciones indígenas y la tierra, en ambas conferencias se discutieron temas relacionados a la discriminación, racismo, y la contribución indígena al desarrollo político, social, económico y espiritual de la sociedad.

Debate que se desarrolló en concordancia con instrumentos como la Declaración de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Ansuátegui (2002), manifiesto que “estos instrumentos generaron importantes espacios de diálogo que sentaron las bases para el reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a la consulta previa, libre e informada” (p. 80). En 1958 la Organización Internacional del Trabajo que había investigado los trabajos forzados utilizando poblaciones nativas aprobó el Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el mismo que fue remplazado en 1989 por el

Convenio 169 sobre poblaciones indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento que estableció la obligación de consultar a los pueblos interesados mediante el desarrollo de procedimientos apropiados y en particular a través de instituciones representativas, cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directa o indirectamente.

El Convenio 169 de la OIT es considerado en el contexto del derecho internacional como el principal instrumento para garantizar y proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, mediante este convenio se establecieron las bases para la posterior aplicación de la consulta como medio para lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado. (Gil, 2014, p. 26)

En la actualidad los derechos colectivos, particularmente el derecho de consulta previa, libre e informada son reconocidos en varios instrumentos internacionales, vinculantes o no a los Estados que los suscriben. Los Estados quedan obligados a través de ellos a una revisión e incorporación del derecho a su normativa interna, para garantizar su vigencia y ejercicio. Desde su reconocimiento a nivel de Latinoamérica se han desarrollado varios procesos de consulta previa, organizados tanto por el Estado como por las comunidades afectadas, procesos que han tenido implicaciones sociales y jurídicas, y en los que en muchos casos ha sido cuestionada su legitimidad.

Este derecho en la región latinoamericana se ejerce de acuerdo a la interpretación y el desarrollo normativo de cada país, la población indígena en América Latina se estima en 40 millones de personas que enfrentan discriminación y altos niveles de pobreza, además de bajo acceso a la educación y salud. Para Domínguez (2013), “la materialización de los derechos indígenas es consecuencia de la presión de sectores sociales, pueblos y comunidades indígenas y de la voluntad estatal por atender las demandas de los colectivos, que obligaron al estado a aceptarlo en sus agendas políticas y legislativas”. (p. 17). Especial mención merecen las legislaciones de países como Perú, Colombia, Bolivia, Chile y México, que han dado especial atención a este sector y cuentan con valiosos instrumentos legales que protegen tanto el territorio como los derechos colectivos de sus pueblos y comunidades indígenas.

La Constitución Política del Ecuador del año 1998, reconoció el carácter pluricultural y multiétnico del Estado, consideró a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos garantizado su derecho a ser consultados. Estos derechos fueron ratificados y ampliados en la Constitución del 2008 en la que emergieron figuras fundamentales como el derecho a vivir en un ambiente sano, y derechos de participación ciudadana. Mediante esta Constitución se atienden las exigencias sociales, el Estado busca de esta forma construir una sociedad más solidaria entre los distintos grupos y con mayores oportunidades.

En este nuevo contexto constitucional, el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades y pueblos indígenas con afectación directa por actividades económicas, cobra un sentido mucho más amplio, debido a que mediante su reconocimiento se le obliga al Estado a consultar no solo a pueblos indígenas, sino a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y además de los casos de extracción de recursos no renovables, previa la adopción de medidas legislativas que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos, de manera que se garanticen sus derechos.

Descripción del objeto de investigación

A través de la investigación se busca determinar los límites del derecho constitucional que obstruyen o impiden la efectivización del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades. El Ecuador cuenta con una gran cantidad de recursos no renovables ubicados en los territorios habitados por grupos protegidos constitucionalmente, recursos que son susceptibles de ser explotados debido a las necesidades económicas del país. Ante las decisiones estatales de explotar los recursos naturales emerge una confrontación con los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades que exigen el ejercicio de su derecho a la consulta previa, libre e informada, para limitar el poder del estado en las zonas en de interés.

El derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada se encuentra escasamente regulado en la legislación ecuatoriana, lo que ocasiona grandes

limitaciones para su aplicación efectiva. Una de las principales causas se deben a que la normativa nacional no alberga los parámetros establecidos en el derecho internacional esto es el Convenio 169 de la OIT para que este derecho se efectivice y cumpla con su propósito real. A pesar de que la Constitución aprobada en el 2008 ha incluido importantes cambios en materia de protección y garantía de los derechos, en el Ecuador se vive un profundo malestar por la distancia entre el texto constitucional y la realidad.

La no materialización de la consulta previa, libre e informada es producto de varias situaciones. Entre las principales figuran la falta de legislación específica y procedimientos que direccionen su ejercicio y permitan ejecución, falta de institucionalidad que regule el proceso, no existe presupuesto para el desarrollo de estos procesos, además de la constante presión al gobierno de grupos de poder vinculados a la explotación de los recursos naturales. Reiteradamente a lo largo del territorio nacional se han afectado los derechos colectivos de las comunidades indígenas mediante la entrega de concesiones en el sector hidrocarburífero, minero y de agua sin que se les reconozca a las comunidades afectadas su derecho constitucional a ser consultadas. Esto ha generado malestar y rebeldía en la población, evidenciándose la falta de voluntad política a nivel estatal porque se impone el interés económico al bienestar de la comunidad.

Pregunta principal de investigación

¿En qué medida existe una efectiva materialización del derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades?

Variable Única

Materialización del derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

Indicadores

- Condiciones para la exigencia del derecho

- Requisitos de procedencia
- Requisitos de admisibilidad
- Reglamentación normativa

Preguntas complementarias de investigación

1. ¿Qué causas impiden el ejercicio del derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.?
2. ¿Cuáles son las normas constitucionales que restringen el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades?
3. ¿Qué características debe tener la regulación de la institucionalidad y el procedimiento para el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Antecedentes de estudio

El debate en torno al derecho de la consulta previa, libre e informada tiene su auge a finales del siglo XX en el contexto de las luchas por la reivindicación de los derechos indígenas. Una de sus principales referencias se observa en el campo de la literatura en donde autores como Galeano, (1994) haciendo eco del histórico despojo del que habían sido sometidas las minorías étnicas hacía referencia a “la necesidad de reconocerles a estos grupos plenos derechos y facultades para decidir sobre sus territorios” (p. 37). En el Ecuador también se ha abordado la situación de los pueblos indígenas no contactados Tagareri y Taromenare ubicados en zonas de explotación petrolera. En sus investigaciones Cabodevilla & Berraondo, (2005) manifestó que:

Históricamente las sociedades indígenas han sido marginadas, lo que es observable desde la formación del Estado ecuatoriano en donde se aplicaron formas de control vigentes desde la colonia, hasta los momentos actuales en donde el aparato estatal y el sistema jurídico impide que las minorías accedan a derechos que les son reconocidos legalmente. (p. 73)

Dávalos, (2003) al analizar los principales hechos que marcaron la lucha por la conquista de los derechos indígenas en el Ecuador explicó que “la recuperación de las bases se propició en el año 1990 a raíz de la toma de una iglesia en Santo Domingo” (p. 14), este evento que se constituyó en uno de los primeros hechos organizados de las comunidades que se negaban a ser integrados a la identidad nacional mestiza, teniendo como mayores adversarios al Estado y sus élites económicas. Como consecuencia se logró el reconocimiento de los principios constitucionales de pluriculturalidad y multiétnicidad a las colectividades indígenas como sujetos de derechos incluidos en la Constitución de 1998, reconociéndoles además sus diferentes formas de vida, sistema de estructura social, económica y política, así como su organización educativa, cultural y religiosa, la facultad de resolver sus problemas internos, participar en las instituciones del estado, el reconocimiento de su territorio y su posesión ancestral.

Bases teóricas

1. Los derechos colectivos

1.1 Evolución histórica de los derechos de tercera generación

Son conocidos como derechos de cooperación, de los pueblos colectivos o solidarios, su origen se lo identifica a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero pueden ser rastreados hasta la época de las colonias, Pérez (2006), explicó que “durante conquista española Fray Bartolomé de las Casas había defendido los derechos de los indígenas a la tierra y a otras posesiones” (p. 23). Durante la época colonial la corona española expidió normas profusas que regulaban sus relaciones con los aborígenes, entre ellas como señaló Rojas (2011) “el reconocimiento del derecho a la propiedad comunal indivisible sobre las tierras que poseían los indígenas y de determinado grado de autonomía en su gobierno interno para la

conformación de cabildos” (p. 15). De esta forma la corona reconocía la existencia de un sujeto colectivo que era más fácil y efectivo manejar mediante la representación de los liderazgos tradicionales.

El reconocimiento jurídico de los derechos de tercera generación se vincula al desarrollo de procesos independentistas de los territorios coloniales europeos en Asia y África, suscitados a mediados del siglo XX. Estados que al adquirir su independencia reclamaron ante la comunidad internacional sus derechos a la autodeterminación política, económica, social y cultural. De esta forma se instaura el derecho a la libre determinación de los pueblos que permite proteger a las personas como integrantes de la comunidad con conciencia e identidad colectiva, siendo esta la principal característica que diferencia los derechos colectivos o de tercera generación de los derechos de primera y segunda generación. Al respecto Estrada, (2012) manifiesta:

Los derechos de tercera generación requieren una mayor participación del Estado para lograr que estos sean respetados, lo que exige una intervención positiva estatal que los diferencie de los derechos de primera generación que normalmente requieren del gobierno una abstención que se limite a respetarlos. (p. 54)

Ante los eventos derivados de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Carta de las Naciones Unidas, (1945) y la Declaración de los Derechos Humanos, (1948) da una respuesta a los horrores de la guerra reconociendo un conjunto de derechos inherentes a la condición humana. De manera implícita en la Declaración de Derechos Humanos, (1948) se postula el derecho a la paz y el ambiente sano sin que se haga propiamente referencia a ellos en su articulado. Posteriormente, los derechos levemente esbozados en la Declaración se fueron ampliando mediante nuevas declaraciones, convenios, pactos, anexos, dando como resultado un pleno reconocimiento de los derechos de tercera generación que hoy abarcan entre otros: derecho al desarrollo sostenible, la protección de las minorías étnicas, identidad nacional y cultural, autodeterminación, independencia económica y política, del medio ambiente, protección de datos personales, patrimonio común de la humanidad.

1.2 Los Derechos colectivos en el marco constitucional del Ecuador

La Constitución del Ecuador aprobada en el año 2008 tiene como uno de sus mayores logros el reconocimiento de los derechos colectivos en favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas, diseñado con la finalidad de enfrentar el estado de exclusión. Es el resultado de la concreción de un largo proceso de debate y confrontación social desarrollado tanto en el contexto de la sociedad ecuatoriana como en el internacional. Menéndez (2004) sostuvo que “los derechos colectivos corresponden a derechos de tercera generación, pertenecen a grupos, catalogados como derechos comunitarios, son derechos humanos específicos” (p. 49), su sujeto de protección no es el individuo sino el conjunto colectivo o grupo social. En el análisis de los rasgos fundamentales de los derechos colectivos, Grijalva, (2016) explicó lo siguiente:

Los derechos colectivos forman parte de los derechos humanos específicos cuya titularidad recae sobre ciertos grupos humanos. Tienen como principal característica formar parte de los llamados derechos de tercera generación, su reconocimiento internacional es el producto de un proceso histórico que se da posterior al reconocimiento de los derechos civiles y políticos o de primera generación y a la de los derechos económicos, sociales y culturales que se los cataloga como derechos de segunda generación. (p. 55).

Son conocidos también como derechos de tercera generación sirven de complemento a los derechos de primera y segunda generación. Al respecto Gutiérrez & Rodríguez (2016) manifestaron que “los derechos colectivos son instituciones que tienen como fin la defensa, protección, y representación jurídica colectiva de los intereses colectivos de la comunidad”. (p. 7). Los derechos colectivos están reconocidos en la Constitución como parte de los derechos ambientales, en la que se cataloga como titulares a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano y montubio además de las comunas que forman parte del parte del Estado ecuatoriano, por lo tanto, estos derechos son propios de quienes integran estos grupos.

La Corte Constitucional, (2010) en su jurisprudencia explicó en relación al contenido de los derechos colectivos que “estos brindan a la colectividad un

conjunto de prerrogativas que sirven para la defensa de su existencia como grupo y fortalecen su autonomía, tanto en correspondencia a otros individuos y colectividades de otros grupos, como también en relación a sus propios miembros” (p. 28). Por lo tanto, estos derechos se originan en favor de la pluralidad de las personas, frente a su violación todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad. Sus beneficios son indivisibles frente al colectivo demandante.

