

# UNIVERSIDAD DE CUENCA



## Facultad de Jurisprudencia, y Ciencias Políticas y Sociales

### Carrera de Derecho

El reconocimiento, aplicación e implicaciones del derecho colectivo a la Consulta prelegislativa en el Ecuador dirigido a los pueblos indígenas, montubios y afroecuatorianos.

Trabajo de titulación previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

#### **Autora:**

María Belén Bernal Ochoa

C.I. 0105565550

Correo: belenbernal97@yahoo.com

#### **Director:**

Abg. Vicente Manuel Solano Paucay MgsC

C.I. 0105017289

Cuenca - Ecuador

03-diciembre-2021



## Resumen

Este trabajo de investigación resalta el reconocimiento, avance y regulación actual que se tiene en el Ecuador sobre los derechos colectivos de los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades indígenas, pueblos montubios y afroecuatoriano, con especial énfasis en la consulta prelegislativa, figura que a pesar de ser reconocida en el Convenio 169, recién fue incluida en la Constitución de 2008 pero de manera parcial.

El estudio parte de un análisis histórico, con el fin de dar a conocer los sucesos más importantes para el reconocimiento de los derechos colectivos en el país, así como también se utilizó el método dogmático y descriptivo ya que se da a conocer las particularidades de la consulta prelegislativa y el marco normativo que existe a su alrededor, tanto nacional como internacional.

Teniendo como resultados importantes, el hecho de que si bien hay un avance en el reconocimiento de los derechos colectivos con la actual Constitución, respecto a la figura de la consulta prelegislativa hay una gran brecha entre lo que se encuentra regulado a nivel internacional y lo que se tiene en la normativa ecuatoriana, puesto que del análisis realizado no se cumplen de manera total con las características necesarias de la consulta para constituirse como un verdadero medio de participación de las colectividades y se tiene una visión bastante limitada del campo de acción de esta institución.

Por lo que es necesario una regulación que se adecue a los parámetros internacionales y considere el verdadero fin de la consulta, esto es, garantizar la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades cuando se traten medidas ya sean administrativas o legislativas que puedan afectar sus derechos en general.



## **Palabras Claves**

Derechos colectivos. Consulta prelegislativa. Convenio 169. Declaración de las Naciones Unidas. Instructivo. Participación. Colectivos. Pueblos.



## **Abstrac**

This investigation highlights the recognition, progress and current regulation that Ecuador has on the collective rights of towns, communities, communes and indigenous people, Montubio and Afro-Ecuadorian people, with special emphasis on the pre-legislative consultation, a figure that despite being recognized in the 169 Convention, it was only partially included in the 2008 constitution.

The study starts from a historical analysis, in order to publicize the most important events for the recognition of collective rights in the country, as well as the dogmatic and descriptive method as it reveals the particularities of the pre-legislative consultation and the entire regulatory framework that exists around it, both nationally and internationally.

Having as important results, the fact that although there is progress in the recognition of collective rights with the current Constitution, with respect to the figure of pre-legislative consultation, there is a large gap between what is regulated at the international level and what is observed in the Ecuadorian regulations, since the analysis carried out does not fully comply with the necessary characteristics of the consultation to become a true means of participation of the communities and there is a rather limited vision of the field of action of this institution.

Therefore, a regulation that fits to international parameters and considers the true purpose of the consultation is necessary, that is, to guarantee the participation of communes, communities, people and nationalities when dealing with administrative or legislative measures that may affect their rights.



## **Keywords**

Collective rights. Pre-legislative consultation. Convention 169. United Nations Declaration. Instructions. Participation. Collectives. People.



## Tabla de contenidos

### Contenido

Resumen .....	2
Abstrac.....	4
Tabla de contenidos .....	6
Índice de abreviaturas.....	8
Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional. 10	
Cláusula de Propiedad Intelectual .....	10
Dedicatoria.....	12
Agradecimientos.....	13
Introducción.....	14
1. Capítulo I: Reconocimiento de los derechos colectivos.....	16
1.1 Escenario ecuatoriano .....	16
1.1.1 Crítica a los derechos colectivos. ....	26
1.2 Escenario Internacional.....	30
1.3 Normativa referente a los derechos colectivos .....	37
1.3.1 Normativa ecuatoriana-Constitución del 2008.....	38
1.3.2 Normativa Internacional.....	44
Capítulo II: Reconocimiento del derecho a la consulta prelegislativa .....	54
2.1 La consulta como mecanismo de participación .....	54
2.2 Diferentes tipos de consultas .....	60
2.3 Regulación de la consulta prelegislativa.....	62
2.3.1 Convenio 169 .....	64
2.3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	66
2.3.3 Otras fuentes del derecho a la consulta prelegislativa.....	68
2.3.4 Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa.....	70
2.3.4.1 Fase de preparación.....	74
2.3.4.2 Fase de convocatoria pública e inscripción.....	74
2.3.4.3 Fase de la realización de la consulta. ....	75
2.3.4.4 Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta.....	76
2.4 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización	80
2.5 Sentencias de la Corte Constitucional.....	80
2.5.1 Sentencia N.º 023-17-SIN-CC .....	81
2.5.2 Sentencia No. 20-12-IN/20 .....	82



2.6 Medidas legislativas y administrativas .....	84
2.6.1 Medidas legislativas .....	85
2.6.2 Medidas Administrativas.....	90
2.7 Características-requisitos de la consulta prelegislativa.....	96
2.7.1 Procedimiento de la Consulta.....	96
2.7.2 Aspectos sustantivos: .....	98
2.7.3 Aspectos procesales.....	105
2.7.4 Características de la consulta .....	107
Capítulo III: Problemas-limitaciones de la consulta prelegislativa .....	124
3.1 Problemas generales de la consulta prelegislativa .....	124
3.2 Problemas de la consulta prelegislativa en el caso ecuatoriano.....	127
3.2.1 Posicionamiento de los actores .....	128
3.2.2 Problemas de la normativa ecuatoriana.....	128
3.3 Asuntos pendientes de la consulta .....	141
3.4 Consultas comunitarias .....	144
3.5 Nueva tesis del consentimiento.....	146
Conclusiones.....	157
Recomendaciones .....	160
Bibliografía.....	162

## Índice de Tablas

Tabla 1.....	124
--------------	-----

## Índice de Figuras

Figura 1.....	23
Figura 2.....	35
Figura 3.....	40
Figura 4.....	45
Figura 5.....	46
Figura 6.....	72
Figura 7.....	93
Figura 8.....	106
Figura 9.....	122
Figura 10.....	152

**Índice de abreviaturas**

Institución	Abreviatura
<i>Comisión de Expertos Para la Aplicación del Convenio</i>	CEACR
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	CIDH
<i>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i>	CDESC
<i>Comité de Oxford de Ayuda contra el Hambre</i>	OXFAM
<i>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial</i>	CEDR
<i>Comunidad Andina</i>	CAN
<i>Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador</i>	CONAIE
<i>Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombiana</i>	CNOA
<i>Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador</i>	CODENPE
<i>Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas</i>	ECOSOC
<i>Ecuador Runacunapac Riccharimui</i>	ECUARUNARI
<i>Frente Unitario de Trabajadores</i>	FUT
<i>Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos</i>	ACNUDH
<i>Organización de las Naciones Unidas</i>	ONU
<i>Organización de los Estados Americanos</i>	OEA
<i>Organización Internacional del Trabajo</i>	OIT
<i>Organización Nacional Indígena de Colombia</i>	ONIC

Es importante mencionar que a lo largo de este trabajo se utilizará el término Convenio para referirse al Convenio 169, así como también, Declaración y Declaración





de las Naciones Unidas para referirse a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así mismo se utilizarán los términos Instructivo para referirse al Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa y Relator y Relator de las Naciones Unidas para hacer alusión al Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Por último los términos “colectivos, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades”, a pesar de que hay diferencia entre ellos son utilizados indistintamente para referirse en general a los sujetos de derechos colectivos.



## Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

María Belén Bernal Ochoa en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "El reconocimiento, aplicación e implicaciones del derecho colectivo a la Consulta prelegislativa en el Ecuador dirigido a los pueblos indígenas, montubios y afroecuatorianos", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 3 de diciembre de 2021

María Belén Bernal Ochoa

María Belén Bernal Ochoa

C.I: 0105565550



### Cláusula de Propiedad Intelectual

---

María Belén Bernal Ochoa, autora del trabajo de titulación "El reconocimiento, aplicación e implicaciones del derecho colectivo a la Consulta prelegislativa en el Ecuador dirigido a los pueblos indígenas, montubios y afroecuatorianos", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 3 de diciembre de 2021

Ma Belén Bernal O

María Belén Bernal Ochoa

C.I: 0105565550



## **Dedicatoria**

A Dios, por ser mi guía y amparo constante

A mis padres, por apoyarme e inculcarme el amor por la academia

A mi familia, por el cariño incondicional

A Sofía, Ivar y Yara por ser mis compañeros de vida

A Eduardo Esteban por darme su mano siempre



## **Agradecimientos**

Al Dr. Vicente Solano, por su ayuda, tiempo, entrega, dedicación y enseñanza en este largo proceso, para usted solo tengo palabras de agradecimiento.

A mis profesores de la carrera de Derecho y del Consultorio Jurídico por todas sus enseñanzas.

A mi familia, amigos y todas las personas que estuvieron a mi lado brindándome su apoyo.



## **Introducción**

La presente investigación aborda el tratamiento jurídico del derecho colectivo a la consulta prelegislativa para las comunidades, comunas, nacionalidades y pueblos indígenas, montubios y afroecuatoriano, ya que su reconocimiento no ha sido fácil, al contrario, ha conllevado una lucha constante por parte de los colectivos, ya que de acuerdo a la teoría clásica únicamente los individuos podían ser reconocidos como sujetos de derechos, así como también se imponía la visión de la sociedad dominante, sin considerar las distintas ideologías y formas de vida que se presentan en el Ecuador.

Sin embargo, a raíz de la ratificación y aprobación de tratados internacionales como el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas los derechos colectivos han presentado un gran avance, empero, en la Constitución de 2008 a pesar que se reconoció la consulta prelegislativa, se lo hizo de forma limitada, es decir, haciendo restricciones que no correspondían a lo regulado en los tratados internacionales y presentándose ciertas particularidades en la normativa y realidad ecuatoriana.

Por todo esto, la investigación se centra en tres capítulos. El primero trata la historia del reconocimiento de los derechos colectivos, cómo ha evolucionado la normativa tanto nacional como internacional referente a los mismos, los avances y retrocesos que se han dado, así como la crítica que se ha desarrollado en torno a su reconocimiento.

Posteriormente, el segundo capítulo es dedicado al análisis de la consulta como un medio de participación, los diferentes tipos de consulta que existen, la regulación de la consulta prelegislativa en el ámbito nacional como internacional, esto es, en el Convenio 169, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos



Indígenas, Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa y varias sentencias de la Corte Constitucional, para finalmente explicar de manera minuciosa cada una de las características, aspectos y requisitos que debe contener la consulta prelegislativa.

Por último, en el tercer capítulo se hace un estudio de los problemas y obstáculos que se presentan al momento de la materialización del derecho constitucional a la consulta prelegislativa, mediante un análisis en el cual se contrasta el ideal de los requisitos de la consulta con lo regulado y aplicado en el Ecuador. Así también en este capítulo se detallan las consultas comunitarias como una alternativa a la falta de regulación por parte de los estados y la nueva tesis del consentimiento, la cual ha empezado a tener espacio en los debates jurídicos.



## 1. Capítulo I: Reconocimiento de los derechos colectivos

### 1.1 Escenario ecuatoriano

Los pueblos latinoamericanos han tenido una historia llena de luchas, sin embargo, la principal fue aquella que permitió la descolonización, buscando una verdadera emancipación de todos los habitantes de aquel entonces, empero, esto no fue así ya que solo ciertos grupos subieron al poder y consecuentemente fueron acreedores de derechos, olvidando a gran parte de la población, principalmente a los indígenas y afrodescendientes (Tuaza Castro, 2020), es decir no fueron incluidos de forma trascendental (Endara, 2000), a pesar que fueron grupos muy importantes para la independencia.

Es por eso que en las primeras Constituciones de las nacientes Repúblicas nada se dice sobre estas personas, pese a las condiciones penosas de vida que tenían, al contrario, se delegó su administración al sector privado, específicamente a la Iglesia Católica, evidencia de esto es la Constitución del Ecuador de 1830 en la que se nombra a los curas como tutores y padres naturales de la “inocente, abyecta y miserable raza indígena”<sup>1</sup> (Asamblea Constituyente, 1830, pág. 13), quedando únicamente como objetos de ayuda en el trabajo de las grandes haciendas (Tuaza Castro, 2020), es más, eran considerados como salvajes que estaban en transición a ser ciudadanos, lo cual se lograba específicamente mediante la tutela de los padres religiosos (Barié, 2003).

Hubieron muchos reclamos a los gobiernos, no obstante los mismos fueron ignorados en reiteradas ocasiones, la mínima respuesta que recibieron fue la eliminación

---

<sup>1</sup> Artículo 68.- Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.





del concertaje<sup>2</sup> (Endara, 2000), sin embargo, entrando el siglo XX varios países, entre esos Ecuador se empezaron a preocupar por estos grupos, ya que al ser considerados como una raza inferior podían ser manipulados fácilmente por partidos políticos acorde a sus intereses, así mismo habían ideas de llevar a cabo un mejoramiento del país y uno de los “obstáculos” era la no civilización de estos pueblos, es por eso que se empezaron a realizar planes cuyo fin era incluir al indígena dentro del Estado nación blanco-mestizo, proceso conocido como indigenismo, pero este no consistía en un respeto a los pueblos (Tuaza Castro, 2020), sino su fin era lograr alcanzar una “asimilación e integración de estos a la sociedad nacional” (Svampa, 2016, pág. 65).

Es decir, se buscaba una igualdad de forma forzada, queriendo reducir y posteriormente eliminar los espacios y características propias de los indígenas (Barié, 2003), estableciendo varias políticas públicas como la alfabetización, agua entubada, fortalecimiento de la propiedad colectiva de las tierras, la letrización<sup>3</sup>, etc., no con miras a reconocer sus propias características, sino que, mediante estas políticas se puedan incluir al Estado nación de manera igualitaria (Tuaza Castro, 2020).

Posteriormente en 1929 se volvió a mencionar a los indígenas cuando se trataba la asignación de tierras y con una referencia a la protección del obrero campesino, buscándoles asegurar un mínimo de bienestar, luego en 1937 se dictó la Ley de Organización y Régimen de Comunas y su ley complementaria que era el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, en esta se reconoció derechos y obligaciones propios a las comunidades campesinas, sin embargo, era una legislación bastante escasa y que no tenía mayor avance (Barié, 2003).

---

<sup>2</sup> Definición de la RAE: Contrato mediante el cual un indígena se obligaba a realizar trabajos agrícolas de manera vitalicia y hereditaria, sin recibir salario o recibéndolo mínimo.

<sup>3</sup> Construcción de letrinas de uso público en zonas rurales, con el fin de mejorar las condiciones higiénicas.



Más adelante, en la Constitución de 1945 se reconoció el quichua y las demás lenguas aborígenes como parte de la cultura nacional<sup>4</sup>, así como la garantía de representación de un diputado indígena dentro del Congreso Nacional<sup>5</sup>, después en la Constitución de 1946 el Estado reconoció entre sus deberes propender a la cultura del indígena y del campesino<sup>6</sup>, todos estos avances se dieron por la lucha de las distintas organizaciones (Barié, 2003).

Ya en los años 50 y 60, la Misión Andina <sup>7</sup>órgano creado por la OIT se dedicó a llevar a cabo políticas en distintos países como Ecuador, Perú y Bolivia, cuyo fin era la inclusión de los indígenas dentro del Estado nación, las cuales consistían en la construcción de escuelas, el impulso y apoyo a la creación de organizaciones comunitarias, formación de los primeros dirigentes de los cabildos, construcción de caminos vecinales, etc. (Tuaza Castro, 2020). Sin embargo, los pueblos indígenas continuaban atados a la tierra y con constantes vulneraciones a sus derechos, hasta que se promulgó la Ley de Reforma Agraria de 1964, mediante la cual se permitió el acceso de los campesinos a la tierra, situación que era la más reclamada (Endara, 2000).

A pesar de todos los cambios que se dieron, estos no eran suficientes, es por eso que en 1972 se fundó la ECUARUNARI<sup>8</sup> con el fin de impulsar la lucha por la tierra y el reconocimiento de la diversidad étnica, reemplazando a la Federación Ecuatoriana de Indios que ya venía haciendo reclamos desde hace varios años atrás, esto fue el paso para que se creen varias organizaciones como la Confederación de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras, la Confederación de las Nacionalidades Indígenas, etc.,

---

<sup>4</sup> Artículo 5.- El castellano es el idioma oficial de la República. Se reconocen el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional.

<sup>5</sup> Artículo 23. 2.1.- Uno por las organizaciones de indios

<sup>6</sup> Artículo 174.c.- Propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino

<sup>7</sup> Su objetivo era lograr una transformación de las precarias y penosas condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas.

<sup>8</sup> Organización indígena conformada por las etnias indígenas cuyo idioma es el quichua.



buscando el reconocimiento de sus derechos, principalmente los relacionados a las tierras, y que se declare al Ecuador como un estado plurinacional e intercultural, reconociendo así su verdadera realidad (Tuaza Castro, 2020).

Poco después, en la Constitución de 1978 se permitió el voto facultativo a los analfabetos<sup>9</sup>, significando que gran población indígena, montubia y afroecuatoriana acceda a este derecho, ya que la mayoría no asistía a la escuela, esto provocó que los partidos políticos pongan la mira en estos sectores tradicionalmente abandonados (Endara, 2000), así mismo se hizo una mención a los pueblos, reconociendo que en lugares en donde haya mayor población indígena, el sistema educativo utilizará el quichua y otras lenguas como lengua principal y el castellano como lengua de relación intercultural<sup>10</sup>, y por lo tanto se creó el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe (Mantilla, 2014), el mismo que se consolidó en 1988 con la creación de una entidad especial llamada Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (Barié, 2003).

En 1986 líderes de 12 nacionalidades indígenas se unieron y formaron la CONAIE<sup>11</sup>, siendo el órgano político nacional de los indígenas, que buscaba un verdadero cambio dentro del Ecuador a través de la materialización de sus demandas, y en ese mismo año, esta organización en conjunto con otras organizaciones indígenas presentaron al Congreso una propuesta de reforma a la Constitución, conocida como la Ley de Nacionalidades Indígenas, esta ley recogía derechos como el de recuperar, mantener y promover su cultura, formas de organización, lenguas, costumbres, tradiciones, etc., es

---

<sup>9</sup> Artículo 33.- El voto es universal, igual, directo y secreto, obligatorio para los que sepan leer y escribir y facultativo para los analfabetos. Tendrán derecho a voto los ecuatorianos que hubieren cumplido 18 años de edad y se hallen en goce de los derechos políticos

<sup>10</sup> Artículo 27.-En los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el quichua o la lengua de la cultura respectiva; y el castellano, como lengua de relación intercultural.

<sup>11</sup> Organización que reúne a las nacionalidades, pueblos, comunidades, centros y asociaciones indígenas del Ecuador, cuyos fines son la lucha por la defensa de sus derechos, lucha contra el colonialismo, fortalecimiento de la educación intercultural bilingüe, lograr una igualdad y justicia de toda la sociedad, etc.



por eso que se pedía el reconocimiento de las tierras ancestrales, la educación bilingüe, reconocimiento de sus lenguas, declarar al Estado como plurinacional, etc., lastimosamente la propuesta no fue aceptada, sin embargo, sirvió para que sus reclamos sean visibilizados (Bernal, 2000).