1.3 Los derechos colectivos en el Derecho Internacional

Posterior a la Carta de las Naciones Unidas, (1945) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948) las naciones comprendieron la importancia de puntualizar, actualizar e implementar estrategias que garantizaran la protección integral de los derechos. En ese contexto los derechos colectivos emergieron para dar respuesta a los problemas globales del Siglo XX y XXI relacionados principalmente con el ambiente y su impacto en la calidad de vida de las personas. Diversos instrumentos de derecho internacional fueron incorporados de forma progresiva a través de cumbres y encuentros mundiales logrando el pleno reconocimiento de los derechos colectivos.

Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, (1957) es el primer tratado internacional que protege los derechos de los pueblos indígenas, ratificado por 27 países. Desde su aprobación tuvo una amplia acogida en América pero esta también fue viable a través de los países de Asia y África. De acuerdo a Cijiao, (2002) “este convenio ofrece una amplia cobertura en diferentes asuntos entre ellos el empleo, ocupación, derecho a la tierra, educación en idioma indígena” (p. 42). Una de sus debilidades fue el uso de términos condescendientes; en el apartado a) párrafo 1 del artículo 1 se hace referencia a las poblaciones indígenas como “menos avanzadas”; se promueve además un criterio asimilacionista.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (1966) aceptó el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos a su política y desarrollo, disposición libre de sus recursos, cooperación económica internacional. La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (1976) consagró el

derecho de los pueblos a existir, autodeterminarse, liberarse de toda dominación extranjera, derecho a un régimen democrático, identidad nacional y cultural, conservación de las posesiones ancestrales del territorio en paz, gozo de los recursos, conservación de la lengua, tradiciones, derecho a no ser expulsados, deportados, perseguidos, torturados o deportados por razones de su identidad cultural o nacional.

El Protocolo de San Salvador conocido también como Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988) fue implementado con el objetivo de ampliar la protección de los derechos económicos, sociales y políticos, además del campo de acción de la justicia social. El Convenio 169 OIT, sobre los pueblos indígenas y tribales (1989) estableció el deber de los estados de consultar medidas legislativas y administrativas susceptibles de provocar afectaciones a los pueblos originarios. Señala los procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe y con la finalidad de llegar a acuerdos o lograr consentimientos sobre las medidas propuestas. Regula aspectos relacionados a la costumbre, derecho consuetudinario de los pueblos originarios, establece principios sobre el uso y la transferencia de las tierras indígenas, recursos naturales, traslado o relocalización, abarca además la conservación de la cultura y las medidas que garanticen la educación en todos sus niveles.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) instrumento mediante el que se estableció un marco universal de requisitos mínimos para garantizar la dignidad, bienestar y en general los derechos de los indígenas, este instrumento aborda derechos colectivos en el que se incluyen aspectos relacionados a la identidad cultural, educación, trabajo, idioma, además su finalidad es la condenar la discriminación contra los indígenas, promover su plena y efectiva participación en aquellos aspectos o asuntos de su interés. Garantiza el derecho a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en relación al desarrollo social, cultural y económico, estimula de forma explícita las relaciones de cooperación entre los estados y pueblos indígenas. La Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) significó una contribución

importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados para proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

2. Antecedentes de la consulta previa

2.1. Evolución histórica del derecho a la consulta previa.

Desde la época colonial en la lucha de las comunidades indígenas en América se ha orientado a la búsqueda de herramientas que les garanticen el acceso a sus derechos y una relación estable con el poder central. En este contexto luego de un largo proceso en el que gradualmente se subsumió a la causa indígena como el centro de los derechos colectivos, fue ideado el derecho a la consulta previa desarrollado sobre la base del Convenio Patzcuaro (1940) y el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribuales (1957) de la OIT. Ambos instrumentos fueron fundamentales en el proceso que permitió plasmar una nueva concepción sobre las poblaciones indígenas, a través de los que se buscaba la cooperación pasando de un modelo de integración forzada a un modelo de integración voluntaria y dirigida.

Mediante el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribuales (1957) de la OIT se reconoció que se trataba de culturas que debían ser respetadas y sus iniciativas de desarrollo debía ser tomadas en cuenta, esta idea se hizo efectiva en toda su dimensión a través del Convenio 169 (1989) de la OIT en el que se incorporó como piedra angular el derecho a la consulta previa y a la participación, derecho desarrollado en el marco de los estados nacionales para materializar la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas. Consecutivamente mediante la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007) al retornarse concepto de autodeterminación, en algunos casos como explicó Martínez, (2015) “la consulta se transforma en consentimiento libre, previo e informado” (p. 30). Los diferentes aportes de los instrumentos en distintas épocas dan cuenta del alcance y la evolución que ha tenido el derecho a la consulta previa hasta posicionarse como un visionario mecanismo de participación ciudadana, que desde sus orígenes tuvo como fin garantizar relaciones estables, controlar la resistencia a la dominación y la usurpación de las tierras.

El Ecuador en el año 1998 ratificó mediante Decreto Ejecutivo el Convenio 169 – OIT, en el marco de la Constitución vigente de aquella época. Se definió al Estado como plurinacional y multicultural en reconocimiento a los logros alcanzados por el creciente movimiento indígena que constantemente se movilizaba para exigir la protección de sus territorios y la ampliación de nuevas zonas para la conservación de la explotación hidrocarburífera. La Constitución del Ecuador (1998) les reconocía y garantizaba a los pueblos indígenas el derecho colectivo a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios; y cuya explotación pueda causarles una afectación ambiental o culturalmente, además del derecho a participar en los beneficios obtenidos por la ejecución de la obra, y a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales y ambientales causados.

El Reglamento de Consulta y participación para la realización de actividades hidrocarburífera fue aprobado en el año 2002, este documento fue rechazado por las organizaciones sociales debido a su falta de socialización. En el año 2006 se aprobó el Reglamento del art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental en el que se establecían parámetros referentes a la participación ciudadana y la consulta previa, sus criterios y lineamientos operativos fueron establecidos por el Ministerio de Energía y Minas, este acuerdo fue derogado en el 2008 debido a que no se regulaba el proceso de consulta previa. (Carrión, 2012, p. 27)

En atención a las exigencias de los grupos sociales y, al momento político que vivía el Ecuador el proceso constituyente del año 2008 derivó en la Constitución aprobada en Montecristi en la que se incluyó innovadores conceptos como los derechos de la naturaleza, buen vivir, fortaleció el reconocimiento de la consulta como derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el derecho de las comunidades en general a la consulta en caso de afectación al ambiente. La legislación actual cuenta con definiciones y procedimientos relativos a la consulta previa en cuerpos normativos como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010), Ley de Gestión Ambiental (2004) Ley Orgánica de Participación Ciudadana (2010), Ley de Minería (2009). Sin embargo estas disposiciones no cumplen con los estándares mínimos señalados por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y las normas de derecho internacional.

En el año 2009 la Corte Constitucional resuelve una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería (2009) en la que se alegaba la afectación de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas por atentar contra el derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas garantizada en el art. 57 numeral 17 de la Constitución del Ecuador. La Corte Constitucional en su sentencia N. 0 001-10-SIN-CC, (2010) señaló que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones establecidas en conformidad con el art. 57 numeral 17 de la Constitución del Ecuador debe ser llevado a cabo por la Asamblea Nacional. La Corte Constitucional señaló además requisitos mínimos para su cumplimiento.

2.2. Análisis comparado del derecho a la consulta previa

2.2.1 Bolivia

La legislación boliviana es considerada la más avanzada de la región en materia de protección de los derechos indígenas. A partir del año 2007, el Estado boliviano convirtió en una ley interna la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. En el año 2005, en el contexto del sector hidrocarburífero, Pinto (2014), explicó que “se establecieron las primeras regulaciones sobre la consulta previa en las que se consideraban aspectos relacionados al consentimiento previo, libre e informado, las mismas que han sido implementadas desde entonces” (p. 7), estas iniciativas se convirtieron en un hito en la región ser la consulta previa una de las propuestas más importantes para lograr la conciliación de las visiones locales con las necesidades de la mayoría de la población indígena del país. Otro importante aporte se encuentra en la Ley de Régimen Electoral (2010), norma en la que se señala que la democracia intercultural de la república de Bolivia está fundamentada en la articulación transformadora de la democracia directa y participativa, misma que es realizada a través del mecanismo de consulta previa, entre otros medios.

Los procesos de consulta previa desarrollados bajo estas normas han sido fuertemente cuestionados por parte de las organizaciones indígenas quienes consideran que no cumplen con los estándares internacionales mínimos. Gómez

(2013), explicó que “existe una percepción creciente sobre la consolidación de mecanismos débiles de consulta utilizados con el fin de promover la inversión y permitir el desarrollo de actividades para la extracción de recursos naturales” (p. 18), ante las presiones de los movimientos sociales, con el fin de hacer frente a las exigencias de la causa indígena en el año 2013 se difunde el Anteproyecto de Ley de Consulta Previa, Libre e Informada. Este documento surge como consecuencia del caso del TIPNIS y el mecanismo de consulta ad – hoc aplicado para resolver el conflicto, que había dado paso a un amplio debate en torno al proceso de las consultas en relación a las 200 concesiones mineras y de hidrocarburos en curso. Hasta la fecha no se cuenta con una ley en esta materia.

2.2.2 Perú

Perú cuenta con una de las poblaciones indígenas más grandes de América Latina, de acuerdo a Sanborn (2016), “es una de las poblaciones mas excluidas en términos económicos, políticos y culturales” (p. 1). En la evolución del derecho al acceso a la consulta previa se identifica como uno de sus momentos de mayor importancia el año 2011 en el que el Congreso Nacional promulgó la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios (2011), implementada con el propósito de promover el establecimiento de acuerdos entre el estado Peruano y los pueblos indígenas referente a las medidas legislativas y administrativas que afecten a estos últimos. El Reglamento de la Ley fue promulgado en el año 2012 documento con el que se dispuso la obligación de sujetar a consulta todas las medidas a administrativas entre las que figuran las normas reglamentarias con alcance general y el acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto que pudiera causar una afectación de manera directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el primer proceso oficial de consulta fue iniciado en el 2013, Sanborn (2016), analizado el desarrollo de los diferentes procesos explicó lo siguiente:

Hasta el 2016 en ocho de las veinticinco provincias de Perú se iniciaron veinticuatro procesos de consulta previa, las mismas que fueron promovidas por ocho organismos gubernamentales nacionales y tres gobiernos provinciales, once de los veinticuatro procesos involucraron al sector hidrocarburífero, los pueblos indígenas fueron consultados en aspectos

relacionados a la suscripción de contratos para la exploración y explotación de zonas con reservas de gas y petróleo ubicados en territorios ancestrales o cerca de ellos, tomando en cuenta la afectación tanto a sus derechos colectivos como a su bienestar en general. Del total de estas consultas en cuatro procesos se hacía referencia a decisiones o políticas consideradas de alcance nacional, por lo que fue necesaria la participación de las organizaciones indígenas a nivel nacional (p. 12).

Los resultados de las medidas han sido cuestionados, aunque de los veinticuatro procesos de consulta previa realizados hasta el 2016 todos concluyeron con algún tipo de acuerdo entre todos los involucrados o parte de ellas, solo en el caso de cuatro de estos procesos se llegó a la implementación efectiva de la medida. De acuerdo a la Ley un proceso de consulta concluye una vez que se han cumplido a las siete etapas establecidas para el proceso, procediéndose a publicar un acta de consulta y continuando de dos formas el proceso; en el caso de una medida administrativa, la institución promotora y los organismos involucrados deben analizar el acta de consulta para generar la directriz de política a ser implementada por las respectivas instituciones; si se trata de una medida legislativa el acta debe ser revisada y enviada al congreso para ser debatida a fin de que sea probada. Sanborn (2016), manifestaba que “los retrasos entre el desarrollo del proceso de consulta y la implementación efectiva de lo acordado contribuye a disminuir la confianza de los pueblos indígenas en las instituciones del estado involucradas e incluso afecta la legitimidad del proceso desarrollado en sí mismo” (p. 16), recuperar la confianza mediante procesos efectivos que den resultados inmediatos es un paso indispensable para alcanzar un crecimiento sostenible del Perú.