Con todos estos antecedentes en 1990 estalló una huelga indígena que paralizó al país de manera total y posteriormente se creó el partido político Movimiento Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (Barié, 2003), este levantamiento muy organizado permitió que la atención de la sociedad y del gobierno se centre en sus demandas, naciendo así el movimiento indígena contemporáneo (Bernal, 2000).

Estas manifestaciones no solo se dieron en Ecuador sino en varios países más, con motivo de los “500 años de resistencia indígena y popular” y por todo esto las Naciones Unidas declaró desde 1994 hasta 2004 como el Decenio de los Pueblos Indígenas y en este mismo año la CONAIE presentó un proyecto de reformas constitucionales en donde se hablaba principalmente de la propuesta de una Asamblea Constituyente, que si bien en un principio solamente era apoyado por estos grupos, después recibió respaldo de otros grupos políticos que veían a la nueva Constitución como una posibilidad de consolidar sus propios intereses (Bernal, 2000).

En 1996 se aceptó la reforma constitucional en la que se declaraba al Estado como multiétnico y pluricultural (Bernal, 2000) y en ese mismo año el Movimiento Plurinacional Pachakutik-Nuevo País consiguió en las elecciones un diputado nacional, varios provinciales y algunos alcaldes, esto se logró por la posibilidad que daba la Constitución de los candidatos independientes (Barié, 2003), pero su candidato presidencial Freddy Ehlers perdió contra Bucaram.



En los momentos de campaña pululaba la idea de una nueva Constitución, que en un principio se guio por las ideas de consolidar la privatización de la empresa pública, proyecto que se venía desarrollando desde la presidencia de Durán-Ballén, pero en las elecciones fue una de las propuestas del candidato presidencial de Pachakutik-Nuevo País, sin embargo, para el ganador, Abdalá Bucaram, no era algo de tanta importancia (Endara, 2000).

Dentro del gobierno de Bucaram por diversos problemas, diferentes sectores sociales entre los que estaba la CONAIE, el FUT<sup>12</sup> y el Frente Popular<sup>13</sup> se unieron para dar fuerza a las protestas contra el gobierno y es así que el Congreso declaró al presidente como no apto para gobernar y subió al poder Fabián Alarcón, demostrando así su fuerza política, de tal manera que estos sectores pidieron nuevamente que se dé una Asamblea Constituyente. Sin embargo, en ese entonces el conflicto fue la forma de organización de la misma, ya que la CONAIE propuso que los delegados sean elegidos por varias organizaciones sociales y que hayan representantes de todas las nacionalidades indígenas, pero el gobierno en cambio propuso que se elijan representantes de los partidos tradicionales mediante voto popular, por tal motivo no se logró llegar a un acuerdo y se crearon dos constituyentes, una convocada por la CONAIE y otra por elección popular (Bernal, 2000).

Es así que en 1997 el Congreso dio paso a la formación de la Asamblea Constituyente, se convocaron a elecciones para sus representantes y al mismo tiempo la CONAIE seguía con su propuesta de la Asamblea Constituyente del Pueblo, la misma que se organizó en comisiones y llevó a cabo varias sesiones en las que se trataron temas relacionados con el carácter del Estado, derechos colectivos, derechos ambientales, la

---

<sup>12</sup> Frente Unitario de Trabajadores, el mismo que se creó en 1988 como resultado de la convergencia de las centrales nacionales de trabajadores.

<sup>13</sup> Unión de varias organizaciones populares creado en 1987



corrupción, los derechos indígenas, la declaración del Estado como plurinacional, etc., producto de todo esto se aprobó una Constitución, pero evidentemente esta no iba a ser la nueva Constitución del Ecuador, sin embargo, fue un avance ya que este cuerpo normativo permitió que sus opiniones e ideas se hagan públicas y posteriormente sean tomadas en cuenta (Bernal, 2000).

Por otro lado, la Asamblea Constituyente del gobierno fue muy criticada y enfrentó muchos problemas en su desarrollo, el movimiento indígena buscaba que sus propuestas fueran aceptadas y se dio cuenta que ya no lo podía hacer únicamente mediante marchas o paros, sino otras medidas, algunas de ellas fueron la coalición, negociación, etc., con otros partidos y representantes dentro de la Asamblea, a su vez el movimiento luchaba para que sea ratificado el Convenio 169, el mismo que fue rechazado en 1991, pero positivamente ratificado en 1998 (Bernal, 2000).

En este convenio se reconoce a los pueblos indígenas como sociedades permanentes, la diversidad cultural, la noción de derechos colectivos, el derecho a mantener la cultura de cada pueblo, sus formas de vida y sus instituciones propias, etc., en definitiva los derechos económicos, sociales y culturales de los colectivos y los distintos mecanismos para que los indígenas tengan igualdad con la sociedad (Tuaza Castro, 2020).





Avanzando en el tema, producto de toda la lucha política se logró que en la nueva Constitución de 1998 se incluyan por primera vez los derechos colectivos para los pueblos indígenas en el Capítulo V (Bernal, 2000), teniendo en cuenta que las colectividades, pueblos o nacionalidades son comunidades humanas que tienen su propia cultura, idioma, historia, territorio, costumbres, identidad, pasado común, metas en conjunto, etc. (Mantilla, 2014), dejando de lado así la ideología individualista en la que únicamente se

otorgan derechos a los individuos y reconociendo como sujetos de derechos a los pueblos.

Con un catálogo de derechos, entre los que se incluían:

### Figura 1

#### *Derechos Colectivos en la Constitución de 1998*

- 
- Autodeterminación interna
  - Organización social propia
  - Reconocimiento de los idiomas ancestrales para uso oficial de los pueblos
- 
- Uso de los recursos naturales
  - Consulta previa
  - Mantenimiento y desarrollo de sus costumbres
  - Protección a su identidad
  - Educación intercultural bilingüe
- 
- Protección de los lugares sagrados
  - Promoción de la medicina alternativa
  - Conservación de la diversidad
  - Importancia de la protección del medio ambiente
- 
- Inclusive ya se habló del enfoque de género.

Elaboración: propia, a partir de (Bernal, 2000) y (Barié, 2003)

La propuesta más controvertida fue la declaración del Estado como plurinacional ya que se consideraba separatista, pero la esencia de este reconocimiento no era con una finalidad de generar desunión sino que el Ecuador reconozca su verdadera composición (Bernal, 2000). Además de los derechos reconocidos en el Capítulo V, a lo largo del texto constitucional se reconocieron otros derechos como las circunscripciones territoriales indígenas y la posibilidad de tener su propia forma de administrar justicia, dando paso a que nazca en el Ecuador el pluralismo jurídico<sup>14</sup>, pero para algunos críticos solamente se

---

<sup>14</sup> Se trata de la coexistencia de espacios legales superpuestos, que se encuentran conectados y relacionados, es decir, la existencia de diferentes órdenes jurídicos en una misma sociedad.



trataba de una forma alternativa de solución de conflictos, más no la existencia de otro derecho (Endara, 2000).

Los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas se extendían igualmente a los afrodescendientes, es decir, había una norma de remisión, en todo aquello que cabía.

A criterio de Cletus Gregor (2003) esta Constitución se basó en el principio de unidad en la diversidad, es decir se reconoce una sola cultura, pero que se encuentra desglosada en varias expresiones, lo importante de esta Constitución es que ya se reconocen como tal los derechos colectivos dentro de un capítulo específico, dejando al lado la idea de que estos pueblos estén aislados del derecho nacional, adicionalmente todos estos derechos tenían postulados indígenas y como fuente la Constitución y los tratados internacionales, en especial el Convenio 169. Es por eso que el reconocimiento hecho en la Constitución no fue más que el cumplimiento del Convenio 169, el Estado debía pues tomar medidas para una protección a los pueblos, incluso medidas de discriminación positiva<sup>15</sup>, con el fin de que los pueblos puedan tener derecho a la libre determinación interna (Trujillo, 2000).

Por otro lado, para que realmente los derechos reconocidos sean efectivos se analizaron dos formas, una la elaboración de nuevas leyes y otra la reforma de las leyes que ya existían, tanto para hacer vigentes los derechos como para explicar los mismos, hubieron varias leyes y reformas propuestas como la Ley de Comunas, reforma al Código de Menores con el fin de incluir los derechos de los niños indígenas, la Ley Orgánica de Pueblos, Nacionalidades y Circunscripciones Territoriales Indígenas la misma que fue elaborada y propuesta por la CONAIE en conjunto con otros grupos, en la que se

---

<sup>15</sup> Conjunto de acciones o medidas cuyo fin es lograr que las personas que históricamente han sido apartadas, discriminadas, etc., tengan prelación o preferencia en determinadas situaciones.





desarrollaba principalmente la idea de las circunscripciones territoriales como espacios de autonomía, sin embargo, producto de la crisis económica y política que se dio en el Ecuador desde 1998 muchas de las propuestas quedaron simplemente en eso y por lo tanto los derechos colectivos no pudieron perfeccionarse (Bernal, 2000).

Además, si bien era un buen catálogo de derechos, presentaba deficiencias como por ejemplo, se protegía la propiedad indígena imprescriptible, la adjudicación de nuevas tierras y la prohibición del desplazamiento, pero todos estos derechos se veían limitados al supuesto caso de declaración de utilidad pública, así mismo había una constante de remisión a la ley, es decir que no era suficiente el reconocimiento hecho en la Carta Magna, por ejemplo, a pesar que se reconocía el derecho a tener una propia forma de administrar justicia se establecía la necesidad de expedir un cuerpo de leyes que regule la misma, sin embargo, nunca se dio, es más, hubo un proyecto de ley sobre el ejercicio de derechos colectivos que fue vetado por el presidente Gustavo Noboa. Por último existía una subordinación de la posición indígena a las instituciones políticas, es por eso que se siguió luchando por sus derechos para que sean verdaderamente materializados (Barié, 2003).

Así mismo, se dieron varios acontecimientos que demostraron la fragilidad de la Constitución ideal, por ejemplo una crisis económica, política, institucional y social que desencadenó en lo que se conoce como Feriado Bancario y posteriormente la dolarización, una crisis política frente a la constante caída de presidentes, pérdida de legitimidad de los partidos políticos, etc., inclusive el mismo movimiento indígena participó en el golpe de estado que se realizó para sacar del poder a Jamil Mahuad ya que consideraron que dentro de este gobierno fueron completamente olvidados por las autoridades y consecuentemente hubo una falta de respuesta a sus necesidades, al contrario de lo que sucedió con Gutiérrez ya que sus propuestas iniciales incluían a los



pueblos indígenas, por lo que apoyaron su presidencia y es más tuvieron participación dentro de su gobierno (Mantilla, 2014).

Por último, en 2007 apareció una nueva figura política llamada Rafael Correa que producto de todo lo sucedido incluyó entre sus propuestas presidenciales la realización de una Asamblea Constituyente, en la que los derechos colectivos fueron tomados en cuenta con una mayor precisión, dictándose así la actual Constitución del Ecuador de 2008, la misma que será abordada en la siguiente sección.

### **1.1.1 Crítica a los derechos colectivos.**

Desde el nacimiento del liberalismo en Europa se difundieron conceptos jurídicos relacionados únicamente con los derechos individuales, conociéndose a esta idea como el individualismo, la misma que se repartió por todo el mundo hasta ser la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto ha ocasionado que la doctrina de los derechos humanos sea sobre todo individualista, a pesar que si se han reconocido derechos a ciertos grupos, como por ejemplo a los religiosos, no ha sido al grupo como tal, sino a las personas que lo conforman (Bernal, 2000). Pero a raíz de la Constitución de 1998 se marcó un alejamiento a esta doctrina clásica de los derechos individuales, ya que se dio el reconocimiento de los derechos colectivos, bajo las ideas de que el ser por naturaleza tiene que asociarse, que muchos de sus derechos solo podrán alcanzarlos mediante su colectividad y que hay derechos que solo pueden ser ejercidos por el individuo al ser parte de la comunidad, como por ejemplo el derecho a su propia lengua (Trujillo, 2000).

Mediante estos derechos se busca que se respeten las diferencias y creencias de los pueblos, ya que los mismos presentan distinta forma de organización social, administración de justicia, métodos de castigo, etc., y no pueden realizar nada de esto con



los derechos individuales. A pesar que recientemente se han tratado los derechos colectivos, los mismos ya existieron desde la antigüedad en Roma, el Imperio Otomano, Rusia, etc., pero en la actualidad es un tema muy debatido (Bernal, 2000).

Es por eso que su inclusión no pasó desapercibida en el Ecuador y en el mundo entero, ya que generó varios problemas y cuestionamientos, cabe recalcar que esta discusión no empezó con la Constitución de 1998, pero si se intensificó, la misma se originó a raíz del reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano en la Constitución de 1978<sup>16</sup>, estas discusiones se dieron a nivel académico, empero, también se incluyó disposiciones que reconocían al quichua y las lenguas aborígenes como parte de la cultura nacional y su utilización como lengua principal en la educación en los lugares donde haya mayor población indígena, y esta discusión tuvo lugar en los medios de comunicación y grupos políticos. Por lo tanto, hay que diferenciar que los derechos ambientales fueron incluidos por recomendaciones internacionales, pero la inclusión de los derechos colectivos surgió por la presión realizada por los pueblos (Endara, 2000).

Esta discusión pasó a planos doctrinales y por ejemplo Shapiro y Kymlicka plantearon la siguiente pregunta: ¿el sistema tradicional de derechos puede responder a los intereses de la gente según su filiación a un grupo etnocultural? Para los pueblos indígenas, no, sin embargo, este reconocimiento ha generado dos aristas, un grupo que está en contra ya que sostienen que son ilegítimos y contrarios a los derechos individuales y otros que consideran que es lo más adecuado para el desarrollo de una vida digna de las colectividades e incluso les llaman derechos de tercera generación (Bernal, 2000).

---

<sup>16</sup> Artículo 19.- Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza: 2. El derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades, para proteger el medio ambiente;



Los autores que no están de acuerdo señalan que los derechos de la persona son individuales, la teoría del derecho propone sujetos individuales, no colectivos, las entidades colectivas ya existentes como las personas jurídicas o sindicatos son tratadas legalmente como individuos y para eso tienen un representante legal, situación que no siempre se presenta en los pueblos indígenas, la unidad del Estado se ve afectada por los reclamos de los pueblos, se afecta el principio de igualdad ante la ley al reconocer ciertos derechos a determinados grupos y no a toda la población e inclusive este reconocimiento podría afectar a los derechos individuales de los mismos miembros de los pueblos (Endara, 2000).

Así mismo, sostienen que únicamente los individuos pueden ser agentes morales<sup>17</sup> titulares de derechos, y que los grupos son ficciones legales, solo el Estado tiene derechos con diferencia de los individuos (Bernal, 2000).

Pero, en la realidad los derechos individuales y colectivos no se contraponen, es más, son complementarios, muestra de esto es el reconocimiento de los mismos en varias Constituciones, algunos autores como Gurutz Jáuregui prefieren no llamarlos colectivos sino más bien derechos colectivizados que adquieren significación únicamente dentro de un cierto grupo, a pesar de la gran polémica que se dio, los derechos colectivos fueron apoyados por distintas entidades del sistema de Naciones Unidas, la principal, la OIT (Endara, 2000).

Así mismo, se ha generado una discusión sobre su concepto y alcance, se ha utilizado el término para ser el contraste de los derechos individuales, es decir, que no es individual cuando el objeto, el interés y el objetivo es colectivo, no obstante, esta explicación no es del todo suficiente, porque por ejemplo el derecho a la propia lengua es

---

<sup>17</sup> Persona capaz de entender y diferenciar entre el bien y el mal y de hacerse responsable frente a sus actos y acciones, su responsabilidad moral es de no causar daño a los demás



ejercido por individuos, pero el interés es claramente colectivo ya que la lengua es una de las expresiones de cultura de los pueblos, es por eso que el concepto presenta ambigüedades (Bernal, 2000).

Sin embargo, es importante dejar sentado un concepto para su entendimiento, es así que Agustín Grijalva (2009) define a los derechos colectivos como derechos humanos específicos, cuyos titulares son ciertos grupos humanos en particular, que en este caso serían los pueblos indígenas, montubios y afroecuatoriano; son derechos diversos pero nunca opuestos a los individuales.

Los pueblos lo que desean es que se acepten sus diferencias y que el Estado las proteja y entienda, y la forma que se ha encontrado ha sido mediante el reconocimiento de estos derechos, los mismos que tienen como titulares ciertos grupos de la sociedad y no cualquier tipo de colectividad, pero ¿Qué grupos son titulares de estos derechos? De acuerdo a Mc Donald “para que un grupo funcione como poseedor de derechos, sus miembros deben verse normativamente vinculados entre sí de forma que cada uno no actúe simplemente según sus intereses sino que cumpla su parte efectuando una comprensión normativa compartida” (McDonald, 1991, pág. 217), por lo tanto deben presentarse ciertos factores como la historia en común, el lenguaje, condiciones sociales, comprensión compartida, etc. (Bernal, 2000).

Por otro lado, también dentro de estos derechos hay una clasificación, la misma que se divide en derechos de autogobierno, multiétnicos y especiales de representación, los primeros se relacionan con el derecho de autodeterminación, los siguientes son medidas especiales mediante las cuales los pueblos pueden expresar su cultura, un ejemplo de esto es la educación bilingüe y los derechos especiales dan la posibilidad de participación dentro del gobierno (Bernal, 2000).



Hay que tener en cuenta que la discriminación que ha recibido el indígena, montubio y afroecuatoriano es por su pertenencia a la colectividad e identificarse como miembro de ella, reconocer el derecho a la igualdad de los individuos permite el desarrollo y respeto a la dignidad de los seres humanos y a los derechos colectivos, se protege por ende las características propias de la colectividad, así como las condiciones de vida en sociedad (Trujillo, 2000).

Se trata de derechos humanos porque son reconocidos a agrupaciones que están constituidas por seres humanos, permiten que los individuos puedan desarrollarse y porque reconocen la identidad propia (Trujillo, 2000).

Ahora bien, a pesar de su aceptación o no, lo innegable es que muchos pueblos han utilizado este concepto para hacer sus reclamaciones, y no hay un concepto unívoco de derechos colectivos, sino una gran variedad. Es una categoría muy amplia que incluye, los derechos del consumidor, de las corporaciones, sindicatos, etc., pero los que más han llamado la atención son los derechos de los pueblos indígenas, montubios y afroecuatoriano (Bernal, 2000).

En el caso ecuatoriano se ha aceptado este concepto para proteger a las colectividades, ya que han vivido constante discriminación y exclusión, no solo de la sociedad dominante, sino del gobierno en todas sus políticas, mediante su reconocimiento se ha abierto un abanico de oportunidades, permitiéndoles tener una mayor participación en todos los ámbitos, especialmente el político.

## **1.2 Escenario Internacional**

El derecho internacional empezó a preocuparse de estos temas debido a la dinámica de la sociedad y a la necesidad de reconocimiento de nuevos derechos que antes eran negados (Quintanilla, 2014), dejó de preocuparse únicamente por los estados y sus



individuos, para también centrar su atención en los pueblos que no constituyen Estados (Iglesias, 2004), que según la definición de Naciones Unidas a palabras de Martínez Cobo:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y las pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales (Cobo, 1987, pág. 30).