2.2.3 Colombia

Colombia es considerado el país andino con mejor desarrollo conceptual y mayor aplicación del derecho a la consulta previa. Su Constitución Política aprobada en 1991 acoge puntualmente el Convenio 169 de la OIT, protege la diversidad étnica y cultural, reconoce el derecho de las comunidades étnicas diferenciadas a ser consultadas en caso de afectación de medidas legislativas o administrativas, en el art. 152 dispone la promulgación de una Ley Estatutaria para su regulación. Debido a la falta de esta Ley el Ministerio de Interior en el año 1998 dictó un decreto a fin de regular integralmente este derecho. La Corte

Constitucional Colombiana (1998), mediante Sentencia T – 652 de 1998 ordenó a los Ministerios de Ambiente y de Interior la no aplicación del decreto al considerarlo contrario a la Constitución, por no haberse implementado un proceso de consulta previa para su expedición.

Durante el año 2010 el gobierno colombiano para garantizar el derecho a la consulta previa ordena al gobierno central la aplicación de instrucciones y directrices orientadas a su efectivización. En el año 2013 para viabilizar el proceso se diseñó la Guía para la Realización de la Consulta Previa, (2013) instrumento legal vinculante para los ministros y directores de departamentos administrativos. Tomando como base la Guía, se establecieron además los Protocolos de Coordinación Institucional para la Consulta Previa (2013), con el fin de coordinar las responsabilidades de las entidades públicas en relación a esta temática.

En el año 2016, se dio inicio al proyecto de ley estatutaria de consulta previa, sus normas contemplan instrucciones orientadas a las instituciones públicas relacionadas con el procedimiento formal a seguirse sin que establezcan el alcance, límites y prerrogativas relacionadas a este derecho. Hasta la fecha la Corte Constitucional de Colombia ha aumentado considerablemente la jurisprudencia en esta materia debiendo el texto final de la Ley Estatutaria tener en cuenta de forma obligatoria las decisiones de la Corte Constitucional, para que se garanticen este derecho.

3. El Derecho a la consulta previa

3.1. La consulta en materia ambiental

En la Constitución se identifican varios tipos de consultas, en las que se puede establecer la diferencia si se trata de un derecho colectivo o difuso, dependiendo de sus características se puede realizar la respectiva distinción. El primer tipo de consulta se encuentra establecido en la Constitución del Ecuador en su artículo 57, estructurado como un derecho colectivo, este tipo de consulta tiene un doble aspecto o alcance: el primero se encuentra señalado en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución. Corresponde al derecho a la consulta realizado

previamente a la adopción de una medida legislativa que pudiera generar cualquier afectación a los derechos colectivos. La Corte Constitucional (2010) sobre la consulta pre legislativa manifestó que “esta se dirige de forma única y exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios que puedan verse afectados por sus derechos colectivos, de manera práctica y real, por efectos de aplicación de una ley” (p. 40), es concebida como un requisito previo *sine qua non* que sirve para condicionar la constitucionalidad de cualquier medida de carácter legislativa con afectación sobre los derechos colectivos.

El segundo alcance del derecho a la consulta previa se encuentra establecido en el art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador (2008), se aplica ante el desarrollo de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades y que tengan afectación ambiental o cultural sobre la zona. De acuerdo a esta norma están obligados a participar en los potenciales beneficios que los proyectos produzcan y a recibir las respectivas indemnizaciones por los perjuicios causados ya sean estos sociales, culturales y ambientales. Se dispone que el proceso de consulta realizado por las autoridades competentes debe ser obligatorio y oportuno, y si no se obtiene el respectivo consentimiento de la comunidad consultada, debe procederse como lo estipula la Constitución y la ley.

La consulta en materia ambiental está garantizada en el artículo 398 de la Constitución del Ecuador. Se la considera como un derecho ambiental general (un derecho difuso) que es aplicable a toda la comunidad que tiene derecho a ser consultada ante la existencia de un riesgo ambiental. En estos casos las comunidades que deben ser consultadas pueden estar conformadas por indígenas, mestizos, afro ecuatorianos, blancos, por lo tanto es aplicable a todas las comunidades en general, en este proceso al Estado le corresponde convertirse en el ente consultante de toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente, el proceso de consulta desde su inicio hasta la fase final debe ser informada de forma amplia y oportuna. La ley debe obligatoriamente regular aspectos relacionados a la consulta previa, participación ciudadana, plazos, sujeto

consultado, además de los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad que se somete a consulta.

3.2. La consulta previa, libre e informada como un derecho de participación

El derecho fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades a preservar la integridad es garantizado y efectivizado a través del ejercicio de otro derecho que también cuenta con el carácter de fundamental, esto es el derecho de participación de la comunidad, siendo el proceso de aplicación de la consulta un mecanismo para garantizarlo. En concordancia con la Constitución es una obligación del gobierno reconocer los derechos de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno, además garantizar las condiciones para el ejercicio de su cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en sus procesos de desarrollo.

El derecho a la consulta previa, libre e informada es la puerta que permite el acceso y el ejercicio de otros derechos humanos de los pueblos indígenas. “Es el resultado del derecho que poseen los pueblos a su determinación, autodeterminación o autonomía de las colectividades indígenas en el marco de un estado plurinacional”. (López, 2016, p. 16). Por lo tanto puede describirse a la consulta previa como un mecanismo de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, un derecho colectivo para los pueblos que se encuentra tanto reconocido por la Constitución como por los instrumentos carácter internacional.

Es una forma de participación ciudadana, siendo un derecho que puede ejercer cualquier ciudadano, constituyendo su instrumentalización un mecanismo garante de la exigibilidad de los derechos ambientales en los procesos o proyectos impulsado por las instituciones del Estado, o empresas concesionarias que puedan afectar al medio ambiente y a sus comunidades (Londoño, 2009, p. 30).

La consulta y la participación de los pueblos indígenas son primordiales para definir la política y la forma como debe darse la aplicación del Convenio 169 de la OIT, no hay participación sin consulta, ni consulta sin participación, convirtiéndose esta en un eficaz instrumento tanto para demandar como para exigir el respeto de

los derechos indígenas, afro ecuatorianos y montubios. La incorporación de la participación ciudadana en los procesos de decisión de desarrollo se basa en el reconocimiento de este principio y en la urgente necesidad de instrumentar la intervención en los asuntos de interés público, como un ejercicio de democracia que va más allá del acto del sufragio. La consulta previa en el ámbito procesal es fundamental porque busca precautelar el ejercicio de los derechos de los indígenas, cultura, calidad de vida, conservación cultural, conservación de la naturaleza y territorio.

El valor de la consulta previa como derecho autónomo va más allá de garantizar las formas que faciliten una relación entre el Estado y las comunidades con el objetivo de llegar a un acuerdo y que a su vez deben ser capaces para obligarse mutuamente. (Trujillo, 2013, p. 84)

Este derecho se exterioriza a través de un mecanismo de participación social de las comunidades y las instituciones que poseen un válido interés en el proyecto que va a ser objeto de consulta, con la intención de salvaguardar y precautelar los derechos colectivos que poseen los pueblos del Ecuador. El derecho a la consulta previa está intrínsecamente relacionado con el consentimiento previo, por lo que es necesario que se tenga en claro la diferencia entre consulta y el consentimiento. Para el desarrollo de la consulta el Estado debe expedir la normativa mediante la que se pueda ejercitar este derecho.

Las Naciones Unidas explica que existen varias dimensiones sobre el derecho de partición que deben ser tomadas desde un enfoque de diversidad étnica que son: Participación de las comunidades y pueblos indígenas en la participación de las estructuras políticas de los estados, en el diseño y adopción de decisiones estatales que afecten sus interés o derechos de los pueblos, por medio de la consulta para conseguir el consentimiento previo, libre e informado, participación en la adopción de decisiones a nivel internacional, ejercicio de la autonomía y autogobierno, independencia para el mantenimiento y aplicación de propios sistemas jurídicos y de justicia indígena. (Carrión, 2012 p. 24)

La consulta como mecanismo de participación como está planteada en el marco constitucional cumple con dos roles: por un lado, establece el límite al actuar del Estado, y por otro lado permite el diálogo con los pueblos, nacionalidades,

comunas y comunidades indígenas. Busca de parte del Estado brindar las garantías que faciliten plenamente el reconocimiento y el respeto de la relación que las comunidades y pueblos tienen con su entorno. Londoño (2009), manifestó que “la consulta previa es esencialmente el reconocimiento de la autonomía de las colectividades indígenas, a decidir sobre el destino de sus territorios y recursos naturales” (p. 45), la inclusión de las poblaciones indígenas en los procesos de toma de decisiones no solo sirve para garantizar la protección de los derechos de estas poblaciones, sino que a la vez sirve para contribuir a la toma de decisiones sustentables.

La consulta previa como mecanismo de participación permite ordenar el proceso y la negociación en la toma de decisiones ambientales, la aplicación de medidas alternativas, incentivos para las comunidades, la garantías internacionales y constitucionales que sirven para que estos pueblos puedan desarrollarse racionalmente sin que se afecte su identidad, cultural y creencias ancestrales. (López, 2016, p. 18)

Mediante la consulta previa, libre e informada se procura alcanzar el nivel mas alto de participacion entre los actores que son parte de este proceso estos son los miembros de las comunidades. La participación se configura como un derecho humano mediante el que visibiliza a los miembros de la comunidad, permite que las personas, comunidades y pueblos puedan participar en la vida social y política de los estados, desde la diversidad étnica donde por sus características este proceso es mas complejo. Otro de sus fines es resguardar la recreacion de entidades históricas con identidad y culturas propias, frente a decisiones estatales que les pudieran provocar una afectacion, se convierte entonces en un mecanismo para la toma de decisiones ambientales además de un medio para la creación de políticas específicas que contribuyen al mejoramiento de las condiciones de vida de una comunidad.

3.3. Contenido esencial del derecho a la consulta previa

En relación a los requisitos mínimos la consulta previa requiere la participación de las comunidades potencialmente afectadas por el impacto ambiental, la divulgación plena, legal y concreta de la información del proyecto o actividades propuestas. Para que esta proceda la participación sobre la consulta

debe albergar la naturaleza y el alcance del proyecto, la duración de la actividad, y las zonas delimitadas afectadas. Se debe tener en cuenta la además evaluación del impacto económico, social, cultural y ambiental, los riesgos posibles, así como la distribución de los beneficios justos y equitativos.

Las reglas y procedimientos que permiten dar cumplimiento a la consulta prevista en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución del Ecuador (2008) y el art. 90 de la Ley de Minería (2009) se clasifican bajo las siguientes características: carácter flexible del procedimiento, carácter previo de la consulta, carácter público e informado de la consulta, reconocimiento de que la consulta no se agota simplemente a través de la información o difusión pública de la medida, obligación del estado de actuar de buena fe y de dar amplia difusión pública al proceso de consulta en todas sus etapas, definición previa y concertada del procedimiento, respeto a la estructura social y a los sistemas de autoridad y representación de los pueblos a ser consultados, carácter sistemático y formalizado de la consulta, y finalmente el carácter no vinculante del resultado para el Estado y sus instituciones.

3.4. Características de la consulta

3.4.1. Consulta previa

El objetivo de la consulta es tutelar los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, por lo tanto, la consulta debe darse antes de las medidas administrativas o normativas que puedan afectar a los sujetos de derechos colectivo. Que la consulta sea previa permite que el sujeto a quien se consulte cuente con el tiempo para la recopilación de la información y que esta sea debatida internamente. Es el respeto a las exigencias de las etapas cronológicas de los procesos de consulta o conceso, este proceso puede variar de acuerdo a las características y costumbres específicas del grupo y de acuerdo también con la medida consultada. Cuando la consulta es realizada posteriormente a la medida administrativa o normativa, esta se vuelve inofensiva, y se convierte solo en un mecanismo compensatorio en caso de reparación integral.