Estos pueblos han estado persistentemente reclamando protección por su condición constante de vulnerabilidad frente a la sociedad dominante, sobre todo por razones históricas, han sufrido el desplazamiento de sus tierras, eliminación de sus tradiciones y de su forma de vida, se les ha limitado sus recursos, etc., es por eso que exigen sus derechos, ya que a pesar de que les corresponden todos los derechos humanos reconocidos en los ordenamientos nacionales, la realidad ha demostrado que el hecho de ser indígena, negro o montubio ha limitado el ejercicio de sus derechos, inclusive por los propios gobiernos, por lo que desean un reconocimiento colectivo de sus derechos ya no solo a nivel nacional sino también internacional (Iglesias, 2004).

Estos derechos colectivos empezaron a llamar la atención de los países en la segunda mitad del siglo XX (Velásquez & Núques, 2007) mencionándose brevemente en el Pacto de la Sociedad de Naciones (Iglesias, 2004), pero hay discusiones sobre cuál es el documento en el que realmente se inició la protección de los mismos, sin embargo, con



enfoque cronológico en 1957 la OIT adoptó el Convenio 107 en el cual ya se establecieron derechos de los pueblos indígenas, así como las obligaciones de los estados en referencia a estos pueblos (Velásquez & Núques, 2007).

Más adelante, en la Resolución 4B de la ONU de 1970, adoptada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías se recomendó que se dé un estudio del problema de discriminación que sufren estos pueblos, posteriormente se dieron varios estudios y por todo esto la ONU empezó a buscar la protección de los mismos (Iglesias, 2004).

Años después, en 1976 se adoptó la Declaración Universal de los Pueblos de Argel, la misma que entendió a los pueblos como sujetos de derechos, los cuales tienen varios elementos en común como su territorio, creencias, costumbres, tradiciones, lengua, etc. (Velásquez & Núques, 2007). La problemática también fue tratada brevemente en el anteproyecto del Pacto Internacional de los Derechos de la Solidaridad (Quintanilla, 2014).

Posteriormente tiene mucha importancia el establecimiento del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo desde 1994 a 2004, ya que el mundo puso sus ojos en estos pueblos, creándose un Foro Permanente para las Poblaciones Indígenas y se designó un Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. Al mismo tiempo otras organizaciones del Sistema de las Naciones Unidas se interesó por este tema, tanto es así que la OIT desde sus inicios se preocupó por proteger a los pueblos, por lo que como ya se dio a conocer adoptó el Convenio 107 y después el Convenio 169 (Iglesias, 2004), el cual será tratado en el siguiente apartado.





Así mismo, a nivel regional la CAN también ha realizado ciertas acciones por el reconocimiento de los derechos colectivos, muestra de esto es la adopción por parte de los presidentes de los países miembros de la Declaración sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha Contra la Pobreza en 2001, en la que se comprometieron a proteger los derechos y libertades fundamentales de los pueblos y para esto se creó una mesa de trabajo sobre estos derechos. Adicionalmente se cuenta con otros documentos como la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de 2002, en la que se reconoció el carácter colectivo de sus derechos, los estados se comprometieron a garantizar los derechos reconocidos a nivel internacional y a respetar su identidad y desarrollo. Así mismo, el Tratado de Cooperación Amazónica suscrito en 1978, en el que se trató la protección de las comunidades indígenas, la conservación de sus riquezas y se creó una comisión especial de asuntos indígenas para tratar de manera adecuada la problemática de estas poblaciones (Iglesias, 2004).

En el caso de la OEA, es importante mencionar el trabajo realizado por la Comisión Interamericana, ya que mediante sus visitas in locu y los informes generales sobre países ha promovido la protección de estos pueblos y por recomendación de la Asamblea General de la OEA, la Comisión redactó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en 1997 (Iglesias, 2004).

Más adelante, en 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptó una de las declaraciones de mayor importancia para los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que cuenta con el apoyo y adopción de la gran mayoría de los estados miembros, entre esos Ecuador, con el fin de tratar la situación de los derechos de los pueblos indígenas para poder remediar su exclusión del sistema jurídico (Naciones Unidas, 2013), la misma que será tratada posteriormente.



Ahora bien, a nivel internacional también se han generado debates al momento de reconocer estos derechos, ya que si bien los sujetos de derechos serían los pueblos, debido a la complejidad de cada pueblo y sus diferencias es que se ha hecho difícil una definición de pueblo como tal, de hecho uno de los problemas al tratar la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue el uso del término pueblo o poblaciones (Velásquez & Núques, 2007), no obstante, se utilizó el término pueblo, ya que el vocablo “población” es demográfico, se refiere pues a la organización de personas sin consideración a su significación o conciencia política, en cambio el “pueblo” es una agrupación humana, consciente, unida por ideales compartidos y que comparte una conciencia común (Borja, 1992).

No obstante, a criterio de Teresa Núques y Santiago Velásquez (2007) este problema de conceptos no debe ser un limitante para la protección de los derechos, puede utilizarse cualquier denominación y de hecho así ha sido, a veces se ha dicho pueblo, población, tribu, grupo o etnia, ya que lo verdaderamente importante es la protección que se dé a los colectivos.

Otro punto controvertido es si los titulares son los pueblos en conjunto o los miembros-individuos de los mismos, y muchas veces se ha dicho que si son los pueblos, estos deben tener personalidad jurídica, pero no es así, ya que los derechos humanos son tan importantes que van más allá de consideraciones clásicas de la legitimación activa que más pertenecen a otras ramas del derecho, el beneficio de estos derechos lo recibe la persona, y en definitiva se beneficia la comunidad (Velásquez & Núques, 2007), incluso hay que considerar el art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala:

Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a

la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de derechos de esta Convención por un Estado parte (OEA, 1969, pág. 13).

Por lo que los sujetos de derechos son tanto las colectividades como los individuos en particular, es por eso que según este artículo podrían presentarse peticiones colectivas o individuales de los miembros de las comunidades en el caso de vulneración a sus derechos (Velásquez & Núques, 2007).

Estos derechos internacionales son considerados como derechos humanos, por lo que presentan ciertas características como:

## Figura 2

### *Características de los derechos colectivos como derechos humanos*

<b>INDIVISIBILIDAD //</b>
Todos los derechos tienen la misma importancia, por eso no existe jerarquía entre los mismos.
<b>INTEGRALIDAD //</b>
Hay relación entre los derechos colectivos y los individuales, si es que se vulnera uno genera la vulneración de otro.
<b>SOLIDARIDAD //</b>
Es un principio de cooperación entre los miembros de una comunidad, que comparten rasgos en común generando una identidad cultural propia para alcanzar fines comunes.

Elaboración: propia a partir de (Quintanilla, 2014)

Finalmente, es importante mencionar que la evolución de estos derechos también ha sido gracias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la



Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Velásquez & Núques, 2007), a continuación se darán a conocer sentencias de la Corte Interamericana que si bien algunas no tratan en específico el reconocimiento de los derechos de los pueblos, si se encargan de mediante principios reconocer la diversidad étnica y la riqueza ancestral de los mismos.

El primer caso es Aloeboete vs Surinam<sup>18</sup>, cuando en un operativo realizado en 1987 en la selva con el fin de encontrar a un comando insurgente, 20 Maroons fueron atacados y un grupo asesinado, el gobierno reconoció su responsabilidad y otorgó las debidas indemnizaciones, tratándose de una tribu matriarcal la Corte mandó a pagar la indemnización a las tres esposas de los siete miembros asesinados, reconociendo así las dimensiones étnico culturales. El segundo caso es Moiwana vs. Surinam<sup>19</sup>, el mismo que sucedió en 1986 cuando un grupo de militares mataron a 40 miembros de la comunidad N'djuka Maroon, por este motivo el resto de la comunidad tuvo que huir de su territorio y refugiarse, declarándose que hubo perjuicios morales por el hecho de ser desplazados y además por haberse encontrado impedidos para continuar con sus tradiciones (Velásquez & Núques, 2007).

En estos dos casos se reconoce la diversidad étnica, la relación de las comunidades con sus tierras, adicionalmente hay que tener en cuenta que se hizo un análisis sociocultural de la población para poder tomar la decisión y se dio un trato positivo al momento de dar las indemnizaciones. En cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos es importante mencionar el caso de la comunidad Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua<sup>20</sup> siendo este el primer caso en donde la Corte falló a favor de los derechos colectivos, ya que de acuerdo a los hechos el gobierno otorgó una concesión de madera

---

<sup>18</sup> Ver más en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)

<sup>19</sup> Ver más en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf)

<sup>20</sup> Ver más en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)



en las tierras de esta comunidad sin su autorización, la Corte reconoció el vínculo que hay con la tierra y el reconocimiento de la propiedad de las tierras de estos pueblos (Velásquez & Núques, 2007).

Específicamente en el Ecuador hubo un caso muy importante del pueblo Sarayaku<sup>21</sup>, en el cual el Estado concedió la exploración y explotación petrolera en el territorio en donde se encontraba asentado este pueblo, sin una consulta previa y provocándose vulneraciones a sus derechos, la Comisión mandó al Estado a cumplir medidas cautelares para que se garantice la integridad personal, libre circulación y el retiro del material explosivo del territorio, al final la Corte declaró la responsabilidad del estado mandando a que se den varias reparaciones e indemnizaciones (Velásquez & Núques, 2007).

Con todo lo manifestado se puede evidenciar que los derechos colectivos se han protegido a nivel internacional, tanto por medio de tratados; declaraciones, pactos, como por medio de la jurisprudencia de las cortes internacionales, dotándoles a los colectivos una doble protección, es decir, no solamente se protege sus derechos de las vulneraciones que podrían venir de otros individuos o colectivos, sino por parte de los estados.

### **1.3 Normativa referente a los derechos colectivos**

En los siguientes puntos se darán a conocer algunas de las normas más importantes referentes a los derechos colectivos, en el caso de Ecuador se analizará la Constitución actual, sin que esto signifique que sea la única norma que contempla estos derechos, sin embargo, al ser un Estado Constitucional, en ella se encuentran las bases del reconocimiento de los derechos, que a su vez se desarrollan en normativa secundaria,

---

<sup>21</sup> Ver más en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)



debiendo mencionar que en el Capítulo II se analizará el ordenamiento jurídico específico de la consulta prelegislativa.

En el ámbito internacional se estudiará dos instrumentos, estos son, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que de igual forma no son los únicos instrumentos internacionales que tratan esta temática, empero, son considerados como los más relevantes.

### **1.3.1 Normativa ecuatoriana-Constitución del 2008**

Esta Constitución se encuentra bajo la idea del neoconstitucionalismo andino, para lo cual hay que entender al neoconstitucionalismo como una visión diferente al “Estado de derecho”, en este nuevo modelo la fuente suprema de derecho es la Constitución, la misma que está formada tanto por reglas como por principios, las primeras se aplican con el método de subsunción y los principios bajo nuevos métodos, como el de la ponderación, por lo tanto con este modelo el Estado se encuentra bajo la Constitución y sus principios (Rendón, 2011). Entendiendo que estos principios pueden ser expresos o inexpressos, siendo los primeros aquellos que se encuentran establecidos en una disposición normativa y su extracción se la realiza por medio de la interpretación, sirviendo sobre todo para la integración del derecho, por otra parte, los inexpressos son aquellos que no se encuentran de manera expresa dentro de una disposición, pero son gestados por la doctrina o los exégetas (Solano, 2016).

Comanducci (2012), señala que el neoconstitucionalismo siguiendo la clasificación de Bobbio, es una ideología en donde se garantizan sobre todas las cosas los derechos humanos, una teoría porque tiene un modelo no únicamente descriptivo de la norma constitucional sino axiológico y una metodología porque los principios y los derechos fundamentales se consideran como un puente entre el derecho y la moral.



Ahora bien, en Latinoamérica se ha dado lo que se conoce como neo constitucionalismo latinoamericano, que según Ávila Santamaría (2011) presenta algunas especificidades como la expansión de derechos, control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, híperpresidencialismo, redimensionamiento del Estado y constitucionalismo económico. Sin embargo, el neoconstitucionalismo occidental y su aplicación latinoamericana a pesar de sus grandes cambios, los mismos son respuesta a necesidades de occidente, no atienden a los problemas que se han vivido en la región andina<sup>22</sup>, pero esto no significa que los avances que han tenido sean completamente inútiles, pero no son plenamente aplicables, ya que no se adecuan a categorías como la plurinacionalidad y no resuelven cuestiones como la exclusión histórica.

Es por eso que ahora se está desarrollando el neoconstitucionalismo andino, en el que se trata no solo de mejorar el derecho del Estado, sino dar paso a otras manifestaciones normativas, permitir otras expresiones de institucionalidad, tener otras formas de organización política, lograr una verdadera equidad desde distintas visiones, etc., el cual es un proceso que se puede lograr cumpliendo lo establecido en el art. 1 de la Constitución (Ávila Santamaría, 2011).

Bajo este panorama es que se dictó la actual Constitución, que cuenta con un catálogo de derechos colectivos más amplio que en la de 1998, algunos de ellos son:

---

<sup>22</sup> En Europa no se dieron varios fenómenos como el colonialismo, sometimiento a los pueblos, discriminación y exclusión a los pueblos originarios, etc.



### Figura 3

#### *Derechos Colectivos en la Constitución de 2008*

DERECHOS RELACIONADOS CON LA IDENTIDAD	DERECHOS RELACIONADOS CON EL TERRITORIO	DERECHOS DE PARTICIPACIÓN
<ul style="list-style-type: none"><li>• Mantenimiento y fortalecimiento de su identidad, tradiciones, etc.</li><li>• No ser objeto de discriminación-reparación.</li><li>• Conservación de sus prácticas de manejo de la biodiversidad</li><li>• Propias forma de convivencia y organización social</li><li>• Creación y mantenimiento de su derecho propio</li><li>• Mantenimiento y desarrollo de sus conocimientos colectivos</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Propiedad imprescriptible de sus tierras</li><li>• Posesión de sus tierras y territorios ancestrales</li><li>• Participación de sus recursos naturales renovables</li><li>• No ser desplazados de sus tierras</li><li>• Limitación de las actividades militares en sus territorios</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Consulta previa-en caso de prospección, exploración y comercialización de los recursos no renovables que estén en sus tierras</li><li>• Construcción y mantenimiento de organizaciones que los representen</li><li>• Participación en los organismos oficiales, en las políticas públicas, etc.</li><li>• Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos</li></ul>

Elaboración: propia a partir del art. 57 de la Constitución de 2008.

Estos derechos de acuerdo a los artículos 58 y 59 también son reconocidos para los pueblos montubios y afroecuatoriano. Además a lo largo del texto constitucional se reconocen muchos otros derechos que se encuentran relacionados con las colectividades, como el derecho al agua, a un ambiente sano, a vivir en un hábitat seguro, derechos de la naturaleza, derecho a la salud, trabajo, etc.

Por este reconocimiento y otras razones más esta Constitución ha sido objeto de estudio y análisis, no solo a nivel nacional sino también internacional, de acuerdo a Iglesias (2010) esta Carta Magna se muestra como una de las más progresistas en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos, esta se dirigió a la construcción de un diálogo y representatividad de las comunidades, pueblos y nacionalidades para así poder fortalecer la unidad del Estado protegiendo la plurinacionalidad, consagrándose ya desde el art. 1 la identidad plurinacional, intercultural y multiétnica.





Así mismo, incluye muchas propuestas para alcanzar el bienestar y mecanismos para garantizar la materialización de los derechos, entendiendo que la misma es la base político-jurídica del Estado y por su pertenencia al neoconstitucionalismo es rígida, garantista y normativa (Quiñónez, 2012). Tiene como eje transversal al *sumak kawsay* “buen vivir”<sup>23</sup>, que consiste en una forma de convivencia comunitaria, la misma que se desarrolla en armonía con la naturaleza, en donde los pueblos desean preservar sus conocimientos, saberes, costumbres y formas de organizarse (Mantilla, 2014).

Todos estos cambios e innovaciones se dieron principalmente por la participación de distintos sectores sociales dentro de la Asamblea Constituyente, uno de ellos la CONAIE que presentó sus propuestas a través del proyecto llamado “Principios y lineamientos para la nueva Constitución del Ecuador” señalando que se trata de una propuesta para todo el país, la misma que presentaba distintos ejes, como el carácter del Estado, derechos y garantías colectivas, participación activa, modelo económico y la democracia y organismos de control, y en base a los mismos presentaban varios principios como la construcción del Estado plurinacional, la no privatización de la biodiversidad y recursos naturales, tener un modelo económico que sea solidario, incluyente, social, etc. (Fundación Tukui Shimi y CONAIE e IWGIA, 2010).

Sin embargo, uno de los mayores problemas fue el reconocimiento de la plurinacionalidad, ya que grandes sectores sociales consideraban que este reconocimiento alteraba la unidad del Estado y que por eso debía reconocerse únicamente la interculturalidad, ya que así se estructuraba al Estado como inclusivo y se daría protección a las relaciones entre distintos, en cambio la plurinacionalidad acentuaba la autonomía y denotaba diferencia (Grijalva, 2008). Incluso el Relator Especial de las Naciones Unidas

---

<sup>23</sup> Preámbulo de la Constitución de 2008: Decidimos construir...”Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”



sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, el Dr. James Anaya, en su visita al Ecuador en 2008, señaló que este miedo a la separación era completamente infundado y que la declaración de plurinacionalidad era fundamental para el reconocimiento de los derechos colectivos (Fundación Tukui Shimi y CONAIE e IWGIA, 2010).

Hay que tener claro que la declaración de plurinacionalidad se traduce en el reconocimiento de la diversidad cultural dentro del Estado, hace referencia al autogobierno, la participación y representación política y a la participación de sus recursos naturales. Por su parte la interculturalidad se refiere a las relaciones socio culturales entre los pueblos con la sociedad mestiza, sin embargo, ninguna deja de la lado la otra, y es por eso que ambas fueron reconocidas dentro de la Constitución (Grijalva, 2008). Según Luis Macas, ex presidente de la CONAIE, la plurinacionalidad no es solamente el reconocimiento de la diversidad identitaria, sino de una transformación completa del país, en el ámbito político, económico y social, que no solamente incluiría a los pueblos indígenas sino a todos, busca en definitivo una transformación de las relaciones entre el Estado y la sociedad (Fuente, 2013).

Por otro lado, como ya se manifestó la Constitución contiene derechos colectivos, teniendo como sujetos a los pueblos indígenas, montubios y afroecuatoriano, dejando así de ser una realidad fáctica y legal para pasar a ser considerados como verdaderos acreedores de derechos (Fernández R. L., 2008), así mismo es importante dejar claro que los pueblos tienen derechos colectivos, pero a su vez los individuos que pertenecen a los mismos tienen los derechos reconocidos para todos los ciudadanos, es decir, tienen tanto derechos colectivos reconocidos específicamente para los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatoriano pero a su vez también tienen todos los derechos reconocidos para los ciudadanos ecuatorianos en



general, con particular importancia el derecho a no ser discriminados por su pertenencia a la colectividad (Quiñónez, 2012).

El reconocimiento de los derechos colectivos tiene su base en el derecho a la libre determinación interna, el mismo que engloba modelos de autogobierno, autogestión y una gran participación en las decisiones que vaya a tomar el Estado en las que podrían ser afectados, se trata pues de un derecho que debe ser reconocido en base a la igualdad, entendiendo que lo que desean estos grupos es preservar y desarrollar su cultura e identidad dentro del ordenamiento político en el que se encuentran (Iglesias, 2010). Adicionalmente dentro de la Constitución se establece que todos estos derechos se encuentran protegidos por garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales (Quiñónez, 2012).