La consulta debe ser previa, lo que implica que exista la suficiente antelación para que se dé una autorización o comienzo de las actividades y proyectos, que permitan que se respete la exigencia cronológica de los procesos de consulta con los pueblos indígenas. (Albán, 2003, p. 45)

La consulta debe darse antes de cualquier plan o proyecto que se pueda dar o se ejecute, de forma que estos no sean posibles que se efectúen sin que antes dar por concluida la consulta y el acuerdo se haya perfeccionado con los miembros de la comunidad. Es fundamental que se les reconozca a los miembros de la comunidad el derecho a definir sus prioridades en el proceso de desarrollo propuesto. La consulta previa les permitirá determinar si existe un perjuicio en los intereses de los pueblos antes de que se emprenda o autorice el desarrollo de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

La finalidad de los procesos de consentimiento es la búsqueda de un consenso colectivo, indican que las comunidades deben tener autoridad y capacidad para manejar sus recursos, para decidir en lugar de concederle a los gobiernos nacionales el poder para consentir y manejar el conocimiento tradicional en nombre de ellas. (Avila, 2015, p. 17)

El consentimiento previo es un mecanismo para la toma de decisiones ambientales que se encuentra principalmente ligado al derecho de la autodeterminación. Para Hermosa (2014), “lo que pretende el consentimiento previo es el acuerdo por parte de las comunidades para la aprobación o la ejecución de programas de participación ambiental, es la oportunidad para manifestar su acuerdo o aceptación” (p. 42). Como su propio nombre lo dice es el consentimiento que exclusivamente puede ser dado por los pueblos y comunidades en situaciones o decisiones que pueden afectar sus tierras, derecho de obligatoria aplicación para los estados adheridos al Convenio 169 de la OIT.

3.4.2. Consulta libre

El estado como garante de esta característica debe asegurarse de que los titulares del derecho a la consulta previa no sean sometidos a ningún tipo de amenazas, coerción, represalias, presión o alguna forma de manipulación externa. López, (2016) señaló que “bajo ninguna circunstancia se pueden implementar

mecanismos de fragmentación de las comunidades y tácticas de dividir para conquistar” (p.18). Cuando se incumple esta característica los procesos de consulta carecen de total legitimidad como consecuencia de las presiones a las que son sometidas los sujetos consultados quienes quedan impedidos de tomar una decisión apegada estrictamente a sus intereses comunitarios.

La consulta debe ser libre, en consecuencia, no debe haber engaños ni presiones del exterior, no deben existir coerciones, intimidación ni manipulación, lo que significa la ausencia de cualquier amenaza o circunstancia implícita que sean negativos y puedan repercutir en la decisión final, que no exista ningún tipo de incentivo monetario o de cualquier tipo a menos que sea como parte de un acuerdo mutuo realizado entre las partes. (Carrión, 2012, p. 72)

Para garantizar la obtención de la consulta libre el Estado debe contar con instituciones que desarrollen mecanismos de funciones verificadoras que observen que el resultado de la consulta ha sido obtenido conforme a los requerimientos establecidos. Al respecto el Convenio 169 de la OIT dispone la necesidad de señalar los medios a través de los que se llevara a cabo el proceso, esto a fin de que los pueblos interesados puedan participar de manera libre en el proceso, en la misma medida que el proceso es desarrollado por los demás sectores de la población y en todos los niveles en el proceso de adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole convirtiendo a los interesados en los responsables de políticas y programas que les conciernan.

3.4.3. Consulta informada

La consulta debe ser informada, la información disponible debe ser total y clara, deben expresarse las opiniones, informes y los diferentes puntos de vista, de tal forma que se incluyan los aportes de todos los miembros de la comunidad principalmente de aquellos que poseen conocimientos ancestrales. López, (2016) sostuvo que el objeto de la consulta debe estar determinado, individualizado y caracterizado de forma que los individuos consultados conozcan en su propio idioma y de manera sencilla y comprensible el contenido y el alcance la consulta (p. 27). La información debe ser entregada con tiempo y con los recursos adecuados

para que sean considerados y conocidos detalladamente todos los riesgos previa la toma de una decisión.

La consulta informada implica el acceso oportuno y completo a la información objetiva y necesaria que permita comprender los efectos de cualquier medida atentatoria a los derechos colectivos. Toda la información de la consulta debe presentarse en la lengua originaria de las comunidades, la que de ser presentada mediante formas accesibles y comprensibles considerando las características de la población a la que se dirige, garantizando de esta forma que sea comprendida. La información debe llegar a los lugares donde habitan los sujetos consultados, de forma que se garantice su total acceso.

3.4.4. Consulta oportuna

La consulta debe ser oportuna, esta no solo procede cuando hay un peligro eminente, sino cuando se produce un impacto o lesión ambiental como resultado de la actividad ordenada por decisiones de las autoridades públicas u obras realizadas por empresas privadas, ante la existencia de potenciales indicios de afectación a la comunidad o al medio ambiente, o cuando ya se ocasionó o se evidencia el impacto ambiental. Velasco (2014) explicó que “la oportunidad con la que se la debe realizar la consulta se origina en el momento mismo en que se produce el riesgo o cuando la entidad adopta la decisión de ejecutar una obra que amenace en entorno de la comunidad” (p. 36). La decisión de la comunidad expresada oportunamente a través de la consulta debe considerarse por tanto como un requisito previo indispensable para ejecutar o no la obra.

El estado tiene la obligación de entregar a la población la información completa y oportuna tanto de las medidas administrativas como de las medidas legislativas que pretendan adoptar de ser necesario brindar asesoría técnica e información adicional de los sujetos consultados que la población requiera. (Rodríguez, 2012, p. 87)

La consulta oportuna es aquella en la que el procedimiento utilizado brinda las condiciones necesarias que permiten que el consultado pueda intervenir de forma adecuada dentro del proceso de consulta sin que se influya en los resultados.

Para Merino (2006) “la consulta debe brindar la oportunidad de que los miembros de la comunidad expresen de forma plena y abierta sus opiniones sobre la base de un adecuado entendimiento y conocimiento de la cuestión consultada” (p. 41). Las situaciones en las que se desarrolla la consulta deben responder al contexto y a las realidades de sus comunidades, como mecanismo de participación la consulta es una oportunidad para atender los problemas comunitarios y mejorar la calidad de vida de sus miembros.

3.4.5. Consulta de buena fe

La buena fe en la consulta es un requisito establecido en el Convenio 169 de la OIT que dispone la obligación de los estados de iniciar procesos de consulta a los pueblos interesados mediante el desarrollo de procedimientos apropiados, especialmente mediante sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que pueda afectarles de forma directa. En concordancia con las normas del convenio el proceso de consulta debe efectuarse de buena fe, de manera apropiada tomando en cuenta las circunstancias en las que esta se realiza a fin de que se logre llegar a un acuerdo o se alcance el consentimiento de la comunidad en relación a las medidas propuestas. La buena fe es una característica también considerada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2007), la norma estipula que los estados están obligados a cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados a través de sus instituciones representativas propias con el fin de que se obtenga su consentimiento libre e informado previa la aprobación cualquier proyecto o medida.

Todos los involucrados en la consulta están obligados a actuar de buena fe, el cumplimiento de este requisito permite que la consulta se convierta en un verdadero mecanismo de participación. Los contenidos mínimos del deber de la consulta tal como han sido diseñados por la jurisprudencia interamericana, instrumentos y la práctica internacional definen al proceso de la consulta no como un acto simple o singular sino como un proceso producto del diálogo y la negociación, en el que ambas partes de acuerdo a lo que explicó Rodríguez (2017), “se integran en un proceso de cooperación en la búsqueda del bien común general”

(p. 29). Esta condición se orienta hacia la obtención de consentimiento en procura de acuerdos mutuamente aceptables, lo que exige que estas no sean consultas meramente con carácter informativo, sino que los consultados puedan intervenir efectivamente en la adopción de las decisiones.

3.5. Finalidad de la consulta

Este derecho tiene como finalidad incluir el criterio de las comunidades ante la posibilidad de que exista daño a afectación a su ambiente, y determinar la compatibilidad específica de determinado proyecto con los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades consideradas como sujeto de derechos en virtud de la colectividad a la que pertenecen y como seres individuales. El derecho a la consulta previa sirve de garantía para poder ejercitar tanto el derecho al territorio como el derecho sobre los recursos naturales y así limitar la injerencia de los estados en el ejercicio de estos derechos. Sirve para incluir el criterio de las comunidades cuando exista posibilidad de afectación y determinar la compatibilidad de un proyecto en específico con los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades consideradas como sujeto de derechos en virtud de la colectividad y como personas individualmente.

Su finalidad es hacer partícipe a los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades de las decisiones relativas a la explotación de recursos existentes en su medio ambiente, garantizando que las decisiones sean tomadas en forma consensuada de modo que no se afecten derechos fundamentales de las personas (Dávalos, 2013, p. 19).

Para alcanzar estos fines el estado ecuatoriano debe reformar todo el marco legal que limite o impida la aplicación de los procesos de consulta, la implementación de una normativa específica debidamente reglamentada garantizará que los derechos de estas comunidades sean respetados y bajo ninguna condición se soslaye sus decisiones en detrimento de los intereses privados. Así mismo debe entablar un proceso de diálogo con los pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, y de esta manera asegurar su participación en la creación y funcionamiento de la nueva institucionalidad, en condiciones de igualdad, tomando en cuenta sus formas tradicionales de

organización. Previa a toda ejecución de obra con impacto ambiental la consulta debe ser de obligatoria aplicación cuando medie el pedido de la comunidad potencialmente afectada y cuyos colectivos sean lesionados.

3.6. Sujetos consultados y consultantes

De acuerdo a la Constitución del Ecuador las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades son los sujetos titulares de los derechos colectivos. Por lo tanto, recae el derecho a ser consultados sobre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, adicionalmente también se reconoce como titulares de los derechos colectivos a los sujetos así establecidos en la ley, pactos, convenios y demás instrumentos de derechos humanos. Es decir, pueden ser consultados previamente al inicio de cualquier proyecto, actividad o medida que pueda afectar sus derechos quienes son titulares de derechos colectivos de acuerdo al marco jurídico del Ecuador.

El Estado es el sujeto consultante, capacidad que es indelegable a otras personas naturales o jurídicas, al estado le corresponde el rol de celebrar el proceso de consulta, se convierte en el garante de los procesos de consulta previa, es el responsable de regular mediante la ley los mecanismos idónea que permitan hacer efectiva la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades. El Convenio 169 de la OIT establece en sus normas la obligación de los estados partes de consultar a los pueblos interesados a través de procedimientos apropiados, instituciones representativas, y mediante los medios más adecuados que permitan la participación de los miembros de la comunidad. El Estado como legítimo consultante realizará la consulta mediante instituciones propias u organizaciones representativas en consideración con la Constitución y los instrumentos internacionales, esto no faculta al estado para que pueda imponer un modelo de institución ni determinar unilateralmente las organizaciones por las cuales se realizará el proceso de consulta, son los pueblos quienes debe definir cuáles son las instituciones representativas legitimadas para la realización de la consulta.

3.7. Conflictos en el ejercicio del derecho a la consulta previa en el Ecuador.

A pesar de que la Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada en el artículo 56 numeral 7, consagrada esta norma como uno de los mayores logros de las organizaciones sociales al ser un mecanismo para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos, esta también ha sido cuestionada por considerarla incongruente porque puede ser utilizada como un medio para imponer una decisión estatal ante la falta del consentimiento de la comunidad. Estos cuestionamientos tienen fundamento en la parte final del numeral 7 del art. 56 que señala que, de no obtenerse el respectivo consentimiento de la comunidad consultada, se debe proceder conforme a lo que señala la Constitución y la ley. De acuerdo al art. 313 la Constitución le reserva al Estado el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos en conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. En el segundo inciso se define como sector estratégico los recursos naturales no renovables. Esta potestad única del Estado para decidir sobre la extracción o no de los recursos puede ser utilizada para violentar el derecho de las comunidades a decidir sobre su entorno.

Otra problemática del derecho a la consulta está relacionada con la falta de una ley regulatoria, tanto en la Constitución del Ecuador como en los instrumentos internacionales de derechos humanos se identifican los principios rectores de la consulta, sus pautas y contenido esencial. De acuerdo a la Constitución solo mediante las leyes orgánicas es posible desarrollar el contenido de los derechos; por lo tanto, el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la consulta previa debe ser regulado mediante una ley orgánica. A pesar del reconocimiento constitucional de este derecho, en el marco jurídico vigente hasta la fecha no existe una ley orgánica sobre la consulta previa, libre e informada.

Las consultas, según lo dispuesto por la norma constitucional, debe ser regulada mediante la ley de conformidad con el principio de reserva de ley y no hacerlo mediante legislación secundaria. La ley debe contener aspectos relativos al procedimiento, forma de participación, los plazos desde el inicio hasta la decisión final, reparaciones e indemnizaciones, efectos jurídicos en casos de omisión o transgresión, además de las respectivas sanciones por contrariar o vulnerar la norma sustantiva (Trujillo, 2013, p. 7).

El principio de reserva de ley entraña una garantía esencial del estado de derecho, de acuerdo al que la Constitución reserva determinadas materias para que sean reguladas por medio de la ley, su finalidad es la de asegurar que la la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan de manera exclusiva de los representantes, por tanto, es el órgano legislativo el que por medio de una ley puede regular dichos derechos. Queda por lo tanto excluida para la regulación de la ley la acción de órgano del ejecutivo y sus productos normativos como son los reglamentos y decretos.

En el año 2012 el Consejo de la Administración Legislativa (CAL) de la Asamblea Nacional tomando como base la Sentencia 001-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional (2010) sobre la Ley de Minería promulgó sin previa consulta de los pueblos y nacionalidades indígenas el Instructivo para la aplicación de la Consulta Pre –Legislativa por los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En dicho documento se estableció que la finalidad de la consulta pre legislativa es la realización de un proceso de participación ciudadana que les permita a los titulares de los derechos colectivos a ser consultados a fin de que se pronuncien sobre temas específicos que estén incluidos en los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, y que por sus características podrían afectar de forma objetiva sus derechos colectivos. El instructivo regula la consulta pre legislativa al contener los requisitos mínimos, pero no cumple con las normas de derecho internacional, ni con lo establecido en materia constitucional sobre el principio de reserva de acuerdo al que el derecho a la consulta previa, libre e informada debe ser regulado de forma exclusiva a través de una ley.

Esta reglamentación que no tiene la categoría de ley orgánica no considera el criterio objetivo ni subjetivo para determinar los sujetos consultados, los que deberían incluirse normativamente, para Sotomayor (2013) “uno de sus mayores vacíos radica en que se observa cómo propósito de la consulta su realización, otorgándole un carácter meramente informativo” (p. 97). No se cumple además con los requisitos referidos a los procedimientos necesarios y apropiados ni el carácter previo de la consulta al establecer limitaciones temporales en las etapas, las mismas que no son razonables ni cumplen con las realidades colectivas de los pueblos. Adicionalmente la información proporcionada por el estado no es suficiente para

que los sujetos consultados conozcan el alcance e implicaciones de la medida legislativa, esto permite corroborar la inobservancia del requisito referido al carácter informado de la consulta.

Definición de términos

Consulta pre legislativa: Derecho con el que cuentan las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas a ser consultados antes de la aprobación de una ley que afecte su modo de vida y habitad, su finalidad es fomentar y garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Consulta previa: Proceso que permite el diálogo, consenso, reflexión y resolución de conflictos relacionados con el ambiente, entre las comunidades y el estado, es un derecho colectivo y un derecho de participación con el que los grupos de interés pueden limitar o impedir la ejecución de decisiones administrativas y judiciales que puedan afectar sus derechos humanos o territorios, es reconocido tanto en el derecho internacional como en la normativa interna vía constitucional en varios países de América, de acuerdo a su finalidad la consulta previa busca lograr que los sujetos consultados alcancen un desarrollo sustentable que les permita vivir en armonía con sus territorios.

Derecho ambiental: Sistema de normas mediante el que se busca alcanzar un desarrollo sustentable, es un derecho que evoluciona en sus principios constantemente conforme se adapta a la defensa de más justas causas ambientales, se ocupa de las normas jurídicas que regulan las relaciones más inmediatas entre la sociedad y la naturaleza y centra su atención en aquellas normas que han sido diseñadas para proteger el ambiente y sus componentes, así como establecer y asignar las competencias de las autoridades encargadas de velar o manejar el ambiente y los recursos naturales.

Derechos colectivos: Derechos de los que son titulares grupos de individuos, son los derechos ejercidos en común exclusivamente con los individuos que integran un grupo diferenciado dentro de la población de un estado, es el conjunto

sistemático de derechos a vivir de conformidad con ciertos hábitos, normas, creencias, prácticas sociales.

Diversidad étnica: Herencia ancestral que configura las características específicas de la variedad de pueblos, nacionalidades o grupos étnicos que habitan una determinada región o país, es la coexistencia de diferentes razas en las que se identifican rasgos distintivos como color de piel, lengua, idioma, costumbres, creencias, estructura social, arte, música entre otros aspectos que forman parte de su idiosincrasia.

Interculturalidad: Proceso de interacción e integración de grupos humanos a nivel geográfico y cultural, en el que se favorecen los procesos de comunicación, sus relaciones se basan en el respeto a la diversidad sustentada en principios de igualdad, integración y convivencia armónica.

Principio Pro Homine: Criterio hermenéutico, que contiene el conjunto de prerrogativas que se reconocen a todo sujeto con la condición de persona física o ser humano, que permite su pleno desarrollo dentro de la sociedad. De acuerdo a este principio se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate del reconocimiento de derechos protegidos; mientras que la interpretación debe ser lo más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Protesta de Ley. Es el compromiso formal que debe de asumir la persona que vaya a ocupar un cargo público para obligarse a respetar y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen. Es la manifestación del deponente o compareciente que habrá de conducirse basado en la verdad en las diligencias a realizarse.

Reserva de Ley: Es una garantía constitucionalmente prevista, mediante la que una norma constitucional reserva de forma expresa a una ley la regulación de un derecho reconocido constitucionalmente, lo que elimina la posibilidad de que estos derechos sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley excluyéndose de su ámbito la intervención de otros poderes del estado. Este principio entraña una

garantía esencia del estado de derecho cuyo fin último es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes.

METODOLOGÍA

Modalidad

La modalidad utilizada en la investigación fue mixta

Modalidad cuantitativa, categoría no experimental, diseño encuesta utilizada para la recopilación de datos a los jueces de garantías jurisdiccionales para determinar la materialización del derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

Modalidad cualitativa, categoría no interactiva, diseño análisis de conceptos normativos utilizado para recoger, analizar, describir e interpretar la información obtenida en fuentes teóricas, normas jurídicas relacionadas al derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

Población y muestra

Como población de la investigación se considera a los Jueces de Garantías Constitucionales de la zona norte de la Provincia de Manabí

Unidades de observación	Población	Muestra
Constitución Política del Ecuador (1998) Art. 3 Art. 83 Art. 84	284	3

Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 10 Art. 57 n 4 Art. 57 n 17 Art. 398	444	4
Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 2	30	1
Convenio 169 OIT Art. 6 n Art. 7 n 1 Art. 15 n 2	46	3
Jueces de Garantías Jurisdiccionales de la zona norte de Manabí	24	24

Métodos de investigación

Métodos teóricos

A través de la inducción se analizan las condiciones en las que pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades ejercen sus derechos, la normativa jurídica relacionada con el medio ambiente y la explotación de los recursos naturales.

Método Deductivo permite elaborar las conclusiones partiendo del análisis de la normativa nacional y de derecho internacional que regula el derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, se determinará la eficacia, debilidades y obstáculos de las normas vigentes para el ejercicio del derecho

Método Histórico Lógico es utilizado para describir los principales hechos históricos que dieron paso a la aprobación de los instrumentos internacionales relacionados con el reconocimiento de los derechos colectivos y el derecho a la

consulta previa, libre e informada. Permite además el análisis de las diferentes normativas del derecho internacional, las normas de derecho comparado y una breve revisión de la situación actual de estos derechos en varios países de la región, datos de gran relevancia para comprender los procesos históricos y actuales ligados a la conquista y efectivización del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Método Empíricos

Se utilizó la encuesta para la obtención de datos directos y especializados de parte de los 24 jueces de garantías jurisdiccionales sobre el alcance de la normativa que permite la materialización del derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades. (Ver anexo 1).

Procedimiento

- Constitución Política de la República del Ecuador (1998), se analizaron normas relacionadas a los deberes del estado, autodefinición de los pueblos indígenas, derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- Constitución del Ecuador (2008) se analizaron normas sobre la titularidad de los derechos, derechos colectivos, derecho a la consulta previa, libre e informada, consulta por medidas legislativas, consulta ambiental a la comunidad
- Declaración de Derechos Humanos (1948) en lo relativo a las garantías y derechos comunes a todas las personas.
- Convenio 169 OIT, se estudiaron normas que protegen a los pueblos indígenas y sus derechos a definir sus prioridades, toma de decisiones, condiciones de vida, aplicación de la legislación nacional.
- Se aplicaron, tabularon, procesaron y analizaron los resultados de la encuesta realizada a los jueces de garantías constitucionales.

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

Resultados de la encuesta

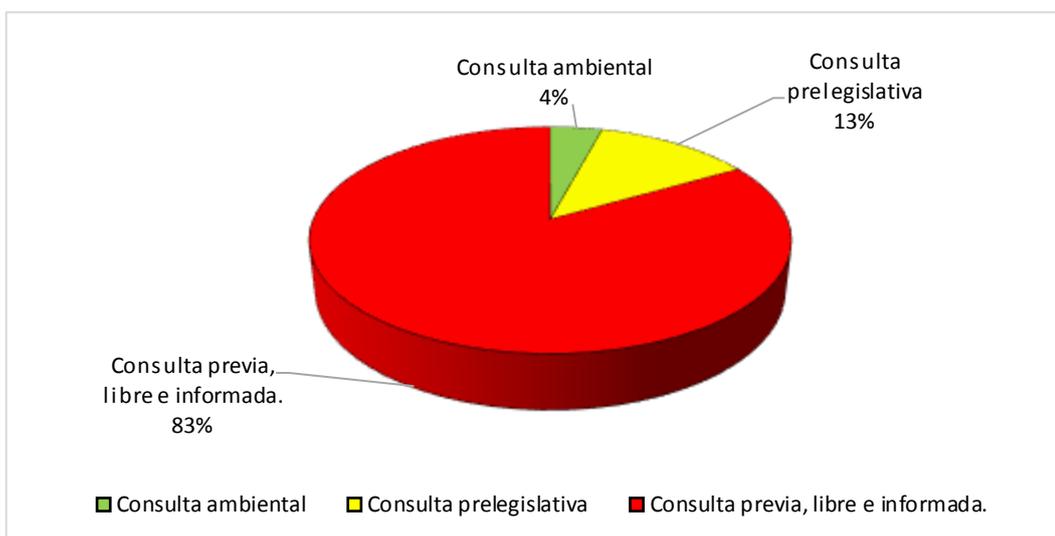
Bases de datos cuantitativos de la encuesta aplicada a Jueces de Garantías Constitucionales.

N	Ítem 1	Ítem 2	Ítem 3	Ítem 4	Ítem 5	Ítem 6	Ítem 7	Ítem 8
1	1	1	1	1	1	1	3	2
2	3	2	2	1	3	1	3	3
3	3	2	2	1	1	1	2	3
4	2	2	2	1	1	1	3	3
5	3	2	2	2	2	1	3	3
6	3	2	2	1	1	2	3	3
7	3	2	2	1	1	1	3	3
8	2	2	2	1	3	1	3	3
9	3	2	2	1	1	1	3	3
10	3	2	2	1	3	1	3	3
11	3	2	2	1	1	1	3	3
12	3	2	2	1	2	1	3	3
13	3	2	2	1	1	1	1	1
14	3	2	2	1	2	1	3	3
15	3	2	2	2	1	1	3	3
16	3	2	2	1	1	1	2	2
17	2	2	2	1	1	1	3	3
18	3	2	2	1	1	1	3	3
19	3	2	2	1	1	1	2	2
20	3	2	2	1	2	2	3	3
21	3	2	2	1	1	1	3	3
22	3	2	2	1	2	1	3	3
23	3	2	2	1	1	1	3	3
24	3	2	2	1	2	1	3	3

Análisis de los resultados de la encuesta

Pregunta 1.- ¿Tomando en cuenta la normativa existente, de los siguientes tipos de consulta cuál es la que presenta mayores limitaciones para su materialización y ejercicio?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Consulta ambiental	1	4%
Consulta pre legislativa	3	13%
Consulta previa, libre e informada.	20	83%
TOTAL	24	100%



Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados un juez que corresponde al 4% respondió que tomando en cuenta la normativa existente la consulta ambiental es la que presenta mayores limitaciones para su materialización y ejercicio, tres jueces que corresponden al 13% manifiesta que la consulta pre legislativa, veinte jueces que corresponden al 83% responde que es la consulta previa, libre e informada. La consulta previa, libre e informada es la que presenta mayores limitaciones debido a que a través de este derecho se busca evitar la explotación o concesión de zonas con valiosos recursos naturales, el interés del estado en obtener fuentes de financiamiento y el poder de las empresas que se dedican a la explotación de los recursos muchas veces se antepone al interés colectivo produciéndose una clara violación de este derecho.