Por lo que se demuestra que el fin último de la Constitución es de coadyuvar para que se dé una consolidación de los derechos colectivos (Iglesias, 2010), mediante un avance y fortalecimiento de los derechos reconocidos en la Constitución de 1998, verbigracia, en la actual Constitución se amplían los derechos al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios (Fundación Tukui Shimi y CONAIE e IWGIA, 2010). Así mismo deja de lado las clasificaciones de derechos, señalando que todos tienen igual jerarquía y son complementarios<sup>24</sup> y se amplía la titularidad de los derechos, ya que los pueblos pueden demandar por los derechos colectivos reconocidos y por cualquier otro derecho que se encuentra dentro de la Constitución (Grijalva, 2008).

Sin embargo, es necesario reconocer que muchos de los derechos aún no han sido concretizados en la realidad, así mismo hay varias contradicciones dentro de la Constitución, por ejemplo se permite la creación de circunscripciones territoriales

---

<sup>24</sup> Art 11.6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.



indígenas, sin embargo, no hay tal autonomía sino una subordinación a otros gobiernos territoriales, la participación dentro de las instituciones políticas es ínfima, no se trató adecuadamente los efectos de la consulta previa (Grijalva, 2008); adicionalmente a criterio de Ponte (2010) el tema de la justicia indígena también es algo pendiente ya que no se ha avanzado, inclusive el mismo Relator Especial señaló que hay una gran brecha entre la legislación y la realidad, que al final desencadena en violaciones a los derechos.

### **1.3.2 Normativa Internacional**

#### **1.3.2.1 Convenio 169 de la OIT.**

Una de las organizaciones internacionales fundamentales en la temática es la OIT ya que puso mucha atención en los pueblos indígenas puesto que la realidad demostraba que estos no tenían los mismos derechos que el resto de la población<sup>25</sup>, es por eso que en 1989 adoptó el Convenio 169 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes, en donde además de los miembros de la organización participaron pueblos indígenas y tribales (OIT, 2014), el mismo ha sido ratificado mayoritariamente por países latinoamericanos y del Caribe debido a la gran presencia de pueblos indígenas dentro de sus poblaciones, esto a su vez generó que muchas disposiciones constitucionales de los distintos países tengan como fundamento estos lineamientos internacionales (Courtis, 2009). Este instrumento tiene 3 pilares fundamentales.

---

<sup>25</sup> Inclusive en la actualidad estos pueblos son los que tienen peores indicadores socioeconómicos y laborales y sufren gran discriminación

**Figura 4***Pilares Fundamentales del Convenio 169 de la OIT*

PILARES FUNDAMENTALES		
El derecho de los pueblos a mantener y fortalecer sus formas de vida.	El derecho a tener su autogobierno y tomar sus decisiones, fijando condiciones necesarias para que realmente puedan gestionar sus vidas y desarrollo en muchos ámbitos.	El derecho a participar efectivamente en las decisiones que lo afectan.

Elaboración: propia a partir de (OIT, 2014) y (Uribe, 2012)

Sin embargo, el tema del autogobierno ha generado fuertes discusiones y las seguirá generando, un ejemplo de esto sucedió en Chile ya que se decía que considerar al “pueblo indígena” como sujeto de derecho generaría que a los chilenos indígenas-pueblos se les dote de atribuciones que al final serían un ejercicio de soberanía que afectaría a los órganos públicos, no obstante, se entendió que lo que se busca es que estos sean consultados cuando se traten temas o medidas en los que están interesados (Uribe, 2012).

Este instrumento internacional recoge varios derechos considerados como fundamentales para los pueblos indígenas, que son:



**Figura 5**

*Derechos del Convenio 169*

## Derechos del Convenio 169

<p><b>Autodeterminación de los pueblos</b></p> <p>Tienen derecho a decidir por su presente y futuro, su desarrollo económico, social y cultural.</p>	<p><b>Medio ambiente</b></p> <p>Utilizarán y administrarán sus recursos y si es que tiene que darse una reubicación de los pueblos tiene que ser previo consentimiento e indemnización.</p>	<p><b>Tierras</b></p> <p>Se reconoce su derecho a la propiedad y posesión de sus tierras, teniendo en cuenta que toda su ideología se encuentra íntimamente relacionada con la misma.</p>	<p><b>Derecho consuetudinario</b></p> <p>Se trata de poder aplicar su derecho que no está escrito, sino se basa en usos y costumbres que se ha tenido de generación en generación.</p>
<p><b>Empleo</b></p> <p>Debe haber medidas especiales de protección a estos trabajadores.</p>	<p><b>Educación y medios de comunicación</b></p> <p>Se debe garantizar el derecho a la educación sin el desconocimiento de las lenguas nativas, con el fin de alcanzar la igualdad de los niños en este campo.</p>	<p><b>Seguridad social y salud</b></p> <p>El estado debe brindar estos servicios de acuerdo a las condiciones de los pueblos, considerando siempre la medicina tradicional.</p>	<p><b>Artesanías e industria</b></p> <p>El gobierno fortalecerá sus actividades de subsistencia.</p>

Elaboración: propia a partir de (López, 2014).

Además de los derechos mencionados, se establecen obligaciones para los estados, señalando que deben desarrollar en conjunto con los pueblos una acción coordinada para proteger los derechos y el respeto a su integridad<sup>26</sup>, estas medidas serán de acuerdo a las condiciones económicas, jurídicas, y sociales de cada país<sup>27</sup>, pero siempre cumpliendo con el Convenio, ya que si no se toman las mismas se pueden dar impactos completamente negativos, por ejemplo no llevar a cabo la consulta, podría ocasionar que los permisos, medidas legislativas, autorizaciones, etc., no lleguen a generar efectos jurídicos ya que no cuentan con los estándares de acuerdo al instrumento (Fernández & De La Piedra, 2011).

Así mismo, los estados que lo ratifiquen tienen que armonizar su legislación nacional, establecer las acciones necesarias de acuerdo a lo fijado en el tratado, informar

<sup>26</sup> Art. 2 1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad

<sup>27</sup> Art.34. La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.



a los órganos de control de la OIT sobre la situación de aplicación del Convenio tanto en la práctica como en la legislación y estar presto para escuchar las observaciones o sugerencias de los órganos (OIT, 2014).

Ahora bien, cuando se redactó el Convenio se establecieron ciertos conceptos con el fin de limitar el alcance de los derechos, por ejemplo el concepto de territorio fija el ámbito en el cual pueden ejercer los derechos que están relacionados a los recursos naturales, así mismo el concepto de pueblo precisa la naturaleza jurídica del derecho a la consulta y participación que tienen los pueblos, empero, estos dos conceptos generaron mucha controversia (Fernández & De La Piedra, 2011).

Para entender los conflictos, es necesario destacar que el Convenio 107 utilizaba el término poblaciones, pero en el 169 fue sustituido por “pueblos” y los gobiernos no estaban muy de acuerdo ya que decían que al emplear ese término se hacía alusión a los conceptos de libre determinación y el derecho a crear un estado independiente, esta problemática se intensificó aún más cuando efectivamente las organizaciones indígenas dieron a conocer que buscaban el reconocimiento a la autodeterminación, no con deseos de separarse de los estados sino como un reconocimiento a que son comunidades diferentes. A pesar de los conflictos se utilizó el vocablo “pueblos”, ya que con el mismo se reconoce la identidad colectiva y características de la comunidad y además permite recoger la visión que tienen los propios pueblos, sin embargo, para no generar diferentes opiniones se dejó claramente establecido en el art. 1.3<sup>28</sup> que ese término no debe ser entendido en relación a los derechos que puedan darse de acuerdo al derecho internacional (Uribe, 2012), por lo tanto no puede ser considerado como un atentado a la soberanía y unidad de los estados, sino que lo que se desea es fortalecer la identidad indígena y darle

---

<sup>28</sup> Art.1.3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional



determinados derechos de acuerdo a sus características (Fernández & De La Piedra, 2011).

En el caso del término “territorios”, algunos gobiernos señalaban que el mismo podría ser considerado como un ataque a la soberanía de los estados, por lo que se vio como una opción viable que se utilice “tierras y territorios” (Uribe, 2012), es así que el término tierras debe incluir el concepto de territorio, es decir, que cada vez que se traten de derechos referentes a las tierras, también son exigibles con relación a los territorios indígenas, así mismo dentro del art. 13. 2 se da una definición de territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (OIT, 1989, pág. 30), esta definición amplia incluye no únicamente aquellas áreas en donde realizan sus actividades, sino que también terrenos que se ocupan de manera ocasional, para actividades de pastoreo, religiosas, etc. (Fernández & De La Piedra, 2011).

En la misma línea, la Guía del Convenio establece que la tierra y territorios de los pueblos indígenas son los lugares donde vivieron sus ancestros y ahora ellos desarrollan su vida, además que tienen un significado sagrado o espiritual, más allá del económico, sin embargo, no ha dejado de generar conflicto la delimitación del territorio indígena, problema que toma importancia sobre todo en casos en donde se tiene que presentar un EIA (Fernández & De La Piedra, 2011).

No obstante, una vez que el Convenio fue aceptado, también se generaron conflictos que se mantienen hasta la actualidad, por ejemplo respecto a su jerarquía normativa en relación con las otras normas, sin embargo, esto en el Ecuador no ha generado mayor conflicto por la claridad del art. 424 de la Constitución del Ecuador, considerando que es un tratado de derechos humanos dirigido a las colectividades (Uribe, 2012).





Así mismo, se han generado problemas en cuanto a su alcance, es decir, el poder entender la relación que hay con los derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales relacionados con los pueblos indígenas, es así que el art. 35 establece que no se pueden menoscabar los derechos y ventajas en virtud de otros convenios, tratados, recomendaciones, etc., esto en concordancia con el art. 19 inciso 8<sup>29</sup> de la Constitución de la OIT, inclusive se considera que el Convenio establece normas mínimas, por lo que nada podría perjudicar que haya un reconocimiento de normas más favorables a las colectividades, incluido a nivel nacional (Fernández & De La Piedra, 2011).

Finalmente, si bien se han dado grandes avances, todavía quedan muchos retos por delante, por ejemplo encontrar la forma de hacer verdaderamente efectiva las consultas previas (OIT, 2014), ya que en un inicio se hablaba del deber de buscar el consentimiento cuando se elaboren las consultas, pero al final únicamente se puso el deber de consultar (Uribe, 2012).

### **1.3.2.2 Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es considerada como una consolidación y reforzamiento de la normativa internacional en este tema, la misma fue dictada por la recomendación que realizó el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas<sup>30</sup>, esto debido a que recién en los años 70 la ONU “conoció” la situación de los pueblos ya que varias organizaciones indígenas mediante sus delegados llevaron sus demandas a la sede de la ONU (Chartes & Stavenhagen, 2010). El Grupo de Trabajo presentó el primer

---

<sup>29</sup> Art.19.8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

<sup>30</sup> Órgano creado en 1982 con el fin de ser un órgano subsidiario de la Subcomisión de Promoción y Protección de DDHH, ayudó y escuchó las demandas de los indígenas. Sesión por última vez en julio de 2007.



borrador en 1993 y fue aprobado por la Asamblea General en 2007 (ACNUDH & APF, 2013), siendo un gran paso para los derechos de los pueblos que han sido históricamente discriminados, y lo importante de la misma es que ordena y estructura los diferentes avances que se han dado respecto de estos derechos (Daher, 2008), así como también trata con gran amplitud los mismos, estableciendo criterios mínimos para la dignidad y bienestar de los pueblos, así como también un marco para las relaciones entre los estados y los pueblos y da una oportunidad para que estas relaciones adquieran fuerza (ACNUDH & APF, 2013).

En ella se diferencian claramente los derechos individuales de los indígenas y los que le corresponden a la colectividad, y si bien la Declaración no reconoce derechos completamente nuevos, lo que si hace es dejar por sentado que los derechos deben ser vistos y analizados de acuerdo a las condiciones de los pueblos, por ende debe ser considerada como un mapa para que a partir de ella se desarrollen políticas, programas y proyectos necesarios para que se garanticen y respeten los derechos reconocidos (Stavenhagen, 2010).

Sin embargo, la aprobación no fue fácil, se dieron varios procesos en los que se trató el texto tanto entre delegados gubernamentales como indígenas, considerando que fue la primera vez que se incluyeron a los indígenas dentro de los debates, hubo varias posiciones y muchas negociaciones, los indígenas querían un texto fuerte pero algunos gobiernos ni siquiera querían una declaración (Stavenhagen, 2010), otros estados como Reino Unido y Francia no estaban de acuerdo con el reconocimiento de derechos colectivos, o algunos querían que estos derechos sean nacionalizados, es decir, que su reconocimiento únicamente sea a nivel nacional, pero los pueblos constantemente decían que su reconocimiento era una cuestión indispensable para su existencia y no únicamente en el ámbito nacional sino también internacional (Henriksen, 2010). Es por eso que la



Declaración reconoce desde su preámbulo que los pueblos indígenas han sido sujetos de constantes injusticias, por tal razón es completamente necesario que haya una promoción y respeto a sus derechos (Stavenhagen, 2010).

Otro de los obstáculos fue el concepto de “pueblos indígenas”, ya que se decía que reconocerlos como pueblos implicaría reconocer el derecho a la libre determinación en toda su extensión, esto a su vez afectaría a la estabilidad y soberanía de los estados, empero, en el texto final si se utilizaron los términos “pueblos indígenas” sin ningún tipo de definición (Henriksen, 2010), ya que incluso los mismos pueblos han señalado que no se puede dar una definición formal de su concepto, respetándose así la flexibilidad y autodefinición de cada comunidad. Cabe recalcar que la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas dio a conocer una serie de factores que presentan los pueblos, sin considerarse una definición, los mismos son (ACNUDH & APF, 2013):

- Importancia en el tiempo de ocupación y uso del territorio
- Perpetuación voluntaria de la diferenciación cultural
- Conciencia de su identidad y el reconocimiento por parte del Estado y de otros grupos de su colectividad
- Una historia en la que se ha vivido discriminación, marginación, sometimiento, etc.

Es necesario resaltar que a pesar que no hay un solo concepto, si se ha tenido como criterio base a la autodefinición como una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos, por lo tanto su caracterización en gran medida depende de este criterio, sin embargo, el hecho de no tener un concepto no significa o no es un impedimento para la protección de sus derechos (ACNUDH & APF, 2013).



Ahora bien, el derecho a la libre determinación es considerado como el cimiento de la Declaración contemplado en el art. 32, y generó el mismo conflicto que se dio en el Convenio 169 ya que se decía que a través de su ejercicio los pueblos podrían llegar a conformar estados independientes, pero, cuando los estados finalmente apoyaron esta idea, no lo hicieron con la visión o posibilidad de que los pueblos indígenas puedan formar estados independientes, y de hecho los mismos pueblos han señalado que no aspiran a la conformación de otros estados, por lo tanto debe interpretarse dentro del marco de los derechos humanos del derecho internacional contemporáneo, más no como se concebía antiguamente, esto, es la creación de nuevos estados (Anaya S. J., 2010).

A criterio de Anaya (2010) pensar que la libre determinación es en definitiva el derecho a tener un Estado independiente es una visión bastante limitada y estatalista, en donde se considera al Estado como la unidad de organización más importante, desconociendo las realidades de los pueblos, lo que realmente se desea es que todos los pueblos puedan decidir sobre sus propios destinos sin discriminación y que puedan tener participación dentro de la construcción y desarrollo del orden institucional en el que viven en condiciones de igualdad. Por todo esto la Declaración se basa en la identificación de la violación de este derecho debido al colonialismo, ya que a pesar que ya no existe como tal el colonialismo, los pueblos continúan siendo limitados en su derecho a la libre determinación, y es por eso que aparece como un instrumento reparatorio.

Además de los derechos mencionados, se protege el derecho de los pueblos a sus tierras y territorios, al medio ambiente, a su cultura, religión, conocimiento tradicional, salud, educación, bienestar, consultas, etc., todo mediante medidas por parte del Estado y de la sociedad, todos a su vez son derechos humanos ya reconocidos a los individuos pero que en este caso tienen otro sujeto de derechos (Anaya S. J., 2010).



### **1.3.2.1.1 Fuerza normativa de la Declaración.**

Hay que considerar que la Declaración, cuenta con el valor de una recomendación, más no con fuerza vinculante, es una resolución, un instrumento solemne que únicamente se utiliza cuando se van a tratar casos especiales e importantes y se tiene el afán de que haya una suma observancia por parte de los estados que la ratifican, un ejemplo bastante conocido es la Declaración Universal de Derechos Humanos, inclusive se ha llegado a decir que esta declaración ha tomado fuerza vinculante mediante la vía consuetudinaria (Daher, 2008).

Sin embargo, la pertenencia de las declaraciones al Soft Law<sup>31</sup> o como se conoce “derecho blando” ha generado muchos debates, ya que los gobiernos al no considerarla como vinculante podrían hacer caso omiso a sus disposiciones, incluso se ha dicho que el hecho de ratificarla es únicamente “buena voluntad” del cual no se desprenden obligaciones, pero hay que tener en cuenta que hay la posibilidad que se inicie con el proyecto de un convenio sobre esta temática, cosa muy común en la historia de las Naciones Unidas, por ejemplo se dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente dos pactos, esto se repite en varias declaraciones referentes a los niños, mujeres, etc., sin embargo, se ha llegado a decir que esto sería muy poco viable para algunos estados y que de hecho no lo ratificarían (Stavenhagen, 2010).

Adicionalmente, aquellas personas que apoyan la Declaración han sabido manifestar que por su ratificación hay una obligación moral y política de la aplicación de la misma, así mismo que se ha convertido en derecho consuetudinario, se trata además de un punto de referencia, de este puede darse una construcción más amplia a través de

---

<sup>31</sup> Considerado como un concepto o una técnica legislativa que engloba los acuerdos, tratados, principios, directrices, etc., que no tienen carácter vinculante, con el fin de hacer más fácil la ratificación de tratados para la protección de derechos humanos.



distintas leyes y se considera que cuenta con el suficiente peso para ser obligatoria a nivel nacional,<sup>32</sup> pero para evitar que sea ignorada es necesario tener buenas estrategias tanto a nivel nacional como internacional que apoyen a la Declaración, recayendo la responsabilidad internacional según Stavenhagen (2010) sobre todo en la estructura internacional de derechos humanos, entre los que están el Consejo de DDHH, comisiones, grupos, subcomisiones, ECOSOC, la Secretaría en todos sus niveles, los países, etc., y tanto la prevención de violaciones como las reparaciones deben ser por medio de políticas públicas.

Como consecuencia de lo expuesto, tanto el Convenio como la Declaración son instrumentos vitales para los derechos colectivos, teniendo que ser considerados como un conjunto, a su vez en unión con todos los derechos reconocidos en la actual Constitución, configurándose un abanico relativamente extenso de los derechos de los pueblos, pero que, sin embargo, todavía presenta ciertas falencias que deben ser tratadas, caso contrario generan vulneraciones.

## **Capítulo II: Reconocimiento del derecho a la consulta prelegislativa**

### **2.1 La consulta como mecanismo de participación**

Uno de los grandes cambios de la Constitución de 2008 fue la incorporación de la consulta prelegislativa como derecho colectivo, ya que en la anterior Constitución únicamente se reconocía a la consulta previa cuando se iban a realizar actividades extractivas de recursos naturales no renovables, y si bien la misma se volvió a reconocer en la actual Constitución, se añadió otro tipo de consulta de acuerdo al art. 57.17:

---

<sup>32</sup> Por ejemplo la Corte Suprema de Belice en una sentencia a favor de una comunidad indígena mencionó a la Declaración como un punto de apoyo



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

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 27)

Entendiendo que el derecho de consulta es un derecho de acceso a la participación y en gran parte se relaciona con el principio de participación en materia ambiental, cuestión que se corrobora en la Declaración de Río de 1992 en su principio décimo<sup>33</sup> (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014). Es necesario mencionar que la CONAIE en su proyecto presentado en la Constituyente de 2007, establecía que la consulta sea para toda la población y no únicamente para los indígenas, pero no se aceptó, así mismo sus efectos fueron relativizados, tema que será tratado posteriormente (Simbaña, 2012).