Pregunta 2.- ¿Cuál de los siguientes factores han incidido en la vulneración de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Escaso interés del estado en garantizar los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas	1	4%
Focalización del estado en el desarrollo de políticas para la extracción y aprovechamiento de los recursos naturales	23	96%
TOTAL	24	100%

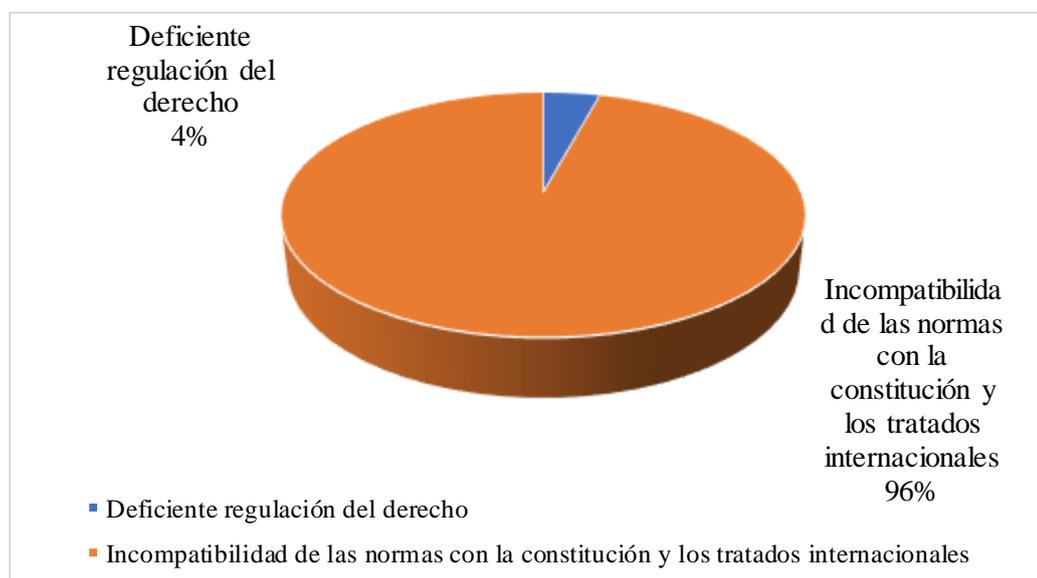


Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados un juez que corresponde al 4% manifiesta que existe un escaso interés del Estado en garantizar los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, veintitrés que corresponde al 96% responden que la vulneración de los derechos colectivos es consecuencia de la focalización del estado en el desarrollo de políticas para la extracción y aprovechamiento de los recursos naturales. El extractivismo ha constituido un modelo muy recurrente en los últimos gobiernos, en nombre del desarrollo económico se han concesionado importantes zonas, sin que se haya tenido en cuenta el impacto de las actividades causadas a las zonas y a sus poblaciones, la vigencia de los derechos colectivos exige una revisión integral las políticas económicas que no pueden estar por encima del derecho constitucional a vivir en un ambiente sano.

Pregunta 3.- Los cuestionamientos a la legitimidad de las normas que han sido utilizadas para regular el derecho a la consulta previa, libre e informada se deben a:

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Deficiente regulación del derecho	1	4%
Incompatibilidad de las normas con la constitución y los tratados internacionales	23	96%
TOTAL	24	100%

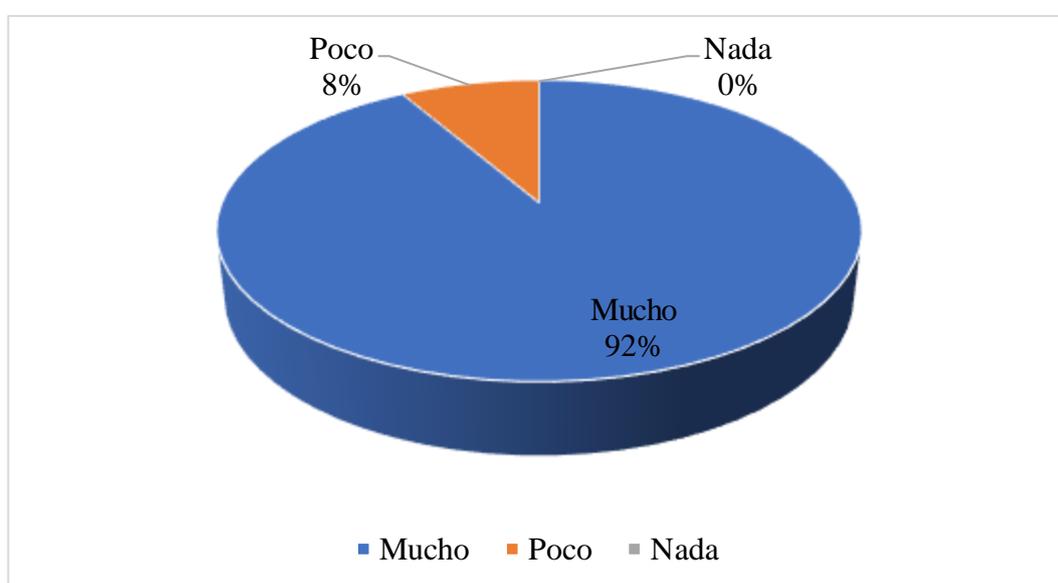


Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados un juez que corresponde al 4% manifiesta que existe una deficiente regulación del derecho, veintitrés que corresponde al 96% responden que los cuestionamientos a la legitimidad de las normas que han sido utilizadas para regular el derecho a la consulta previa, libre e informada se deben a la incompatibilidad de las normas con la Constitución y los tratados internacionales. El derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada solo puede ser normado a través de la promulgación de una ley orgánica expedida por la Asamblea Nacional, las normas con las que se ha pretendido regular su ejercicio cuentan con dos debilidades sustanciales por un lado no tienen la categoría de ley orgánica y por otro son incompatibles con lo señalado en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT.

Pregunta 4.- El derecho a la consulta previa, libre e informada favorece la participación ciudadana de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Mucho	22	92%
Poco	2	8%
Nada	0	0%
TOTAL	24	100%



Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados veintidós jueces que corresponde al 92% manifiestan que el derecho a la consulta previa, libre e informada favorece la participación ciudadana de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, dos jueces encuestados que corresponden al 8% responden que la favorece poco. Para que la consulta previa se convierta en un medio de participación ciudadana esta debe ser acompañada de mecanismos que la hagan viable, así como de la elaboración de políticas integrales que promuevan y protejan por encima del propio interés estatal el derecho de sus beneficiarios a participar y a decidir sobre sus territorios.

Pregunta 5.- ¿Qué causas han impedido o limitado el ejercicio de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta previa, libre e informada?

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Falta de una ley orgánica que regule el derecho a la consulta previa, libre e informa.	15	62%
Escasos espacios de participación en favor de estos grupos	6	25%
Declaratoria de propiedad estatal de los recursos ubicados en territorios ancestrales.	3	13%
TOTAL	24	100%

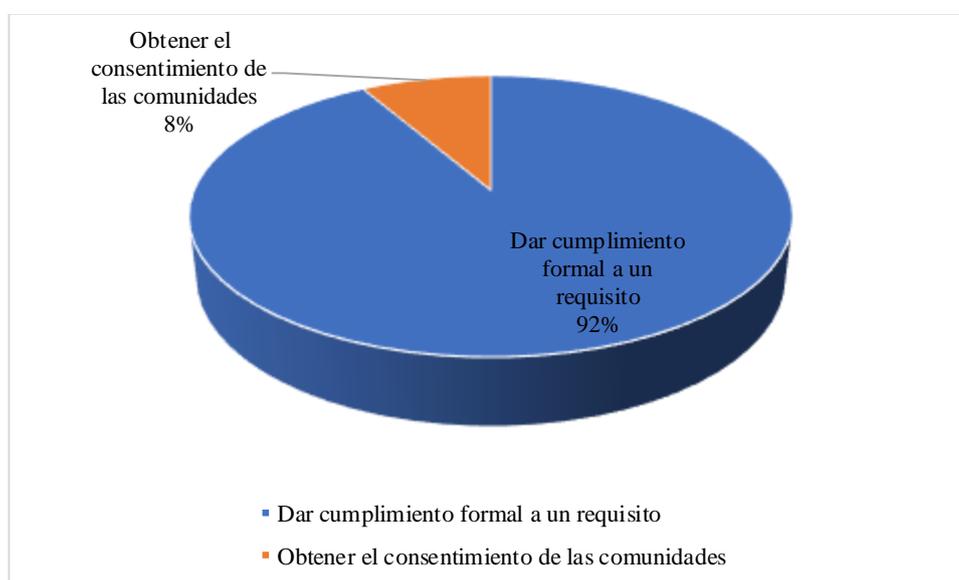


Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados, quince jueces que corresponde al 62% manifiestan que la falta de una ley orgánica que regule el derecho a la consulta previa, libre e informada es una de las causas impiden el ejercicio de este derecho, el 25% responde que se debe a los escasos espacios de participación en favor de estos grupos y el 13% responde que la declaratoria de propiedad estatal de los recursos ubicados en territorios ancestrales. Se ratifica la falta de la ley orgánica como el mayor impedimento para el ejercicio del derecho, esta ley debe ser consultada con los pueblos indígenas para que se dé la regulación progresiva de los derechos colectivos de los indígenas.

Pregunta 6.- De acuerdo a la posición asumida por el Estado ecuatoriano en los procesos consulta previa libre e informada, esta ha servido para:

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Dar cumplimiento formal a un requisito	22	92%
Obtener el consentimiento de las comunidades	2	8%
TOTAL	24	100%

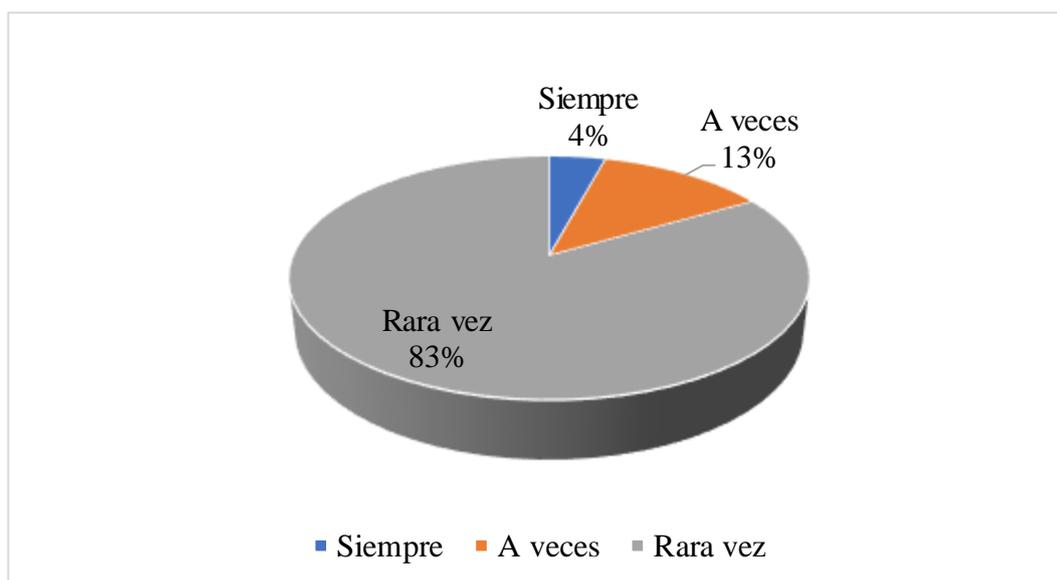


Análisis e interpretación:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados, dos jueces que corresponde al 8% manifiesta que de acuerdo a la posición asumida por el Estado ecuatoriano en los procesos de consulta previa libre e informada, esta ha servido para obtener el consentimiento de las comunidades. El 92% manifiesta que ha buscado obtener el consentimiento de las comunidades. Se observa el carácter formal que desde el Estado se le ha otorgado a la consulta, entendida como un mecanismo para socializar, para llegar a un acuerdo, más la decisión de las comunidades no ha sido considerada vinculante porque esta queda sujeta a las competencias propias del presidente de la República para tomar decisiones sobre las que tiene atribuciones.