Es importante acotar que a pesar de que la intención era bastante buena, no se podría o no sería viable realizar una consulta dirigida a toda la población cada vez que se vayan a tomar medidas que puedan afectar los derechos, ya que en este caso no tendría ningún sentido la existencia del Poder Legislativo y otras entidades que emiten normativa y otras con potestad administrativa, ejerciendo las facultades dadas a través de la propia Constitución. Sería además desgastante tener consultas para absolutamente todo, es por eso que se ha otorgado las potestades administrativas y normativas a determinados órganos en nombre de la soberanía del pueblo. Pero en el caso de los titulares de derechos colectivos si tiene que realizarse la consulta, ya que sus visiones, ideologías, percepciones

---

<sup>33</sup> PRINCIPIO 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda...”



y derechos son distintos a los que tienen el resto de la población y por lo tanto las medidas pueden afectar de diferentes maneras su vida, que muchas de las veces no son entendidas por la sociedad dominante.

La consulta prelegislativa es entonces una herramienta a través de la cual los pueblos pueden participar en la elaboración de medidas legislativas (y administrativas de acuerdo a los tratados internacionales y sentencias de la Corte Constitucional) que les pueden afectar directamente, teniendo como fin la protección de sus derechos (Licta, 2019), y como fundamento el derecho de los pueblos a poder tomar sus propias decisiones (Rodríguez, 2011) y prioridades en el proceso de desarrollo, ya que las mismas afectarán sus tierras, instituciones, vidas, tradiciones, creencias, etc., este mecanismo impulsa el respeto por los pueblos y sus comunidades, sobre todo a su plan de vida. Se trata por ende de un proceso público, obligatorio, especial, intercultural e interinstitucional que debe llevarse a cabo cuando vaya a tomarse una medida que puede afectar a sus derechos en general, a su vez el Estado así protege la diversidad étnica y respeta todos los derechos reconocidos en la Constitución (Rodríguez, 2014).

Por lo tanto este derecho se deriva de otros derechos como el de la autodeterminación y a su vez protege los demás derechos de los colectivos, es decir, se genera una especie de círculo de protección entre derechos. Al ser un mecanismo de participación, es importante entender que de acuerdo a la Defensoría del Pueblo:

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





Es decir, en el caso de los colectivos adquiere una distinta connotación ya que permite proteger las entidades y culturas propias de los pueblos frente a determinadas decisiones que los pueden afectar. Considero que no se debería pensar que son privilegios para estos grupos de personas sino más bien una respuesta que ha dado el Derecho frente a una historia llena de violaciones a sus derechos.

Por su parte el Relator de las Naciones Unidas, James Anaya (2010), afirmó que el derecho a la participación de los pueblos tiene dos dimensiones, la externa e interna, en la externa se cuenta con 3 aspectos:

- Dimensión política, que se refiere a la participación de los pueblos en las estructuras políticas e institucionales de los estados
- Participación en la toma de decisiones estatales que pueden afectar sus derechos, que genera a su vez el deber de consultar
- Participación en la toma de decisiones a nivel internacional

A nivel interno se hace referencia al ejercicio de la autonomía, autogobierno y propios sistemas jurídicos, siendo el derecho a la consulta fundamental para el ejercicio de los demás derechos. De hecho así lo señaló la Comisión de Expertos de la OIT diciendo que las disposiciones de la consulta son la base del resto del Convenio, así mismo la CIDH ha dicho que los estados tienen la obligación de consultar pues esta institución es la piedra angular del Convenio 169, que busca establecer un Estado en donde primen los diálogos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Por lo tanto, con este derecho lo que se protege no es únicamente el territorio de los pueblos, como erróneamente se cree, sino que cobija todos los derechos y bienes jurídicos de los pueblos, como su integridad, cohesión, vida, subsistencia, cultura, etc.,



los mismos que podrían ser afectados por distintas medidas provenientes de las autoridades estatales.

Así mismo ha sido muy importante para los pueblos indígenas el desarrollo jurisprudencial por parte de la CIDH, ya que ha establecido que éstos son merecedores de un trato y medidas especiales para garantizar sus derechos colectivos y esto se ha mantenido en todos los casos que ha tratado dentro de su competencia, muchos de ellos referentes al derecho a la consulta (Martínez & Aguilar, 2015).

Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana sobre la consulta, ha dicho que hay dos puntos de análisis, el primero que hace una diferencia entre lo general y particular del derecho de participación que tienen las comunidades, es en base a esto que los pueblos deben tener todos los mecanismos para ejercer su participación en la adopción de las políticas estatales, de igual forma que los demás integrantes de la población y de manera diferenciada se deben crear espacios y mecanismos específicos para los mismos, para proteger su identidad cultural. El segundo punto se refiere a las condiciones que debe cumplir la consulta para ser considerada como un mecanismo adecuado que garantice la protección de los demás derechos de los pueblos (Rodríguez, 2014).

Por lo tanto, la consulta que se realice a los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades es distinta a los procedimientos de participación que tiene la población en general y debe cumplir con determinados requisitos, es decir, que no se debe pensar que por el hecho de que tienen determinados mecanismos específicos de participación, no accederían a aquellos que son dirigidos a la población en general, por ejemplo a la consulta popular. El hecho de haber diferenciado este mecanismo responde a la necesidad de proteger su identidad cultural, ya que si solamente se consideraría a los mecanismos generales, se desconocería por completo la diversidad que existe en el Ecuador.



Así mismo el Relator James Anaya (2010) en las observaciones que ha hecho al Ecuador, ha dicho que el Estado tiene que dialogar con los pueblos para garantizar su participación en el funcionamiento de la nueva institucionalidad, respetando sus tradiciones, teniendo cada vez más importancia su participación, sobre todo en temas referentes al ambiente, ya que muchas veces pueden darse problemas socio ambientales que pueden afectar la vida de los pueblos, este derecho a su vez se relaciona con el acceso a la información completa y oportuna, y debe ser un mecanismo en el que se reconozca y respete la diversidad cultural y los principios constitucionales. Por lo que el derecho a la consulta se lo puede analizar desde dos aristas, siendo un mecanismo de participación y un derecho colectivo, en ambos casos la consulta es de gran importancia social y política y tiene que ser regulada dentro de la normativa nacional siguiendo los estándares internacionales (Carrión, 2012).

Adicionalmente de conformidad con el art. 84 de la Constitución se considera a la consulta como una garantía constitucional, a su vez es la base o el soporte para los demás derechos colectivos y una garantía fundamental para la supervivencia de las comunidades, ya que como se dio a conocer es una respuesta que tiene como fin dotar de poder y decisión a los pueblos después de toda una vida llena de vulneraciones a sus derechos, ya que permite garantizar sus derechos, teniendo como responsable de su ejecución al Estado. De hecho es considerada como la medida de acción positiva que se ha recomendado para luchar contra todo tipo de discriminación, formas de intolerancia, racismo, etc. (Rodríguez, 2011).

Con todo esto se puede concluir que este mecanismo de participación tiene gran relevancia política, social, económica y ambiental y a través del mismo los colectivos pueden tener una ciudadanía activa, procurando el cumplimiento de los derechos de participación consagrados en el art. 61 de la Constitución y los derechos colectivos de



acuerdo al art. 57 del mismo cuerpo normativo, siempre y cuando se cumpla con sus requisitos.

## 2.2 Diferentes tipos de consultas

Es necesario dejar claro que la Carta Magna recoge 3 tipos de consultas. La primera es la consulta previa ambiental regulada en el art. 398<sup>34</sup>, la consulta popular en el art. 104<sup>35</sup> y la consulta como derecho colectivo, la misma que tiene dos alcances, una en el caso de programas y planes de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en los territorios de los pueblos y otra cuando vaya a tomarse una medida legislativa o administrativa que puede afectar los derechos colectivos. Entendiendo que las dos últimas de acuerdo a la normativa ecuatoriana no son iguales, ya que tienen diferentes características y alcances (Abad, 2016).

La consulta previa como ya se mencionó ya fue reconocida dentro de la anterior Constitución de 1998 en el art. 84.5 y en la actual Constitución se acoge este derecho, pero además incorpora lo reconocido en el art. 6 del Convenio 169, ya que al referirse a la consulta se da a conocer sus características de previa, libre, informada y dentro de un plazo razonable, así mismo se establece que es obligatoria y oportuna para garantizar los derechos de la comunidad (Martínez & Aguilar, 2015).

Por su lado, la consulta prelegislativa tiene la finalidad de constituirse en un mecanismo de participación de las colectividades cuando se vaya a emitir una medida que pueda afectar los derechos colectivos, es por eso que de manera previa tiene que realizarse

---

<sup>34</sup> Art. 398.- “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta...”

<sup>35</sup> Art. 104.- “El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana...”



esta consulta, para que los pueblos informen a las autoridades los consensos y las disposiciones que pudieran afectar sus derechos, para que sean considerados al momento de aprobar o no la norma (Martínez & Aguilar, 2015).

Esta no debe ser confundida ni con la consulta previa en caso de programas relacionados con recursos no renovables ni con la consulta ambiental dirigida a toda la comunidad, siendo la última un derecho ambiental, ya que la comunidad debe ser consultada cuando existe un riesgo ambiental, y hay que entender a comunidad ya no únicamente aquella que está formada por indígenas, montubios o afroecuatorianos, sino también por mestizos, blancos, etc., sin embargo, esta también debe ser previa, es decir debe realizarse de manera anterior a la toma de la decisión que podría afectar al ambiente y en el caso que como resultado se tenga una oposición mayoritaria la decisión motivada será tomada por la instancia administrativa o autoridad de acuerdo con la ley (Abad, 2016).

Con lo antedicho se denota claramente la existencia de varios tipos de consulta, sin embargo, la diferencia radica en los sujetos y objetos de las mismas, ya que en el caso de la consulta popular y ambiental son dirigidas a toda la población y si se trata de la consulta previa como derecho colectivo ya sea en el caso de medidas relacionadas con recursos naturales no renovables o de medidas legislativas o administrativas, están direccionadas para los titulares de derechos colectivos.

Así mismo el objeto de la consulta popular dependerá del órgano o persona que lo solicite, por ejemplo si es un GAD será de temas de interés para su jurisdicción<sup>36</sup>, en el caso de la ambiental el objeto versa sobre decisiones ambientales que pueden afectar a la población y en el caso de las consultas previas colectivas ya se ha definido anteriormente

---

<sup>36</sup> Art. 104 inciso tercero de la Constitución del Ecuador.



su objeto. A criterio personal es muy importante saber diferenciar estas consultas ya que muchas de las veces se han confundido las mismas, de hecho debido a estas confusiones la Corte Constitucional en la sentencia que trata la Ley de Minería explicó la diferencia de las consultas existentes en el Ecuador, ya que por no entender claramente sus alcances se han dado vulneraciones de derechos, por ejemplo sosteniendo que debe realizarse consultas ambientales cuando en realidad se trataba de una de las consultas previas colectivas.

### **2.3 Regulación de la consulta prelegislativa**

Este derecho ha sido regulado tanto a nivel nacional en la Constitución y normativa secundaria, como a nivel internacional, principalmente a través del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que debe entenderse como una obligación internacional, sin embargo, es importante mencionar que hay poca normativa nacional que no responde a los tratados mencionados (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Esta obligación de consultar se ha convertido en un principio general del derecho (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014) y por ser un derecho constitucional tiene que ser aplicado de manera inmediata, ser interpretado de la manera que más se ajuste a la Constitución y en el sentido más favorable a los seres humanos (Carrión, 2012). Así mismo debe considerarse al bloque de constitucionalidad que se encuentra conformado por todos los convenios internacionales de derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por el Ecuador y en cuanto a los tratados que forman parte del derecho blando de acuerdo a la Corte Constitucional en el Dictamen N. 0004-09-DTI-CC<sup>37</sup> son plenamente aplicables de manera directa por y ante cualquier juez o autoridad, por lo que

---

<sup>37</sup> Ver más: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8b4afcba-2750-4f09-ad22-a5a55b2bd508/0002-09-TI-res.pdf>



el art. 57 debe ser leído en relación con el art.11, 424 y 425 de la Carta Magna (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

Ahora bien, es importante recalcar que el reconocimiento constitucional del derecho a la consulta es un gran avance para los pueblos indígenas, sin embargo, en la realidad no ha sido considerada en muchos ámbitos, como en la institucionalidad estatal y el presupuesto público, haciendo que se reduzca sustancialmente el diálogo entre el Estado y las comunidades (Vargas & Ortiz Torres, 2018).

Además en la práctica no se ha cumplido con la norma constitucional ya que si bien se dice que debe ser de aplicación inmediata, las autoridades lo que menos quieren llevar a cabo es una consulta prelegislativa, es por eso no se ha considerado la participación de los pueblos en normas sumamente trascendentales para su vida, de hecho cuando se trató la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, me permito decir que la consulta se dio únicamente por todas las manifestaciones<sup>38</sup> que se dieron en el Ecuador, más no porque la Asamblea la haya querido realizar, por lo que realmente no hay verdadera materialización de este derecho a pesar de su reconocimiento.

Así mismo se han dado algunos problemas procesales y políticos que no permiten un pleno ejercicio del mismo y si bien se ha dado un avance en los mecanismos para construir nuevas relaciones basadas en la plurinacionalidad, en la práctica no hay como tal una ruptura de las estructuras sociales colonizadoras, generando que sea un límite para el ejercicio pleno de los derechos (Carrión, 2012). Esto se debe también a que si bien la Constitución otorga derechos, a la vez limita o pone ciertos candados jurídicos que son bastante difíciles de abrir por los sujetos titulares de derechos (Abad, 2016). Y a pesar

---

38

Ver

[https://www.bbc.com/mundo/america\\_latina/2010/05/100505\\_ecuador\\_indigenas\\_ley\\_agua\\_az](https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2010/05/100505_ecuador_indigenas_ley_agua_az)

más:



que la consulta es en definitiva una forma de democracia directa y un ejercicio de soberanía, el gobierno lo que desea es anular cualquier forma que le permita tener a la sociedad control sobre el Estado, viendo por ende a la consulta como una amenaza que debe ser anulada a como dé lugar (Simbaña, 2012).

### 2.3.1 Convenio 169

Como ya se dijo anteriormente, este Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad, el mismo que puede tener jerarquía normativa incluso superior a la Carta Magna de acuerdo al artículo 424 inciso segundo, recordando que el Convenio 169 si es vinculante para el Estado ecuatoriano, el mismo que establece la obligación de los estados de consultar a los pueblos a través de procedimientos adecuados y con sus instituciones representativas, estableciéndose los medios para que se dé una participación efectiva; en estos procesos debe primar el principio de buena fe y de acuerdo a las circunstancias propias de cada pueblo con el fin de lograr el consentimiento o un acuerdo de la medida consultada (Abad, 2016).

Este instrumento establece varios casos en los que debe realizarse la consulta, como por ejemplo cuando se va a dar el traslado de los pueblos, en la formulación, aplicación y ejecución de planes y programas de desarrollo, medidas relacionadas a la organización y funcionamiento de programas especiales para su formación educativa, entre otros, y obviamente el tema tratado:

Art. 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- 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





2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (OIT, 1989, págs. 27-28).

Así mismo hay otros artículos como el 7, 8, 12 y 15 que se relacionan con la consulta.

La OIT de manera bastante acertada en 1996 aprobó el Programa para Promover el Convenio 169-PRO 169, el mismo que es una Guía de Aplicación del Convenio, en donde se dan a conocer las características fundamentales de las consultas, las mismas que serán tratadas en los siguientes apartados. Adicionalmente la OIT cuenta con una Comisión de Expertos Para la Aplicación del Convenio-CEACR que a más de estar atenta al cumplimiento del Convenio, también emite posturas y propuestas para que los estados mejoren en determinados aspectos y constantemente está difundiendo recomendaciones que indican a los estados como deberían materializar los derechos del tratado (Abad, 2016).

Esta Comisión ha señalado que los gobiernos deben respetar el derecho a la consulta e incluso ha llamado la atención a determinados estados por no cumplirla, por ejemplo, a través de la Observación Individual a Perú en 1999 se analizó una reclamación realizada por la Confederación General de Trabajadores de Perú, ya que la ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa peruana había sido expedida sin haber sido consultada a las comunidades indígenas a las que afectada, aquí la CEACR señaló que el Estado tiene la obligación de consultar cuando por medio de una medida se pueda enajenar sus tierras o transmitir sus derechos de propiedad. Otro caso se dio en la Observación Individual a Paraguay en 2003 en donde la Comisión advirtió al Estado que tiene que realizar consultas antes de expedir una ley que regulaba el



funcionamiento de los órganos que se iban a encargar de la política indigenista, así mismo en México en 2008 llamó la atención al Estado diciendo que tiene que realizar consultas sobre las políticas de salud que pudieran afectar a los pueblos (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

De igual forma el Comité Tripartito de la OIT ha conocido reclamaciones y en base a estas ha dado recomendaciones sobre la consulta.

Es importante mencionar que de la simple lectura del artículo 6.1.a se puede evidenciar que en la normativa constitucional ecuatoriana se ha omitido varios aspectos, principalmente el hecho no mencionar las “medidas administrativas”, limitando la consulta únicamente a medidas legislativas, cuando lo ideal no debería ser así. De hecho tanto es su limitación que en el Instructivo que regula la consulta, que será desarrollado posteriormente, únicamente se refiere a medidas legislativas, poniendo límites que no corresponden a sus obligaciones internacionales y que si no se soluciona a tiempo el Estado será llamado la atención por los organismos internacionales. Y más allá de eso hay que entender que si es que se siguen poniendo trabas, obstáculos o límites a estos derechos, se continuarán generando graves vulneraciones de derechos, que al final del día repercutirán severamente en la armonía de todo el Estado.

### **2.3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Por su parte la Declaración reconoce más casos en los que debe darse la consulta por ejemplo en el caso que se vayan a utilizar territorios de los pueblos para actividades militares, proyectos de desarrollo, medidas de protección a los niños, etc., y en el art. 19 se establece que:



Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas **antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten**, a fin de obtener su **consentimiento libre, previo e informado** (Naciones Unidas, 2007, pág. 8).

En el caso que no se haya dado su consentimiento los estados tienen que reparar todos los bienes que las comunidades han perdido, dentro de los cuales están bienes intelectuales, espirituales y culturales<sup>39</sup> (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009). Adicionalmente en su art. 15 se establece que debe consultarse las medidas con el fin de eliminar prejuicios y discriminación y más bien promover la tolerancia, buenas relaciones y comprensión, así mismo los artículos 17.2, art. 30.2, art. 36, art. 38 se relacionan con la consulta. En este caso se puede evidenciar una gran diferencia con el Convenio, ya que en este tratado el fin es lograr el consentimiento y no únicamente un acuerdo, situaciones que tienen diferentes efectos jurídicos.