Pregunta 7.- El Estado ecuatoriano da cumplimiento a la normativa internacional que garantiza los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Siempre	1	4%
A veces	3	13%
Rara vez	20	83%
TOTAL	24	100%

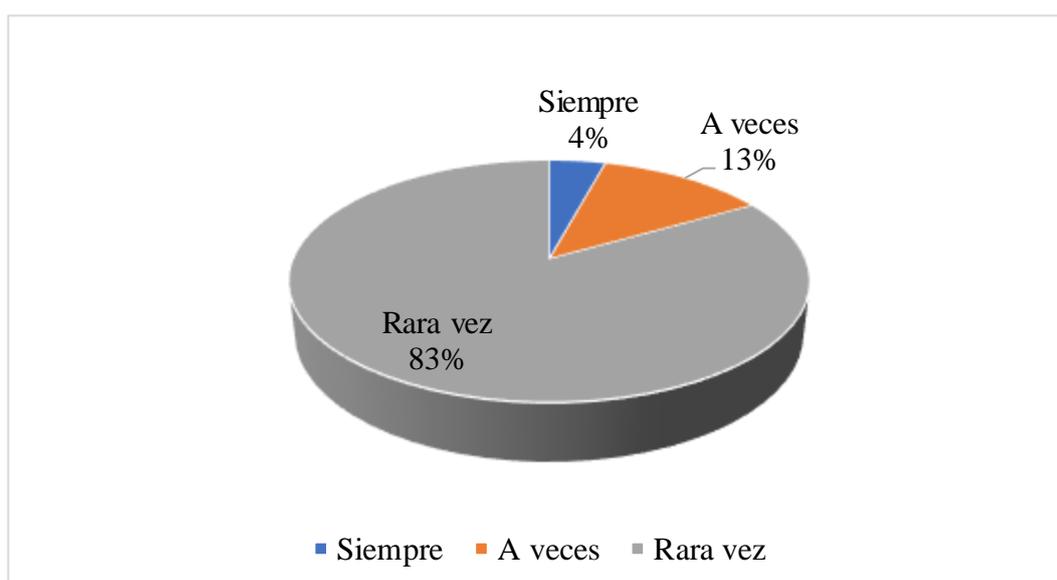


Análisis:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados, un juez que corresponde al 4% respondió que siempre el estado ecuatoriano da cumplimiento a la normativa internacional que garantiza los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tres jueces que corresponden al 13% manifiesta que a veces, veinte jueces que corresponden al 83% responde que rara vez. No se cumple a cabalidad con la normativa internacional en materia de protección de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, principalmente ante la existencia de intereses estatales.

Pregunta 8.- Los instrumentos de derecho internacional han servido como un mecanismo de diálogo entre el Estado y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Siempre	1	4%
A veces	3	13%
Rara vez	20	83%
TOTAL	24	100%



Análisis:

De la totalidad de jueces de garantías jurisdiccionales encuestados un juez que corresponde al 4% respondió que a siempre los instrumentos de derecho internacional han servido como un mecanismo de diálogo entre el estado y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tres jueces que corresponden al 13% manifiesta que a veces, veinte jueces que corresponden al 83% responde que rara vez estos han servido como un mecanismo de diálogo entre el estado y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. A pesar de la diversidad de instrumentos vigentes en el derecho internacional y que han sido suscritos por el estado ecuatoriano, no siempre estos son aplicados en beneficios de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, principalmente cuando existen intereses estatales en la explotación de los recursos naturales.

Estudio de los artículos normativos sobre la efectiva materialización del derecho constitucional a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

Casos del objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>Derechos colectivos Constitución Política de la República del Ecuador (1998)</p>	<p>Art. 3. Son deberes primordiales del Estado: 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. Art. 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afro ecuatorianos forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Art. 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 5. Ser consultado 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 participar en los beneficios que esos proyectos reporte, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.</p>
<p>Derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas Constitución de la República del Ecuador (2008)</p>	<p>Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente, participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no</p>

	<p>se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforme a la Constitución y la ley.</p> <p>17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.</p> <p>Art. 398. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado, y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.</p>
<p>Garantías de derechos humanos Declaración Universal de derechos Humanos</p>	<p>Art. 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía</p>
<p>Derechos de los pueblos indígenas Convenio 169 OIT</p>	<p>Art. 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:</p> <p>(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;</p> <p>(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin</p> <p>Art 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.</p>

	<p>Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.</p> <p>Art. 15. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.</p>
--	--

Análisis

En la Constitución del Ecuador del año 1998 se concibe a la diversidad como una caracterización de grupos humanos que cuentan con un conjunto de elementos comunes como son: identidad, cultura, costumbres ancestrales, de esta forma se reconoce y se protege el desarrollo y fortalecimiento de las comunidades y pueblos indígenas, se reconocen por primera vez producto de la presión del movimiento indígena los derechos colectivos como parte de los derechos comunes a las nacionalidades y comunidades indígena. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, permitieron un posicionamiento diferente de estos grupos sociales frente a los conflictos socioambientales.

La Constitución aprobada en el año 2008 complementa los derechos colectivos que se garantizaban en la Constitución de 1998, el derecho a la consulta previa fue una de las innovaciones implementadas en este marco legal, para ejercitar este derecho es necesario un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades

requeridos para ponerlos en ejecución. La comunidad para poder participar en la consulta debe conocer de qué forma los proyectos que se van a ejecutar puede provocar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y político.

La Declaración Universal de derechos Humanos en el art. 2 reconoce los derechos de igualdad comunes a todos los seres humanos sin establecer distinción. La noción de igualdad como principio básico de la declaración reafirma la existencia de prerrogativas inherentes a las personas aplicando un rasero de igualdad que va más allá de las características individuales de cada persona, esta cualidad común que iguala a todos los individuos de la especie humana permite el disfrute de derechos básicos. De acuerdo a esta disposición los miembros de las comunidades indígenas deben recibir el mismo trato y tener el acceso a los mismos derechos sin ser objeto de ningún tipo de discriminación, esta idea de igualdad se relaciona con la justicia, permite reconocer al otro como igual siendo merecedor del mismo trato, dignidad y derechos

El derecho a la consulta previa, libre e informada, forma parte de un soporte conceptual que permite el ejercicio de los demás derechos colectivos, desde su aprobación son múltiples los problemas que han impedido su ejercicio, entre los principales se encuentra la falta de una ley orgánica y la imposición del interés estatal sobre los derechos colectivos de los indígenas. Esto es un importante indicador de que este derecho más que responder a mejorar las condiciones de vida de sus beneficiarios fue incluido en el marco constitucional como producto de la coyuntura electoral de la época en la que se aprobó la Constitución de Montecristi.

El establecimiento de apropiados medios para la realización de los procesos de consulta a los pueblos y comunidades indígenas es considerado la piedra angular del Convenio 169 de la OIT, al ser su aplicación plena uno de sus principales desafíos. Los art. 6.1 y 7.1 son disposiciones claves del Convenio 169 establecen la obligación de que los pueblos indígenas puedan participar de forma eficaz en los procesos de toma de decisiones en relación a implementación de medidas que puedan afectar tanto sus derechos como sus intereses. Mediante la consulta el Convenio 169 de la OIT busca garantizar la participación efectiva de los pueblos

indígenas y a la vez limitar el poder del estado sobre la forma de vida de los miembros de estas comunidades.

CONCLUSIONES

En el Ecuador con la promulgación de la Constitución del año 2008, se ratifica el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que previamente habían sido reconocidos por la Constitución de 1998, se incorpora el derecho a la consulta previa, libre e informada para reconstruir la relación entre el estado y los pueblos indígenas. De esta manera queda el Estado obligado a realizar la explotación de los recursos naturales en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales, constituyéndose la consulta previa, libre e informada en una precondition básica necesaria para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación.

A pesar de recibir la categoría de mandato constitucional en el Ecuador el derecho a la consulta previa, libre e informada en la práctica no es considerado un requisito previo o una obligación asumida por iniciativa propia por parte del estado en la construcción de obras con impacto ambiental. En los casos en los que se ha realizado el ejercicio de este derecho o se han iniciado acciones para su ejecución previamente ha tenido que mediar una decisión judicial mediante la que se ha dejado claramente establecida la obligación del Estado a consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

La falta de una ley orgánica que regule el ejercicio del derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta previa, libre e informada es la mayor limitación en cuanto a su ejercicio. La normativa dictada no cumple con los requisitos dispuestos en la Constitución del Ecuador, viola los principios y estándares jurídicos contenidos en los instrumentos de derecho internacional, además de que no considera la cosmovisión, costumbres, principios y saberes de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. La falta de legitimidad de esta normativa ha provocado cuestionamientos sobre la escasa voluntad del Estado para garantizar los derechos colectivos.

RECOMENDACIONES

Que las organizaciones ambientalistas y de derechos humanos inicien campañas informativas dirigidas a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para difundir el alcance de los derechos colectivos, derechos ambientales y el derecho a la consulta previa, libre e informada. A fin de que se promueva la participación ciudadana como parte de una práctica incluyente que democratiza la sociedad, contribuye a reducir los niveles de desigualdad y exclusión, y libera las potencialidades individuales y colectivas de los indígenas para contribuir al desarrollo y bienestar del país.

Que los Colegios de Abogados del país soliciten a la Asamblea Nacional la integración de una comisión a fin de que se revisen las condiciones, el estado y los resultados de los procesos que se han ejecutado para el ejercicio del derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades. Además de la revisión integral de las obras con impacto ambiental realizadas en los territorios de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades en los que no se hayan desarrollado procesos de consulta previa libre e informada.

Que las organizaciones ambientalistas y de derechos humanos soliciten a la Asamblea Nacional la elaboración de la ley orgánica que establezca el procedimiento, requisitos y las condiciones para el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades. Además de las sanciones señaladas por la violación de este derecho por el incumplimiento estatal y de las empresas privadas en caso de que se atentare contra este derecho constitucional.

REFERENCIAS

Bibliografía

- Organización Internacional del Trabajo. (1957). *Convenio 107*.
- Albán, J. (2003). *Participación, consulta previa y participación petrolera*. Quito: FLACSO.
- Ansuátegui, F. (2002). *Una discusión sobre los derechos colectivos*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449.
- Asamblea de la Organización Internacional de Trabajo. (1989). *Convenio 169 OIT*. Ginebra: OIT.
- Asamblea de la Organización Internacional del Trabajo. (1957). *Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribuales*. Ginebra: OIT.
- Asamblea de Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales*. El Salvador: OEA.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris: Organización de Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. ONU.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales*. ONU.
- Asamblea General de Organización de Estados Americanos. (2016). *Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Washington: OEA.
- Asamblea Nacional de las Naciones Unidas. (1976). *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*. ONU.
- Asamblea Nacional de Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco: ONU.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley de Minería*. Quito: Registro Oficial 517.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Quito: Registro Oficial 303.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. Quito: Registro Oficial 175.
- Avila, M. (2015). *Consulta previa; normas para la tutela judicial efectiva*. Quito: Universidad Andina.