Estos son los artículos fundamentales del reconocimiento del derecho de consulta, y así mismo en el caso de la Declaración nuevamente se vuelve a mencionar a las medidas administrativas, cuestión olvidada por nuestra normativa, estas omisiones se dan ya que en el Ecuador siempre se ha tratado de evitar su realización, incluso aceptando como “consultas” a mecanismos que nada tenían que ver con las mismas, y es que no se tratan de únicamente un acto, sino más bien un proceso que conlleva distintos pasos, situación que ha querido ser cambiada por la Corte Constitucional mediante sus sentencias, empero, por distintas circunstancias que serán presentadas posteriormente no han dado los

---

<sup>39</sup> Art.11.2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres



resultados deseados. Así mismo no podría pensarse que solamente a través de medidas legislativas se puede afectar sus derechos, esto sería completamente alejado a la realidad, ya que mediante planes, programas, políticas, etc., pueden violentarse de distintas maneras sus derechos.

### **2.3.3 Otras fuentes del derecho a la consulta prelegislativa**

Por otro lado, hay otras fuentes internacionales de la consulta como los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación del Convenio y recomendaciones de la OIT, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité de DESC, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y las recomendaciones del Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. También hay fuentes regionales como los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de DDHH, las sentencias de la CIDH, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009), así como también pronunciamientos de organismos multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, que si bien no son vinculantes si son condicionamientos al momento de financiar proyectos de desarrollo que pueden afectar a los pueblos (Araujo, 2019).

En la mayoría de los pronunciamientos de los órganos mencionados se ha dado a conocer la necesidad y la obligación que tienen los estados de consultar a los pueblos en el caso de medidas que los pueden afectar directamente, sus características, alcance, etc., siendo de gran importancia ya que así inteligencian a los estados en varias situaciones que podrían estar un poco oscuras o difíciles de entender y aplicar, sin embargo, debido



a la gran cantidad de los mismos no serán mencionados de manera específica pero si a lo largo de este trabajo.

Con todo este desarrollo normativo el Relator de Naciones Unidas, James Anaya (2005), dijo que el derecho-deber de consulta ha sido acogido por la gran mayoría de estados y que por lo tanto esta norma ha pasado a ser parte del derecho internacional consuetudinario. Así mismo la CIDH señaló que a más de ser una obligación es un principio general del derecho internacional, por lo que su omisión acarrearía responsabilidad internacional. Adicionalmente, en el sistema interamericano los estados tienen la obligación de acuerdo al art. 2 de la Convención Americana de DDHH de tomar medidas dentro del ordenamiento interno para hacer efectivos los derechos reconocidos a nivel convencional, y es por eso que deberían tomarse medidas para garantizar el derecho de consulta, esto en concordancia con el art.1.1 de la Convención en donde se establece que debe protegerse la identidad de los pueblos (Patiño, 2014).

Finalmente es importante acotar que los pronunciamientos y decisiones tanto nacionales como internacionales han sido bastante diferentes principalmente en lo referente a los fines y efectos de la consulta, de acuerdo al Relator James Anaya, estos vacíos y diferencias al momento de interpretar las normas internacionales sobre la consulta se deben a que hay muchos intereses y enfoques encontrados entre distintos sectores sociales y el Estado, teniendo visiones completamente distintas y que no se ha podido llegar a un punto medio (Araujo, 2019).

Sin embargo, hay que aceptar que la gran mayoría de estos vacíos en la realidad han sido utilizados en contra de los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades, haciendo que muchas de las veces las consultas no respondan a sus costumbres, se hagan de manera rápida y específicamente sus opiniones no sean consideradas debido a que se señala que su carácter es de no vinculante, por lo tanto a pesar de haber varias posiciones



y pronunciamientos sobre la misma, pienso que es sumamente necesario que el Estado se encargue de regular estos vacíos sin afectar la flexibilidad de la consulta, así como también no únicamente velando por sus intereses (que generalmente son mercantilistas), sino buscando que haya una protección sobre todo a la diversidad y supervivencia de los pueblos.

### **2.3.4 Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa**

La Corte Constitucional ecuatoriana al conocer la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería emitió la sentencia N° 001-10-SIN-CC<sup>40</sup> en 2010, mediante la cual al momento de conocer este caso, la Corte estableció varios particulares (Martínez & Aguilar, 2015):

- Diferencia de la consulta prelegislativa con las demás consultas reconocidas en el Ecuador
- La consulta prelegislativa es un derecho constitucional y no únicamente una formalidad de procedimiento, siendo adicionalmente un requisito fundamental para la aprobación normativa en los casos que se pueda afectar derechos colectivos
- La Corte estableció que al momento de aprobarse la Ley de Minería no había un marco normativo que regule la consulta prelegislativa, por lo que los procesos llevados a cabo por parte de las autoridades fueron de acuerdo a los tratados internacionales y la Constitución
- Finalmente se ordenó que la Asamblea Nacional regule este derecho, no obstante, mientras no se cumplía con este deber, la Corte estableció los requisitos mínimos de la misma, ya que en ningún cuerpo normativo tanto nacional como internacional

---

<sup>40</sup> Ver más: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d1f5a8d7-429a-425a-87b0-06daadcc33a0/0008-09-IN-res.pdf>









se había regulado de manera clara los parámetros de este derecho, es así que la Corte estableció 3 requisitos básicos de la consulta:

- Dirigida exclusivamente a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos montubios y afroecuatoriano, antes de que se apruebe una medida normativa que pudiera afectar a los derechos colectivos antes mencionados.
- No se debe equiparar o compensar a los otros tipos de consulta
- Los pronunciamientos serán con relación a aquellos aspectos que pudiesen afectar objetivamente a los derechos colectivos.

Adicionalmente se dio a conocer las fases que debe tener la consulta. Ahora bien, en cumplimiento a esta sentencia el CAL aprobó el 13 de junio de 2012 el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, sin embargo, el mismo no cumple con los requisitos y principios reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014), a pesar que tiene como fundamentos al Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas y la Constitución (Martínez & Aguilar, 2015).

Su objetivo es regular el ejercicio del derecho de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, pueblos montubios y afroecuatoriano a la consulta prelegislativa, la misma que deberá ser realizada en base a 6 principios.

**Figura 6***Principios de la Consulta Prelegislativa recogidos en el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa*

 <b>Oportunidad</b> La consulta debe realizarse antes de expedir la ley.	 <b>Plazo razonable</b> Debe respetarse el tiempo para el desarrollo de las fases y de las deliberaciones internas de los colectivos.
 <b>Buena fe</b> Todos los sujetos deben actuar de manera honrada, proba, transparente, diligente y responsable, en un clima de confianza y respeto mutuo.	 <b>Información veraz y suficiente</b> La Asamblea dará toda la información objetiva, oportuna, sistemática y veraz sobre la consulta, a través de cualquier medio, forma e idiomas.
 <b>Interculturalidad y plurinacionalidad</b> Debe desarrollarse la consulta dentro de estos principios y el de acción afirmativa.	 <b>Autonomía</b> La participación deberá ser sin coacción o condicionamiento, debe respetarse la autonomía de los sujetos.

Elaboración: Propia a partir del Instructivo

Sobre estos principios es necesario señalar que si bien se acoge a los estándares internacionales, se tienen que hacer algunas puntualizaciones:

- **Oportunidad:** este principio se cumplirá únicamente antes de expedir una ley, sin considerar las demás normas y las medidas administrativas, por lo tanto no regula todas aquellas medidas que deben ser consultadas, sino únicamente un caso de los muchos que se pueden dar.
- **Interculturalidad y plurinacionalidad:** cuando se hace referencia a estos principios solamente se menciona que se cumplirán, pero no establece de qué manera. Estimo que justamente aquí se debió mencionar que la consulta tiene que respetar las costumbres, tradiciones, formas de vida, etc., de los pueblos, para que sea culturalmente adecuada, así mismo debió mencionarse cuál será el medio idóneo a aplicar para garantizar esta protección.





- Información veraz y suficiente: si bien el Estado es el encargado de dotar la información, debió haberse establecido adicionalmente la posibilidad de los pueblos de solicitar cualquier información que se considere como necesaria para tener un conocimiento completo de la medida, así como también la comunicación constante que debe haber, en donde el Estado no únicamente cumple el papel de dotador de información sino también de receptor.

Ahora bien, de manera posterior desde el art. 6 se desarrollan las fases de la consulta, teniendo como órgano responsable a la Asamblea Nacional mediante la Comisión Especializada permanente u ocasional, quien en el primer debate de la ley dará a conocer al resto de legisladores su opinión de realizar la consulta sobre determinados temas, opinión que será aprobada por mayoría absoluta de los miembros<sup>41</sup>. Es decir, que únicamente la Comisión puede tomar la decisión de proponer la realización de la consulta y su ejecución queda supeditada a la aprobación por mayoría absoluta de la Asamblea, sin dar la posibilidad a que los pueblos manifiesten a los órganos estatales su deseo de que se realice la consulta de manera fundamentada.

De lo poco que se ha mencionado, es importante señalar que al momento que el CAL emitió este Instructivo, de acuerdo a la sentencia emitida por la Corte Constitucional, tanto el CAL como la Corte tenían una visión bastante limitada de lo que se entiende por medidas legislativas, interpretando que únicamente engloba las leyes emitidas por la Asamblea, dejando de lado toda la restante normativa que también podría afectar los derechos de los pueblos, por lo tanto este Instructivo regula únicamente uno de los casos en los que puede darse la consulta prelegislativa.

---

<sup>41</sup> Se entiende por mayoría absoluta al voto favorable de la mitad más uno de los asambleístas



### **2.3.4.1 Fase de preparación.**

Una vez que se haya decidido la realización de la consulta, dentro de 5 días término la Comisión responsable tiene que entregar al Presidente de la Asamblea los temas sustantivos fundamentados a ser sometidos a la consulta, los mismos que deben ser aprobados por el CAL. Para la consulta se utilizarán los formularios que deben ser igualmente aprobados por el CAL, por lo tanto se puede evidenciar una concentración de decisiones en el órgano estatal.

### **2.3.4.2 Fase de convocatoria pública e inscripción.**

El Presidente de la Asamblea informará a través de medios de comunicación social, comunitarios y de las organizaciones representativas de las colectividades tanto a nivel nacional como regional el inicio de la consulta y convocará a los mismos a participar de esta, dentro del plazo de 20 días. Para esto se publicarán los temas que van a ser consultados en los idiomas de relación intercultural.

En el término de 5 días la Asamblea debe instalar una oficina central de coordinación en Quito y oficinas provinciales de información y recepción de documentos en las Delegaciones Provinciales del CNE respectivas.

Posteriormente las organizaciones de primer grado<sup>42</sup> que se hayan inscrito, dentro del plazo que se haya establecido en el llamado público realizado por el Presidente de la Asamblea, recibirán los siguientes documentos:

- El formulario con los temas sustantivos y el sobre de seguridad
- El cronograma de la consulta

---

<sup>42</sup> Art. 10.1 del Decreto N. 739.- 1. Corporaciones de primer grado: son aquellas que agrupan a personas naturales con un fin delimitado, tales como: asociaciones, clubes, comités, colegios profesionales y centros



- Las normas que rigen la consulta

Una vez concluido el plazo para la inscripción, el Presidente de la Asamblea publicará el listado definitivo y lo tiene que remitir a la Comisión Especializada.

En esta fase se puede evidenciar el poco conocimiento de los legisladores en el tema, ya que no solo depende de los pueblos el hecho de inscribirse sino que pueden darse casos en donde primero determinadas comunidades, nacionalidades, pueblos o comunas no conozcan la medida que se va a tratar y por ende su afectación y segundo muchas veces pueden darse situaciones en donde a simple vista una medida no afecte a un pueblo en concreto, pero si se realizaría un análisis se podrían dar cuenta que si puede haber una afectación. Por lo tanto el Estado debe conjuntamente con organismos especializados hacer estudios del campo de la afectación que podría generar la medida, para que así, si es que una comunidad no se inscribe, las autoridades puedan dialogar con la misma y darle a conocer de la medida, para que en base a su autonomía participe dentro de la consulta.

#### **2.3.4.3 Fase de la realización de la consulta.**

Continuando con el Instructivo, la discusión interna de los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades se debe realizar de acuerdo a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de decisión, sin que nadie intervenga, sin embargo, si pueden pedir opiniones técnicas y especializadas. Dentro de 20 días término posteriores a la entrega de la información, las oficinas de información y recepción receptorán en el sobre de seguridad:

- El formulario con los temas sustantivos
- Las actas de las reuniones o asambleas realizadas, con las listas de participantes



#### **2.3.4.4 Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta**

Después de recibir los resultados, dentro de 2 días plazo, las oficinas de información y recepción de cada provincia enviarán los sobres cerrados a la Comisión, para que reúna los resultados provinciales dentro de 5 días término, posteriormente la Asamblea convocará a los representantes de las organizaciones de segundo grado<sup>43</sup> de los titulares de derechos colectivos, no pudiendo ser más de 3 por cada entidad a las audiencias públicas provinciales, que deben realizarse dentro del plazo máximo de 30 días, aquellos sujetos que no pertenezcan a esas organizaciones, igualmente participarán a través de 1 delegado. En estas audiencias debe estar por lo menos un asambleísta de la Comisión y obviamente pueden asistir también asambleístas de otras comisiones si es que lo desean.

En las audiencias se socializarán los resultados y se identificarán los consensos y disensos, los que se deben hacer constar en un acta suscrita por los asistentes. Posteriormente la Asamblea Nacional convocará con 3 días de anticipación a una mesa de diálogo nacional para discutir los resultados, en la que participarán los delegados de cada organización consultada y los miembros de la Comisión, la misma será dirigida por el Presidente de la Comisión. En esta mesa se discutirán únicamente los consensos y disensos que fueron identificados en las audiencias públicas provinciales, tendrá una duración de máximo 5 días y cuando termine debe suscribirse un acta.

Después, en el término de 7 días, la Comisión tiene que elaborar un informe final de resultados, al que debe adjuntarse una copia certificada del acta de la mesa de diálogo, este informe debe ser enviado al Presidente de la Asamblea para que declare oficialmente el cierre del proceso de consulta y presente los resultados finales, dentro del mismo

---

<sup>43</sup> Art. 10.2. del Decreto N. 739.-Corporaciones de segundo grado: son aquellas que agrupan a las de primer grado o personas jurídicas, como las federaciones, cámaras o uniones. Son de carácter provincial.



término la Comisión incorporará el informe para el segundo debate del proyecto de ley tanto los consensos como disensos obtenidos, y únicamente los consensos serán incorporados en el proyecto de ley.

Finalmente cabe mencionar que el Presidente de la Comisión tiene la responsabilidad de garantizar la cadena de custodia tanto de los documentos como de los resultados de la consulta, por lo que los sobres con los resultados se abrirán en sesión de la Comisión.

Llama mucho la atención que a pesar de la importancia del derecho colectivo en cuestión, se haya decidido regular por medio de un instructivo aprobado por el CAL, a criterio del Dr. Andrés Martínez (2015) lo adecuado hubiera sido una reforma normativa o que se incluya este mecanismo dentro de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. Inclusive se han presentado proyectos de reformas de ley en los que se ha propuesto la regulación del derecho a la consulta prelegislativa dentro de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, sin embargo han sido vetados. Así mismo varios asambleístas han presentado proyectos de ley, uno por Marco Murillo y otro por Diana Atamain para que se regule de forma adecuada este derecho, en los que se incluyen aspectos de la consulta como (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014):

- Alcance
- Objetivo
- Responsables
- Ámbito
- Procedimiento.

Lo ideal, no solo por la importancia del tema sino en cumplimiento con la Constitución, habría sido que su regulación se realice por medio de una ley orgánica, esto



en aplicación del principio de reserva de ley, en base al cual la Asamblea Nacional es el órgano encargado de crear, modificar o suprimir leyes, cuando se tenga que regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales<sup>44</sup>.

Por lo que si bien existe la normativa nacional es necesario cumplir con los estándares constitucionales e internacionales también, teniendo en cuenta que este tema es político y jurídico, y de gran complejidad ya que incluye intereses de varios grupos sociales, por lo que su adecuada regulación es una necesidad para todo el Estado (Carrión, 2012), empero, este Instructivo tiene categoría de resolución legislativa, y a criterio de Joaquín Abad (2016) es inconstitucional ya que el mismo se encarga de desarrollar derechos fundamentales, competencia que no le corresponde.

Se establece el principio de reserva legal debido a que la ley es la norma más rígida en comparación con las de menor rango y más si es una orgánica, ya que para su expedición, modificación y derogación se necesita de la mayoría calificada del órgano legislativo y no solo de una persona<sup>45</sup> (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). Esta ley debería tener el procedimiento, la forma de realización, los plazos, los efectos jurídicos en caso de omisión y las reparaciones e indemnizaciones en caso que se dé una violación a la norma sustantiva (Abad, 2016).

Sin embargo, es importante mencionar que si bien esta figura debe ser regulada mediante una ley de acuerdo a la normativa ecuatoriana, no debe pensarse en una regulación completamente rígida, ya que esto sería un impedimento para el cumplimiento de una de las características de la consulta, que es aquella que supone que la consulta debe ser adecuada a la las costumbres y tradiciones de los pueblos, por lo tanto la existencia de

---

<sup>44</sup> Art.133.2 de la Constitución del Ecuador

<sup>45</sup> Art. 133 de la Constitución del Ecuador.-“... La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional...”



esta ley sería con la finalidad de regular aspectos generales de la consulta, sin olvidar la flexibilidad de la institución, caso contrario podrían realizarse consultas que no sean concordantes con las distintas realidades de los pueblos.

Así mismo el Instructivo no tiene un enfoque intercultural y garantista de la consulta, situación que será demostrada cuando se explique de manera detallada las características para una verdadera consulta, todo esto se debe a la falta de voluntad política de los gobiernos y las pocas consultas que se han dado han sido con bastantes obstáculos e imprecisiones, generando varios conflictos entre los pueblos y el Estado (Carrión, 2012).

Finalmente, por todas estas críticas que ha recibido el Instructivo es que en fecha 13 de diciembre de 2019 la Corte Constitucional mediante el conocimiento de dos acciones de incumplimiento, declaró en su sentencia No. 0038-13-IS y acumulado<sup>46</sup> el incumplimiento por parte de la Asamblea Nacional de la sentencia No. 001-10-SIN-CC, omitiendo el art. 84 de la Constitución, ya que debió haberse regulado mediante ley como había mandado la sentencia mencionada. Adicionalmente se dio el plazo de máximo un año para que la Asamblea emita la ley orgánica correspondiente, en base a los parámetros establecidos en la sentencia No. 001-10-SIN-CC y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

No obstante, hasta la actualidad no se cuenta con la ley orgánica referente a la consulta prelegislativa, únicamente se ha quedado en proyectos de ley, el último presentado en 2020, que será analizado en el siguiente capítulo.

---

<sup>46</sup> Ver más: [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ff1a5119-1645-491d-b7f7-8285ee5b6a89/0038-13-is\\_y\\_0039-13-is\\_\(acumulados\)-sen.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ff1a5119-1645-491d-b7f7-8285ee5b6a89/0038-13-is_y_0039-13-is_(acumulados)-sen.pdf?guest=true)



## **2.4 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización**

El COOTAD en el art. 325 regula la consulta prelegislativa que deben llevar a cabo los gobiernos autónomos descentralizados, sin embargo, es necesario dejar claro que este código fue publicado en el Registro Oficial en el año 2010 y a pesar que el Instructivo se emitió en 2012, nada se menciona en el mismo acerca de lo regulado en el COOTAD.

De acuerdo al artículo mencionado los GAD's deben llevar a cabo procedimientos de consulta cuando se emitan normas que pueden afectar directa y objetivamente a los derechos de los sujetos colectivos, así mismo se da a conocer las fases de la consulta, las cuales son parecidas a lo establecido en el Instructivo, sin embargo se trata solamente de un artículo que deja un sinnúmero de cuestiones sin regular. Además se establece que los GAD's podrán regular este derecho mediante ordenanzas, de lo cual se puede colegir que no es un deber, sino una opción.

Cuestión que si ha sido acatada por algunos gobiernos autónomos ya que existen varias ordenanzas que regulan este mecanismo de participación, empero, en las mismas solamente se menciona la consulta para las ordenanzas que puedan afectar los derechos de los colectivos, olvidándose nuevamente de las medidas administrativas. Sin embargo, no se tratarán estas ordenanzas ya que merecen su propia línea de investigación, por lo que este trabajo se concentra sobre todo en el Instructivo, que de acuerdo a la Corte Constitucional debía ser la “ley” que regule este derecho en específico.

## **2.5 Sentencias de la Corte Constitucional**

Si bien actualmente se tiene como norma el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este derecho





colectivo, es por eso que es importante conocer de manera breve dos sentencias que amplían el campo de aplicación de esta figura constitucional.

### **2.5.1 Sentencia N.º 023-17-SIN-CC**

En julio 2017 la Corte Constitucional conoció la demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acuerdo Ministerial N. 041 de 2012, emitido por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, en el cual se expidió el Reglamento del Sistema de Identificación y Trazabilidad Animal del Ecuador SITA. Los accionantes manifestaban que este acuerdo debió haber cumplido con la consulta prelegislativa establecida en el art. 57.17 de la Constitución.

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró que en este caso no era procedente este derecho colectivo ya que el acuerdo mencionado no afecta o perjudica a determinado sujeto colectivo, es decir, no hay afectación a alguno de sus derechos colectivos, ya que más bien los accionantes se encuentran afectados en su condición de sujetos individuales que se dedican a una actividad ganadera, mas no como sujetos colectivos, por lo tanto el acuerdo no es inconstitucional.

No obstante, a pesar de que no se declaró la inconstitucionalidad, la Corte manifestó algunas ideas que son bastante importantes para la consulta prelegislativa. Es así que señaló que esta figura procede cuando se trata de medidas legislativas y administrativas que pueden afectar los derechos colectivos, que, no solo se prevé en medidas legislativas ya que de acuerdo al Convenio 169 también procede en medidas administrativas, por lo que a pesar que la Constitución no lo dice, estos casos ya se subsanan con lo regulado en el Convenio que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.



Así mismo, estableció que al momento de analizar el término medidas legislativas, no debe entenderse únicamente aquellas que emanan de la Asamblea Nacional sino todas las que provienen de entes con potestad normativa, como por ejemplo del Presidente de la República que tiene la potestad de expedir reglamentos, el CNE igualmente puede expedir reglamentos de acuerdo a su competencia, los GAD'S a través de ordenanzas y en este caso los Ministerios expiden actos normativos con efectos generales por medio de sus acuerdos y resoluciones. Por lo tanto un acto normativo no solo proviene de la Asamblea, sino de varios entes estatales que tienen la facultad normativa, sin embargo, llama la atención que la Corte no hace referencia a lo regulado en el COOTAD, que también se encuentra bajo la figura de consulta prelegislativa.

Finalmente la Corte analiza la “afectación” de las medidas, entendiendo que una medida afecta a un derecho colectivo, cuando ésta genera algún perjuicio, “en el sentido de incidir desfavorablemente en la cosmovisión, organización, identidad, integridad, relacionalidad, supervivencia y recursos naturales de los sujetos colectivos, en su condición particular y específica” (Corte Constitucional, 2017, pág. 32). Criterio que no es compartido ya que debe consultarse indistintamente del impacto o afectación que se tenga, es decir, sea positivo o negativo.

### **2.5.2 Sentencia No. 20-12-IN/20**

Se presentó ante la Corte Constitucional una demanda de acción de inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial N. 080 expedido por el Ministerio del Ambiente, en el cual se declaraba como Bosque y Vegetación Protector al área denominada Triángulo de Cuembí, la misma que se encuentra localizada en la provincia de Sucumbíos, cantón Putumayo.



Se pedía su inconstitucionalidad ya que tenía que haberse dado la consulta prelegislativa, puesto que en esta área se encontraban pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas y sus derechos se veían afectados por esta medida.

En esta sentencia, la Corte nuevamente mencionó que el campo de aplicación de la consulta prelegislativa es ante cualquier medida ya sea normativa o administrativa que afecte los derechos de los colectivos y que no solamente la Asamblea Nacional es el órgano encargado, sino cualquier órgano que tenga estas facultades y que la sentencia que trató la Ley de Minería hizo una restricción ilegítima al señalar que solo cabe en leyes y ante la Asamblea Nacional.

Posteriormente, analizó que en este caso si se debió consultar a los pueblos que habitan en la zona ya que como producto de este Acuerdo-medida administrativa se han vulnerado derechos colectivos como el derecho a limitar las actividades militares en sus territorios y a mantener la posesión de sus tierras ancestrales, violaciones que pudieron haberse evitado realizando la consulta prelegislativa.

Es por eso que se declaró la inconstitucionalidad del acuerdo con efectos diferidos, ya que se dio al Ministerio del Ambiente el plazo de un año para que se cambie el Acuerdo realizando la consulta prelegislativa correspondiente, adicionalmente se instó a la Asamblea a que cuando emita la ley orgánica sobre la consulta prelegislativa considere lo manifestado en la sentencia.

Ahora, si bien las sentencias son bastante progresistas, el problema es que solo se limitaron a enunciar el objeto, sujeto consultante, y características generales de la consulta, pero no señalan la manera en la que se va a llevar el procedimiento, o no recalcan la importancia de este derecho y la necesidad imperiosa que existe para que la Asamblea regule este derecho ya desde una perspectiva amplia, por medio de una ley orgánica. Por



lo que su aplicación sería bastante compleja, sin embargo, en base a estas sentencias debería realizarse la consulta de acuerdo a lo señalado anteriormente. Empero, lo necesario en estos casos no solamente es manifestar cuando debe darse la consulta sino regular este derecho adecuadamente, que de acuerdo a nuestra Constitución, sería a través de una ley orgánica, la cual no existe, sin quitar valor a las sentencias, no obstante, debido a la complejidad del derecho se hace necesario un mayor desarrollo, que no se dio en las mencionadas sentencias.

Así mismo, en ninguna de las dos sentencias se hace referencia a la consulta prelegislativa de acuerdo al COOTAD, por lo que genera muchas dudas sobre su aplicación, si es que se trató la consulta prelegislativa, por qué no se mencionó lo regulado en este código, que al final vendría a ser un apoyo más para la línea principal de las sentencias, es decir, la Corte menciona que el campo de aplicación es más amplio y por lo tanto pudo haber manifestado que incluso ya se ha regulado para los GAD's, no obstante, no lo hizo.

Considero que hubiera sido necesario que se haga referencia a este código e incluso señalar aquella necesidad de unificar en un solo cuerpo normativo este derecho, para que no se generen confusiones futuras, distintas formas de ver la consulta, efectos, procedimientos, etc.

## **2.6 Medidas legislativas y administrativas**

El objeto de la consulta son las medidas estatales, ya sean administrativas o legislativas, que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos, considerando que la afectación no únicamente se da a las tierras o territorios, sino a todos sus derechos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).



Por lo tanto es necesario saber que se entiende tanto por medidas legislativas como por medidas administrativas, a pesar que en la Constitución únicamente se refiere a medidas legislativas, empero, en los tratados y sentencias si se incluye a las medidas administrativas y al ser los mismos parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario analizarlas.

### **2.6.1 Medidas legislativas**

Cuando el art.6 del Convenio se refiere a medida legislativa, no ha de entenderse únicamente a la ley ya que sería bastante restrictivo, sino a todas aquellas medidas normativas no administrativas que pueden afectar de manera directa a las colectividades (Rodríguez, 2011), o todas aquellas normas ya sean nacionales, regionales o locales que han sido emitidas por la autoridad competente, por lo que también incluye toda creación o reforma de la Constitución, leyes, ordenanzas, reglamentos, etc., (Carrión, 2012). Así mismo en aplicación del principio pro homine ha de entenderse a esta expresión como aquella que de la posibilidad de una amplia participación de los pueblos, tiene pues que interpretarse de manera extensa, para que el Estado realmente cumpla su deber de garantizar y promover la diversidad dentro del mismo, mediante la eficacia de este derecho. Por lo tanto, cuando se desee promulgar cualquier tipo de normativa que puede afectar a los pueblos, debe ser consultada (Rodríguez, 2011).

Consecuentemente lo regulado en el Instructivo y en el COOTAD no sería nada más que unos tipos de norma a consultar, ya que al entender de manera amplia este término no podrían ser consultadas únicamente leyes y ordenanzas, sino como mencionan los autores todo tipo de medida normativa no administrativa que emana de autoridad competente, como ha sido establecido en las sentencias de la Corte Constitucional, es por eso que para evitar un conflicto de definiciones, lo mejor sería la utilización de la



expresión “medidas normativas”, así incluye todo el ordenamiento normativo vigente dentro del Estado ecuatoriano.

En el Ecuador la potestad normativa según la Constitución le corresponde a la Asamblea a través de la creación de leyes, a los Gobiernos Autónomos a través de ordenanzas y en el caso de las Juntas Parroquiales tienen facultades reglamentarias, así mismo el Ejecutivo puede presentar proyectos de ley, es colegislador por su facultad de sancionar u objetar las leyes y tiene potestad reglamentaria, adicionalmente hay varios órganos más que pueden emitir normas en el ejercicio de sus funciones (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

Así mismo dentro del artículo 425 de la Constitución se da una descripción del orden jerárquico de las normas:

- Constitución
- Tratados y convenios internacionales
- Leyes orgánicas
- Leyes ordinarias
- Normas regionales y ordenanzas distritales
- Decretos y reglamentos
- Ordenanzas
- Acuerdos y resoluciones
- Demás actos y decisiones de los poderes públicos

Por lo que todas estas normas cuando afecten los derechos de los pueblos deben ser consultadas.

Dentro de estas medidas también deben incluirse los procesos para elaborar una nueva Constitución o reformar la vigente, de hecho así lo manifestó el Relator James



Anaya (2009) señalando que si bien el Convenio dice medidas legislativas, se deben incluir los procesos de elaboración y reformas de las normas constitucionales, así mismo que esta consulta tiene que ser aplicada en normas de rango internacional, local y municipal. Por su parte el Consejo de Administración de la OIT señaló que en el caso en el que los reglamentos puedan afectar derechos también se tratan de medidas que deben ser consultadas (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

Este mismo Consejo frente a un reclamo del Decreto N. 1320 de Colombia, que regulaba la consulta previa para el caso de explotación de recursos naturales no renovables, señaló que el mismo al afectar a los derechos de los pueblos debió haber sido consultado y como no lo fue, era incompatible con el Convenio (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). Por lo tanto la consulta prelegislativa se aplica para toda potestad normativa prevista en la Constitución, es decir procesos de elaboración o reformas de la propia Constitución, de leyes, ordenanzas, reglamentos y en general todas las normas reconocidas en el artículo mencionado anteriormente, generándose un campo de acción bastante amplio para esta institución jurídica.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado que por ejemplo, leyes como el código laboral, código penal, ley de educación, etc., deben ser consultadas (Rodriguez, 2014), así mismo Patiño (2014) da una serie de ejemplos extraídos de sentencias y pronunciamientos tanto a nivel nacional como internacional, indicando que deben consultarse todas las medidas legislativas destinadas a regular la consulta, en las que se debe dar la posibilidad de que los pueblos puedan presentar modificaciones al proyecto así como que las mismas formen parte del texto final, normas sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica colectiva, medidas que conlleven la adopción de niños o adolescentes pertenecientes a estos pueblos, así como medidas en contra de la explotación laboral de menores, aquellas referentes al sistema de educación, tratados internacionales,



leyes relacionadas con el territorio, cuestiones ambientales, leyes relacionadas a la administración de áreas, reformas agrarias, reformas a la Constitución, decretos, medidas sobre la seguridad de los miembros, aquellas relacionadas a lugares con importancia étnico-histórica, aquellas que se refieren al suministro de agua, atención médica y psicosocial, etc.

Entendiendo que hay una afectación directa cuando la norma en consulta puede alterar o modificar el estatus o condiciones de la persona o comunidad, por distintas razones, como la imposición de gravámenes o restricciones, o la dotación de beneficios, por lo que la afectación puede ser positiva o negativa. Así mismo se ha determinado que no deben consultarse aquellas medidas que se han establecido para la generalidad de la población (Rodríguez, 2011) a menos que dentro de las mismas estén situaciones expresas en donde los instrumentos internacionales señalen que deben ser consultadas (Rodríguez, 2014).

También es necesario entender que la consulta se dará en aquellas normas que sean propuestas por los distintos niveles de gobierno, pero también cuando han sido presentadas por otros sujetos, en las que igualmente podrían afectar a las comunidades (Rodríguez, 2011). En el caso ecuatoriano esto se acoplaría a los casos en los que hay una iniciativa normativa por parte de la ciudadanía, de conformidad con el art. 134.5<sup>47</sup> de la Constitución.

Por lo que con los ejemplos y explicación dada, en el Ecuador debió haberse realizado esta consulta cuando se trataron normas como el Código Orgánico Integral Penal, la Ley Orgánica De Educación Intercultural, el Código Orgánico De Organización

---

<sup>47</sup> Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: 5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional





Territorial, Autonomía Y Descentralización, Ley de Minería, Código del Trabajo, y en general cualquier medida normativa que afecte sus derechos.

En Colombia se ha desarrollado mayor jurisprudencia sobre la consulta previa de medidas legislativas, la Corte Constitucional ha señalado que en caso de no realizarse la consulta se declaran como inconstitucionales las normas, así mismo ha manifestado que hay medidas que si bien son de carácter general pueden afectar a determinados pueblos “étnicos” ya sea de manera positiva o negativa en su identidad cultural y por eso hay la obligación de realizar consultas, de acuerdo a las metodologías acordadas (Rodríguez, 2011).

Incluso la Corte se ha pronunciado sobre tratados internacionales estableciendo que debe llevarse a cabo la consulta antes del sometimiento del instrumento por parte del Presidente al Congreso, por lo tanto podría darse la consulta durante la negociación, mediante el establecimiento de mesas de trabajo en las que las comunidades puedan dar a conocer sus distintas opiniones o ya cuando se haya aprobado el texto por las partes, pudiendo en el caso de que así sea llevarse a la renegociación del tratado (Rodríguez, 2011). Si se trata de un tratado de libre comercio en donde las medidas sean demasiado generales no hay la obligación de consultar, pero si dentro del mismo hay políticas, proyectos o programas que afecten directamente a los pueblos, si tienen que ser consultadas antes del diseño y ejecución de los mismos (Salinas, 2014).

Sin embargo, la misma Corte señaló que no se requiere ni del consentimiento ni de un acuerdo, ya que dentro del Congreso los pueblos indígenas si tienen representantes que participan en el debate, esto ocasionó gran rechazo por parte de los pueblos señalando que es un candado que imposibilita el ejercicio de sus derechos, situación bastante parecida al caso ecuatoriano (Salinas, 2014).



Consecuentemente, con toda esta información se puede concluir que debe ser consultada toda medida normativa que puede afectar los derechos de los pueblos, considerando que las normas se encuentran descritas en el art. 425 de la Constitución, además que no solo debe consultarse en el momento de expedir las normas, sino también cuando se vayan a dar reformas que pueden afectar sustancialmente los derechos de los colectivos. Esto a su vez implica el deber del Estado a través de sus múltiples instituciones, de llevar a cabo los distintos casos de consulta de acuerdo a las normas para lo cual es necesario que haya normas sobre el procedimiento a seguir, caso contrario se podría alegar “inexistencia de regulación”, cosa muy común en el Ecuador, y no realizarla, vulnerando gravemente los derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.

### **2.6.2 Medidas Administrativas**

Tanto el Convenio como la Declaración establecen que debe ser consultada toda medida administrativa que puede afectar los derechos de los pueblos, esto en concordancia con el art. 7 del Convenio en donde se establece que los pueblos deben participar en la formulación de los planes y programas ya sean nacionales o regionales que les pueden afectar directamente. Se trata de aquellas medidas emitidas por un conjunto de instituciones que ejercen la función administrativa, en este caso los actos de las mismas pueden afectar a los pueblos ya sea por medio autorizaciones ambientales, licencias, programas de fumigación, contratación de una obra, etc., en su mayoría relacionadas a temas territoriales por la relación de subsistencia que existe con el mismo (Rodríguez, 2014).

Por lo tanto debe entenderse por medidas administrativas a todas las políticas públicas, proyectos, planes y programas adoptados por la administración pública. Por



ejemplo en el caso de Chile la Corte de apelaciones de Temuco dijo que el término medidas administrativas tiene que ser interpretado a favor de los pueblos, entendiendo que es todo lo que proviene de la administración del gobierno (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011), es decir en este caso también tiene un campo de acción bastante amplio y debe interpretarse el término siempre de la manera que más favorezca a los pueblos.

Ahora bien, para entender la potestad administrativa hay que ver que dentro del art. 225<sup>48</sup> de la Constitución se establece la formación del sector público, todos ellos pueden emitir medidas administrativas, siendo las de más relevancia las del Ejecutivo y de los GADs (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

El Presidente es el responsable de la administración pública y entre sus funciones está el definir y dirigir las políticas públicas de la función ejecutiva, presentar la propuesta del Plan Nacional de Desarrollo, etc., y los ministros por su parte ejercen la rectoría de las políticas públicas que se les encarga, el Estado central además tiene las competencias exclusivas sobre las políticas públicas de educación, salud, vivienda y seguridad social, la planificación nacional, el sistema de áreas naturales protegidas y recursos naturales específicamente los energéticos, hídricos, hidrocarburos, minerales, forestales y biodiversidad, etc. En el caso de los GADS se encuentran los regionales, provinciales, metropolitanos, municipales y parroquiales, quienes son parte de la administración pública y tienen facultades administrativas de acuerdo a sus niveles (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

---

<sup>48</sup> Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.



Por lo tanto todas las medidas administrativas que emitan estos órganos tienen que ser consultadas si afectan a los colectivos.


Patiño (2014) dice a modo de ejemplo que deben ser consultadas todas aquellas medidas destinadas a otorgar licencias ambientales, planes de manejo ambiental como por ejemplo aquellos cuyo objetivo sea erradicar cultivos ilícitos, plan de manejo de las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, proyectos turísticos que se vayan a realizar dentro de sus territorios, proyectos de construcción por ejemplo aéreas, hidroeléctricas, portuarios, etc., dentro de su territorio, proyectos de investigación ya sea de sus recursos o actividades, construcción de carreteras en sus territorios, instalación de cualquier tipo de servicio sanitario, establecimiento de centros educativos y en general cualquier medida que pueda afectar sus territorios, cultura, identidad, etc.

Ahora bien, debido a su relevancia podría tratarse de decisiones administrativas relacionadas con el tema ambiental y en este caso se vuelve de vital importancia la participación de los pueblos, porque debe reconocerse la protección histórica al ambiente que han realizado los mismos, inclusive la Declaración de Río de Janeiro<sup>49</sup> dio a conocer que las poblaciones indígenas cumplen un papel importante en la ordenación y desarrollo del medio ambiente a través de sus múltiples prácticas y conocimientos, es por eso que deben realizarse consultas cuando (Rodríguez, 2014):

---

<sup>49</sup> PRINCIPIO 22: Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible

**Figura 7***Consultas en el Caso de Afectación Ambiental*

- 
- #1 Se vaya a dar una autorización para proyectos en los que se quieran utilizar recursos naturales renovables en sus territorios.
  - #2 Se traten de procesos administrativos ambientales como licencias, obras, permisos ambientales, utilización de sus recursos, y las modificaciones a todos ellos.
  - #3 Se vayan a adoptar regímenes especiales de manejo o esté en proceso de autorización planes de manejo ambiental.
  - #4 Casos de investigación científica con acceso a los recursos genéticos.
  - #5 Sustracción de reservas forestales en sus territorios.
  - #6 Cualquier tipo de decisión ambiental que afectaría a las colectividades.