- Cabodevilla, À., & Berraondo, M. (2005). *Pueblos no contactados ante el reto de los derechos humanos un camino de esperanza para los Tagaeri y Taromenane*. Quito: Centro de Investigaciones Culturales de la Amazonia Ecuatoriana.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa libre e informada*. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental.
- Cijiao, M. (2002). *Fortalecimiento de la capacidad de defensa legal de los pueblos indígenas en América Central*. San José: OIT.
- Congreso de la República de Perú. (2011). *Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios*. Lima : Archivo digital de la Legislación del Perú.
- Congreso Indigenista . (1940). *Convenio Patzcuaro* . Patzcuaro.
- Congreso Nacional del Ecuador. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 1.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2004). *Ley de Gestión Ambiental*. Quito: Registro Oficial 418.
- Consejo de la Administración Legislativa . (2012). *Instructivo para la aplicación de la Consulta Pre – Legislativa por los derechos Colectivos de las Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*. Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Corte Constitucional Colombiana . (1998). *Sentencia T – 652* . Bogotá : Corte Constitucional .
- Dávalos, P. (2003). *Plurinacionalidad y poder político en el movimiento indígena ecuatoriano*. Quito: OSAL.
- Domínguez, A. (2013). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Barcelona: Ediar.
- Estrada, E. (2012). *Derechos de Tercera Generación*. Guadalajara: Universidad Panamericana .
- Ferrajoli, L. (2013). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- Galeano, E. (1994). *Uselo y tirelo* . Montevideo: Planeta.
- Gil, Á. (2014). *Tendencias actuales del Derecho" en Tendencias Actuales del Derecho*. México : Universidad Nacional Autónoma de México .
- Gómez, F. (2013). *El caso Awas Tingni: Derechos Humanos entre lo global y lo local*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Grijalva, A. (2016). *Qué son los derechos colectivo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Gutierrez, J., & Rodríguez, J. (2016). *Los derechos colectivos en México*. Recuperado el 20 de Abril de 2018, de http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoadministrativo/RODRIGUEZ_BORBON.pdf

- Hermosa, H. (2014). *De los derechos colectivos de los pueblos indígenas al neoconstitucionalismo andino*. Quito: Abya Yala.
- Londoño, B. (2009). *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- López, J. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Recuperado el 4 de Mayo de 2018, de Centro de Derechos Económicos y Sociales:
<http://cdes.org.ec/web/wp-content/uploads/2016/05/La-consulta-previa-libre-e-informada-en-el-Ecuador-1.pdf>
- Martínez, A. (2015). *La jurisdicción universal como instrumento de protección de los pueblos indígenas*. Madrid: Fundación Internacional Baltazar Garzón.
- Melo, M. (2004). *De la consulta previa informada al conocimiento previo informado; un camino que urge recorrer*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales.
- Menéndez, A. (2004). *El marco Constitucional de la Financiación de las Comunidades Autónomas*. Castilla: Revista Jurídica de Castilla y León.
- Merino, L. (2006). *El manejo de los recursos de uso común: Derechos indígenas, desarrollo de un modelo de recursos comunitarios*. México: Fundación Ford.
- Ministerio de Energía y Minas del Ecuador. (2002). *Reglamento de Consulta y participación para la realización de actividades hidrocarburífera*. Quito: Decreto Ejecutivo 3401.
- Ministerio del Interior de Colombia. (2013). *Protocolos de Coordinación Institucional para la Consulta Previa*. Bogotá: Diario Oficial .
- Pérez, A. (2006). *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Pamplona: Aranzandi.
- Pinto, V. (2014). *Implementación del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en la región andina: avances y desafíos*. Recuperado el 18 de Mayo de 2018, de Giz:
http://infoindigena.org/images/Publicaciones_generales/Consulta_Previa/GIZ-2013_Vladi_Pinto_Implementacion_Consulta_Previa.pdf
- Presidencia de la República de Colombia . (2013). *Guía para la Realización de la Consulta Previa*. Bogotá: Diario Oficial .
- Rodríguez, A. (2017). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, C. (2012). *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.
- Rojas, F. (2011). *Los derechos individuales y derechos colectivos en la consttucción del pluralismo jurídico en América Latina*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung.
- Sanborn, C. (2016). *Consulta Previa en el Perú: Avances y retos*. Recuperado el 20 de Mayo de 2018, de
<http://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf?sequence=6>

Sentencia N. 0 001-10-SIN-CC, 0008-09-IN Y 0011-09-IN (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Marzo de 2010). Recuperado el 18 de Mayo de 2018, de https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf

Sotomayor, C. (2013). *El derecho a la consulta previa, libre e informada en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa*. Recuperado el 13 de Mayo de 2018, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6987/13.J01.001670.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Trujillo, J. (2013). *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Velasco, J. (2014). *La consulta previa, libre e informada, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos del Ecuador y su efectiva aplicación en la explotación de los recursos mineros*. Recuperado el 19 de Abril de 2018, de Universidad de las Américas: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2202/1/UDLA-EC-TAB-2014-60.pdf>

Fuentes Electrónicas

Gutiérrez, J., & Rodríguez, J. (2016). *Los Derechos Colectivos En México*. Recuperado El 20 De Abril De 2018, De Http://Www.Juridicaformativa.Uson.Mx/Memorias/V_Coloquio/Doc/Derechoadministrativo/Rodriguez_Borbon.Pdf

López, J. (2016). *La Consulta Libre, Previa E Informada En El Ecuador*. Recuperado El 4 De Mayo De 2018, De Centro De Derechos Económicos Y Sociales: <Http://Cdes.Org.Ec/Web/Wp-Content/Uploads/2016/05/La-Consulta-Previa-Libre-E-Informada-En-El-Ecuador-1.Pdf>

Pinto, V. (2014). *Implementación Del Derecho A La Consulta Previa A Los Pueblos Indígenas En La Región Andina: Avances Y Desafíos*. Recuperado El 18 De Mayo De 2018, De Giz: Http://Infoindigena.Org/Images/Publicaciones_Generales/Consulta_Previa/Giz-2013_Vladi_Pinto_Implementacion_Consulta_Previa.Pdf

Sanborn, C. (2016). *Consulta Previa En El Perú: Avances Y Retos*. Recuperado El 20 De Mayo De 2018, De <Http://Repositorio.Up.Edu.Pe/Bitstream/Handle/11354/1195/Di6.Pdf?Sequence=6>

Sentencia N. 0001-10-Sin-Cc, 0008-09-In Y 0011-09-In (Corte Constitucional Del Ecuador 18 De Marzo De 2010). Recuperado El 18 De Mayo De 2018, De https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/sube_y_baja/sube_y_baja3/sentencia_mineros.pdf

Sotomayor, C. (2013). *El Derecho A La Consulta Previa, Libre E Informada En El Instructivo Para La Aplicación De La Consulta Prelegislativa*. Recuperado El 13 De Mayo De 2018, De <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6987/13.J01.001670.pdf?sequence=4&isallowed=Y>

Velasco, J. (2014). *La Consulta Previa, Libre E Informada, Un Derecho Fundamental De Los Pueblos Indigenas Y Grupos Étnicos Del Ecuador Y Su Efectiva Aplicación En La Explotación De Los Recursos Mineros*. Recuperado El 19 De Abril De 2018, De Universidad De Las Américas: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2202/1/udla-ec-tab-2014-60.pdf>

Fuentes Normativas

Carta De Las Naciones Unidas. Asamblea Nacional De Naciones Unidas. San Francisco: Estados Unidos De Norteamérica. 26 De Junio De 1945

Código Orgánico De Organización Territorial, Autonomía Y Descentralización. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 303. Quito: Ecuador. 19 De Octubre Del 2010

Constitución Del Ecuador. Registro Oficial De La República Del Ecuador 449. Quito: Ecuador. 20 De Octubre De 2008.

Constitución Política De La República Del Ecuador. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 1. Quito: Ecuador. 11 De Agosto De 1998.

Convenio 169 Oit. Asamblea De La Organización Internacional De Trabajo. Ginebra: Suiza. 27 De Junio De 1989.

Convenio Sobre Poblaciones Indígenas Y Tribuales. (1957). Asamblea De La Organización Internacional Del Trabajo. Ginebra: Suiza. 26 De Junio De 1957.

Declaración Americana De Los Derechos De Los Pueblos Indígenas. Asamblea General De Organización De Estados Americanos. Washington: Estados Unidos De Norteamérica. 14 De Junio De 2016.

Declaración De Las Naciones Unidas Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas. Asamblea General De Las Naciones Unidas. Nueva York: Estados Unidos. 13 De Diciembre Del 2007.

Declaración Universal De Derechos Humanos. Asamblea General De Las Naciones Unidas. Francia: Paris. 10 De Diciembre De 1948.

Declaración Universal De Los Derechos De Los Pueblos. Asamblea General De Naciones Unidas. Nueva York: Estados Unidos. 4 De Julio De 1976

Instructivo Para La Aplicación De La Consulta Pre –Legislativa Por Los Derechos Colectivos De Las Comunas, Comunidades, Pueblos Y Nacionalidades Indígenas. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 733. Quito: Ecuador. 27 De Junio Del 2012.

Ley De Gestión Ambiental. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 418. Quito: Ecuador. 10 De Septiembre Del 2004.

Ley De Minería. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 517. Quito: Ecuador. 29 De Enero Del 2009.

Ley Orgánica De Participación Ciudadana. Registro Oficial De La República Del Ecuador N° 175. Quito: Ecuador. 20 De Abril Del 2010.

Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales, Culturales. Asamblea General De Naciones Unidas. Nueva York: Estados Unidos. 16 De Diciembre De 1966.

Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos Sociales Y Culturales. Asamblea De Organización De Estados Americanos. San Salvador: El Salvador. Noviembre De 1988

Reglamento De Consulta Y Participación Para La Realización De Actividades
Hidrocarburífera. Decreto Ejecutivo 3401. Quito: Ecuador. 2 De Diciembre
Del 2012.

ANEXOS

Anexo 1. Formulario de la Encuesta



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Tema: Materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo al art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador.

Encuesta a Jueces de Garantías Jurisdiccionales

Pregunta 1.- Tomando en cuenta la normativa existente de los siguientes tipos de consulta: ¿Cuál es la que presenta mayores limitaciones para su materialización y ejercicio?

- (1) Consulta ambiental
- (2) Consulta prelegislativa
- (3) Consulta previa, libre e informada

Pregunta 2.- ¿Cuál de los siguientes factores han incidido en la vulneración de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador?

- (1) Escaso interés del Estado en garantizar los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas
- (2) Focalización del Estado en el desarrollo de políticas para la extracción y aprovechamiento de los recursos naturales

Pregunta 3.- Los cuestionamientos a la legitimidad de las normas que han sido utilizadas para regular derecho la consulta previa, libre e informada se deben a:

- (1) Deficiente regulación del derecho

- (2) Incompatibilidad de las normas con la constitución y los tratados internacionales

Pregunta 4.- El derecho a la consulta previa, libre e informada favorece la participación ciudadana de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

- (1) Mucho
- (2) Poco
- (3) Nada

Pregunta 5.- ¿Qué causas han impedido o limitado el ejercicio de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta previa, libre e informada?

- (1) Falta de una ley orgánica que regule el derecho a la consulta previa, libre e informada.
- (2) Escasos espacios de participación en favor de estos grupos
- (3) Declaratoria de propiedad estatal de los recursos ubicados en territorios ancestrales.

Pregunta 6.- De acuerdo a la posición asumida por el Estado ecuatoriano en los procesos consulta previa libre e informada, esta ha servido para:

- (1) Dar cumplimiento formal a un requisito
- (2) Obtener el consentimiento de las comunidades

Pregunta 7.- El estado ecuatoriano da cumplimiento a la normativa internacional que garantiza los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

- (1) Siempre
- (2) A veces
- (3) Rara vez

Pregunta 8.- Los instrumentos de derecho internacional son un mecanismo de diálogo entre el Estado y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

- (1) Siempre
- (2) A veces
- (3) Rara vez



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano, con C.C: # 1309086369 autora del trabajo de titulación: **Materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo al art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador** previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 14 de junio del 2018

f. _____

Abg. Alexandra Marixela Chalacamá Zambrano

C.C: 1309086369



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Materialización del derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdo al art. 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador.		
AUTOR(ES):	Chalacamá Zambrano Alexandra Marixela		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Nuques Martínez, Hilda Teresa		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	8 de noviembre del 2018	No. DE PÁGINAS:	57
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho a la consulta previa, libre e informada, derechos colectivos.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>La afectación del medio ambiente por explotación o extracción de los recursos naturales tradicionalmente ha sido el sustento de la economía de los estados. El Ecuador basa su economía en la explotación petrolera y minera en menor grado, paralelamente se ejecutan una gran cantidad de obras con impacto ambiental alterando el ecosistema y de la vida de los habitantes de las comunidades. Con la finalidad de proteger los derechos de estos grupos la Constitución aprobada en el año 2008 incluyó el derecho la consulta previa, como un mecanismo para el reconocimiento de los derechos colectivos y para oponerse a normas y políticas excluyentes que lesionen los derechos de los habitantes a vivir en un ambiente sano. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas les ha otorgado facultades para que estos tomen posiciones frente al uso de los recursos con los que cuentan sus territorios y puedan decidir en caso de conflictos socio ambientales, sin embargo, dada la importancia de estos recursos declarados estratégicos por la propia carta magna y su relevancia para la economía estatal se ha limitado el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en temas relacionados con la explotación de los recursos existentes en sus territorios. Al no existir una regulación al proceso de consulta se lesiona el derecho a las comunidades afectadas, lo que ha dado paso a un debate interno y graves conflictos socio ambientales, que dejan en evidencia un sistema jurídico con vacíos legales que no garantizan los derechos constitucionales.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono:0980609277	E-mail: marixela_1976@outlook.es	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Nuques Martínez, Hilda Teresa		
	Teléfono: 0998285488		
	E-mail: tनुques@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			