Elaboración: propia a partir de (Rodríguez, 2014)

Igualmente en estos casos la consulta garantiza la participación de las comunidades en asuntos que les podrían afectar, buscando la protección de sus derechos, por lo que no se trata únicamente de trámites administrativos o pocos esfuerzos para que los pueblos conozcan las medidas, sino deben ser realmente consultas adecuadas. Llama mucho la atención que en el caso de Colombia hay abundante desarrollo normativo y jurisprudencial sobre la consulta en medidas administrativas, de hecho se especifica cómo realizar la consulta en casos como las licencias ambientales, permisos y autorizaciones ambientales, permisos de investigación y acceso a recursos genéticos, erradicación de cultivos de uso ilícito, ingreso de fuerzas armadas, etc. (Rodríguez, 2014).

Por su parte, en el Ecuador lamentablemente no se cuenta con un marco normativo tan desarrollado, por ejemplo sobre las políticas públicas, específicamente en el caso del Plan Nacional de Desarrollo, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana estableció la



creación de una Asamblea Ciudadana Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir<sup>50</sup>, ésta se encuentra articulada a la Secretaría Técnica del Consejo de Planificación, la misma que se constituye en un lugar de consulta y diálogo entre el Estado y la población cuando se está llevando a cabo todo el proceso de formación, aprobación y control del Plan Nacional. Así mismo en el caso de los ministerios se cuenta con Consejos Ciudadanos Sectoriales<sup>51</sup> que son igualmente espacios de diálogo y seguimiento de las políticas públicas nacionales dependiendo del ministerio, las mismas tienen que ser convocadas a reuniones por lo menos dos veces al año; finalmente cada nivel de gobierno puede organizar una asamblea<sup>52</sup> para deliberar temas de políticas públicas e incluso se da la posibilidad de formar asambleas en las Circunscripciones Territoriales Indígenas, Afroecuatorianas y Montubias<sup>53</sup> (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). Sin embargo, son mecanismos de participación, más no consultas prelegislativas, por lo que como ya se dio a conocer anteriormente no debe confundirse los mecanismos generales de participación y las consultas.

La única consulta de medida administrativa que si se encuentra regulada específicamente en el caso ecuatoriano es la que se relaciona con los planes y programas de prospección, explotación y comercialización, que debido a su importancia tiene una consulta individualizada, pero no significa que el resto de medidas no deberían ser consultadas. A modo de ejemplo puede emitirse una decisión administrativa sobre la construcción de un nuevo aeropuerto, que coincidentemente sería en el territorio donde habita determinado pueblo indígena, obviamente tendría que consultarse a los colectivos ya que uno de sus bienes más preciados sería afectado, es decir su territorio, y no solo eso

---

<sup>50</sup> Art. 48 LOPC

<sup>51</sup> Art. 52 LOPC

<sup>52</sup> Art. 56 LOPC

<sup>53</sup> Art. 59 LOPC



sino que a partir de esa construcción toda su vida cambiaría por completo, por eso es ideal la consulta en estos casos.

Ahora bien, de todo lo mencionado, adquiere mucha importancia los Planes de Desarrollo, y sobre los mismos la Corte colombiana ha dicho que deben ser consultados ya que estos a su vez conllevan programas, medidas, proyectos, acciones y presupuestos que podrían afectar a los pueblos, ya que es importante que participen cuando se vayan a definir los modelos y prioridades de desarrollo, puesto que los pueblos tienen derecho a decidir sus prioridades de desarrollo. No realizar las consultas repercute gravemente tanto en la aplicación como en el funcionamiento de estos planes y programas, ya que no tendrán en cuenta los ideales y aspiraciones de los pueblos y serían declarados inconstitucionales (Rodríguez, 2014).

Sin embargo, tienen que consultarse estos planes cuando tengan proyectos que pueden afectar de forma directa y específica a las comunidades, determinación que le corresponde al gobierno. Es importante la consulta en estos casos para que los programas no afecten las formas de vida y subsistencia de los pueblos. Así mismo la CIDH en 2007 afirmó que al momento de garantizar la participación de la comunidad en los planes de desarrollo el Estado tiene el deber de realizar la consulta, cumpliendo con todos sus requisitos, durante todas las etapas de los programas más no únicamente en el momento que se requiere su aprobación e incluso en estos casos la Corte ha avanzado al consentimiento libre, previo e informado (Rodríguez, 2014).

Pero como ya se dio a conocer en el Ecuador lo que existe es la conformación de una Asamblea Ciudadana Plurinacional e Intercultural para el Buen Vivir, que no constituye una consulta, sino únicamente un mecanismo de participación, es positiva su existencia, obviamente, sin embargo, no por eso tiene que dejarse de realizar la consulta de esta medida administrativa y en todas aquellas que afecten a los pueblos, que



proviengan de cualquier nivel de la administración. Así mismo es deber del Estado regular como se dará la consulta en el caso de medidas administrativas, vacío que no ha sido subsanado hasta la actualidad, a pesar de tener la obligación internacional desde que ratificó el Convenio 169, omisión que desencadena en la existencia de varias medidas administrativas que a pesar de su afectación no son consultadas.

## **2.7 Características-requisitos de la consulta prelegislativa**

Una vez analizadas las fuentes que regulan este mecanismo de participación, es necesario considerar los requisitos mínimos que debe cumplir, los mismos que son extraídos tanto de la Constitución como del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas.

### **2.7.1 Procedimiento de la Consulta**

El procedimiento tiene que ser visto como aquel instrumento a través del cual se pueda garantizar efectivamente la participación de los pueblos, por eso es que solamente trámites administrativos o pequeños esfuerzos por parte del gobierno no son suficientes para garantizar este derecho, teniendo mucho significado por la afectación que podría generarse, por lo tanto no tendría ningún valor únicamente dotar de información general, tampoco ser consultados con tiempo limitado, procesos de diálogo, reuniones, etc. La consulta tiene naturaleza procedimental, y por eso debe ser llevada mediante relaciones en donde la comunicación sea plenamente efectiva, ya que la misma desea proteger los derechos fundamentales de los pueblos, es por eso que no puede ser considerada solamente como un requisito formal, sino un proceso sustantivo constitucional, encaminado a que las comunidades tengan (Rodríguez, 2011):

- La información completa, suficiente y precisa sobre las medidas que se van a tratar





- Cuyo objetivo principal sea lograr un acuerdo, que esté nutrido por las propuestas de los pueblos

No obstante, el Convenio 169 no ha establecido reglas de procedimiento, lo que permite tener flexibilidad en los procesos, sin embargo, esto no implica dejar de lado el principio de buena fe, en base al cual el Estado conjuntamente con las comunidades tiene que definir las condiciones en las que se va a desarrollar la consulta para que sea de acuerdo al ordenamiento constitucional (Abad, 2016). Este procedimiento de consulta de acuerdo a la Corte Constitucional colombiana tiene que ser consultado para que no se convierta en un único trámite administrativo y se protejan las prácticas y costumbres de los pueblos (Rodríguez, 2009).

A pesar que no se ha establecido un procedimiento específico, si se han determinado pautas generales, por ejemplo que sea de buena fe, previa, informada, libre, etc., pero muchas de las veces estas pautas han dejado vacíos importantes, como por ejemplo cuánto tiempo debe durar el proceso, cuáles son los pasos a seguir, etc., pero los mismos vacíos han permitido cierta adaptabilidad para que se realice la consulta de acuerdo a la realidad y circunstancias propias de los pueblos y países, cumpliendo lo establecido en el Convenio 169 (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Es importante mencionar que en el caso del Instructivo para la Consulta Prelegislativa, si bien se dice que en el procedimiento se respetará la plurinacionalidad y las costumbres y tradiciones de los pueblos, ya hay una vulneración a sus distintas cosmovisiones, formas de vida, de deliberación, toma de decisiones y por ende a sus derechos, desde el momento en el que se reguló esta figura tan importante sin su participación. El hecho de haber contado con sus opiniones hubiera permitido establecer un procedimiento adecuado de la consulta, considerando que sería uno de carácter general, que se acoplaría a las distintas necesidades ya sea de la medida a consultar como



del sujeto participante de la consulta, siendo completamente ilógico que la norma que regula su derecho de consulta no haya sido consultada.

Mayén, Erazo y Lanegra (2014) dan a conocer dos aspectos de la consulta, los sustantivos y los procesales, los mismos que deben ser considerados a plenitud al momento de realizar una consulta prelegislativa.

## **2.7.2 Aspectos sustantivos:**

### **2.7.2.1 Sujetos a consultar.**

De acuerdo al Convenio 169 los sujetos a consultar son los pueblos indígenas y tribales, esto se amplió para el caso ecuatoriano ya que de acuerdo a los artículos 57, 58 y 59 de la Constitución también está dirigida a los pueblos montubios y afroecuatoriano, por lo tanto quienes deben ser consultados son aquellos sujetos que tienen la calidad de titulares de sujetos colectivos, ampliándose la norma a todos aquellos que han sido reconocidos no solo a nivel nacional sino a través de instrumentos internacionales (Abad, 2016). Entendiendo como pueblo lo ya dado a conocer en el primer capítulo y si bien no hay una definición en específico de acuerdo al art. 1 del Convenio hay criterios de identificación, el criterio objetivo comprende (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014):

- Tienen estilos tradicionales de vida
- Presentan una cultura y modo de vida distintos al resto de la población
- Tienen organización e instituciones políticas propias
- Viven de manera histórica en un área determinada o antes de que otros hayan invadido la misma.

Adicionalmente hay el criterio subjetivo que consiste en la conciencia que tienen los miembros de su identidad indígena, los dos son considerados para la identificación, siendo de gran importancia el deber de identificar adecuadamente a los pueblos, por



ejemplo en el caso peruano se ha establecido una base de datos de los pueblos indígenas, pero esto podría generar tensiones entre el Estado y los pueblos, es por eso que es necesario buscar opciones en donde sí se garantice la independencia frente a varias presiones de los actores y cuando ya se esté realmente tratando una consulta debe contarse con mecanismos que ayuden a saber quiénes son los pueblos que podrían resultar afectados, como por ejemplo por medio del mapeo de actores (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Es oportuno destacar algo muy positivo de la Constitución, el hecho de considerar como sujetos de derechos colectivos ya no únicamente a los pueblos indígenas, sino también a los montubios y afroecuatorianos, esto se debe a que han sido al igual que los indígenas sujetos de una historia en donde se han vulnerado constantemente sus derechos, y en la que se ha querido imponer la ideología de la sociedad dominante desconociendo por completo sus formas de vida, costumbres, etc., por lo tanto es un gran avance el hecho de considerarles como parte de los sujetos consultados.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia referente a la constitucionalidad de la Ley de Minería señaló que el órgano encargado de identificar a los pueblos es la Asamblea Nacional con apoyo del CODENPE<sup>54</sup>, sin embargo, considero que es de vital importancia que se busquen otros mecanismos y entidades que se encarguen de la identificación de los pueblos, teniendo en cuenta los dos criterios reconocidos en el Convenio 169, ya que si únicamente se deja esto a manos de un órgano, muchas de las veces podría darse situaciones en donde pueblos que podrían ser afectados no sean considerados y una adecuada identificación es la base de toda consulta.

---

<sup>54</sup> Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador.



Pero para que la consulta sea efectiva tiene que ser realizada a aquellas comunidades, pueblos, comunas y nacionalidades que pueden resultar afectadas, los legítimos representantes y las personas u organizaciones que las mismas comunidades hayan designado para participar en la consulta. Es por eso que el Convenio 169 establece que la misma debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos, disposición que ha sido constantemente reafirmada por la CEACR en sus observaciones. De igual forma la Declaración de los Pueblos Indígenas ha señalado que debe realizarse la misma a los pueblos a través de sus instituciones representativas (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Para saber cuáles son estas instituciones es necesario tener en cuenta las características del país, particularidades de los pueblos, el tema y alcance de la consulta, entendiendo que las instituciones pueden ser nacionales, regionales, locales, etc., siendo lo fundamental que esta representatividad responda a un proceso propio de los pueblos, identificando a sus miembros y reconociendo su responsabilidad, todo dependiendo de qué tipo de consulta se trate, ya que si la misma no se hace de acuerdo a las instituciones representativas no cumplirá con lo ordenado por el Convenio (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014). Esto a su vez está directamente relacionado con la característica de libre de la consulta, es por eso que antes que se dé la consulta debe darse un proceso de identificación de sus instituciones (Abad, 2016).

Por otro lado, si bien ya se dijo que estas instituciones tienen que ser producto de un proceso interno de los pueblos, muchas de las veces hay que ir un poco más allá de las instituciones tradicionales, es decir, en algunas ocasiones se pueden omitir a ciertos miembros y eso no es lo que se desea, por ejemplo debe garantizarse la participación de las mujeres. Por lo que identificar a las instituciones representativas es vital para la consulta y participación de los pueblos, ya que lo que ésta en juego es la protección o



limitación de sus derechos, es por eso que hay que asegurarse que quienes participen sean los titulares de los derechos mediante sus representantes, ya que en el caso que no sea así se podrían generar conflictos sociales entre el grupo e incluso legales ya que los acuerdos podrían ser impugnados por haber sido acordados por personas que no eran capaces (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Consecuentemente la Guía para la Aplicación del Convenio establece que la consulta no puede ser a cualquier persona que diga representar a las comunidades, sino a aquellas que verdaderamente son las que pueden tomar decisiones o hablar por la comunidad, éstas son las encargadas de dar a conocer el sentir de los pueblos, teniendo en cuenta que hay muchos sistemas de autoridad y organizaciones políticas, siendo parte de la diversidad cultural. Sin embargo, en las reuniones de consulta van a participar todos los miembros y sus representantes garantizando una participación real para que no haya situaciones en donde se aleguen que los representantes decidieron por sus intereses (Rodríguez, 2009).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la representatividad es diversa y por eso no puede ser considerada como un concepto rígido (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009), de hecho el Consejo de Administración de la OIT ha señalado que debido a esta diversidad no se puede imponer un modelo de institución representativa (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011), las mismas deben ser fruto de un proceso propio interno de los pueblos, nunca del Estado. En la misma línea las Directrices para la Aplicación del Derecho al Consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, han establecido que el Convenio 169 no determina un modelo de institución representativa, y esto se debe a que son completamente variadas entre los pueblos, sin embargo, este componente es de carácter obligatorio de la consulta y si bien muchas de



las veces es complicado determinar quién o quienes representan a la comunidad, tiene que hacerse este proceso interno, caso contrario la consulta será nula (Abad, 2016).

Por lo tanto sería ilógico establecer mediante leyes quienes son los representantes de forma estática, ya que esto se traduciría en una violación de su derecho a tener sus propias organizaciones (Patiño, 2014).

Esto es muy importante y ha sido tratado constantemente por los organismos internacionales, por ejemplo la Corte Interamericana en el caso *Saramaka vs. Surinam*, recalcó que es el pueblo quien dará a conocer quiénes serán los miembros que participarán en la consulta, estableciendo que no debe ser el Estado quien determine los representantes sino únicamente el pueblo. Sin embargo, lo complicado es que si bien hay un consenso de que la consulta debe ser a través de los representantes, hay órganos como el Comité de Derechos Humanos que ha dicho que en el caso de las consultas debe realizarse a las comunidades sin referirse a la representación de las mismas, así como también muchas de las veces hay conflictos al momento de establecer cuáles serán las comunidades afectadas, ya que pueden darse casos en los que una medida en un inicio parece no afectar a una comunidad pero que de manera posterior con análisis se puede evidenciar que si puede resultar afectada. Por ejemplo sobre medidas que afectan a los territorios la CEACR ha dicho que debe consultarse no únicamente a las comunidades asentadas en los mismos sino a aquellas que pueden utilizarlos de alguna manera o que de alguna forma sus derechos son afectados o perjudicados (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Estimo que esta característica es el pilar para que inicie bien una consulta, es por eso que de toda la información presentada podríamos dividir en 6 aspectos claves a considerar:



- Primero: debe identificarse claramente los pueblos que podrían ser afectados con la medida, para lo cual se necesita de varios organismos especializados y de herramientas de análisis de la posible afectación
- Segundo: dar a conocer a los pueblos que van a ser consultados la necesidad de que la consulta se realice mediante sus instituciones representativas, entendiendo que las mismas serán diversas de acuerdo a las colectividades
- Tercero: permitir que los pueblos mediante sus propios procesos internos decidan o manifiesten quienes forman parte de estas instituciones representativas
- Cuarto: procurar como Estado impulsar, no obligar ni imponer, a que en estos procesos y decisiones participen todos los miembros de la comunidad
- Quinto: cerciorarse que las personas que digan representar a la comunidad sean realmente quienes tengan esa calidad, caso contrario se pueden desatar conflictos dentro de las mismas comunidades
- Sexto: el hecho de que sea a través de las instituciones representativas no significa que el resto de la comunidad no va a conocer y participar en la consulta.

Solo si es que se tienen en cuenta y se aplican estos criterios se puede cumplir con el requisito de identificación y representación de los sujetos consultados.

#### **2.7.2.2 Sujeto consultante.**

De acuerdo a la Constitución y el art. 6 del Convenio y 19 de la Declaración quien debe consultar es el Estado, esta obligación no puede ser delegada a particulares en ningún caso. Lo puede hacer mediante instituciones propias o determinadas organizaciones, siempre y cuando sea el Estado y deberá consultar a los pueblos mediante sus instituciones



u organizaciones representativas (Carrión, 2012). Depende de cada Estado establecer qué entidad es la que debe realizar la consulta, pudiendo ser por ejemplo aquella que va a adoptar la medida (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014). En el caso ecuatoriano la consulta tiene como órgano responsable a la Asamblea Nacional según el Instructivo y a los GAD's de acuerdo al COOTAD.

Esta es una de las características que siempre se desea omitir, ya que muchas veces el Estado ha querido dejar la consulta a manos de particulares, sobre todo en el caso de las medidas administrativas relacionadas a recursos naturales no renovables dentro de su territorio, incumpliendo gravemente sus obligaciones constitucionales e internacionales. Lo recomendable en este caso sería que al ser el Estado el responsable de la consulta, regule que, la lleve a cabo el órgano que ha emitido la medida, ya sea administrativa o legislativa, por ejemplo si se trata de una medida administrativa que proviene de un GAD Municipal, le correspondería al Municipio realizar la consulta prelegislativa, esto permitiría tener una mayor proximidad con los sujetos y más agilidad en el momento de su realización.

### **2.7.2.3 Objeto y alcance de la consulta.**

Objeto de la consulta: se consulta una medida administrativa o legislativa, se trata en definitiva una medida estatal susceptible de afectar directamente a los pueblos, considerando que la afectación puede ser a cualquiera de sus derechos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014). No solo en caso de peligro inminente sino cuando pueda haber un impacto o lesión sobre cualquiera de los derechos reconocidos a los pueblos, debiendo ser realizada dentro de un plazo razonable (Abad, 2016).





Aquí es importante recordar lo analizado de los conceptos tanto de medidas legislativas como administrativas, desde una visión amplia encaminada a la protección de los derechos colectivos.

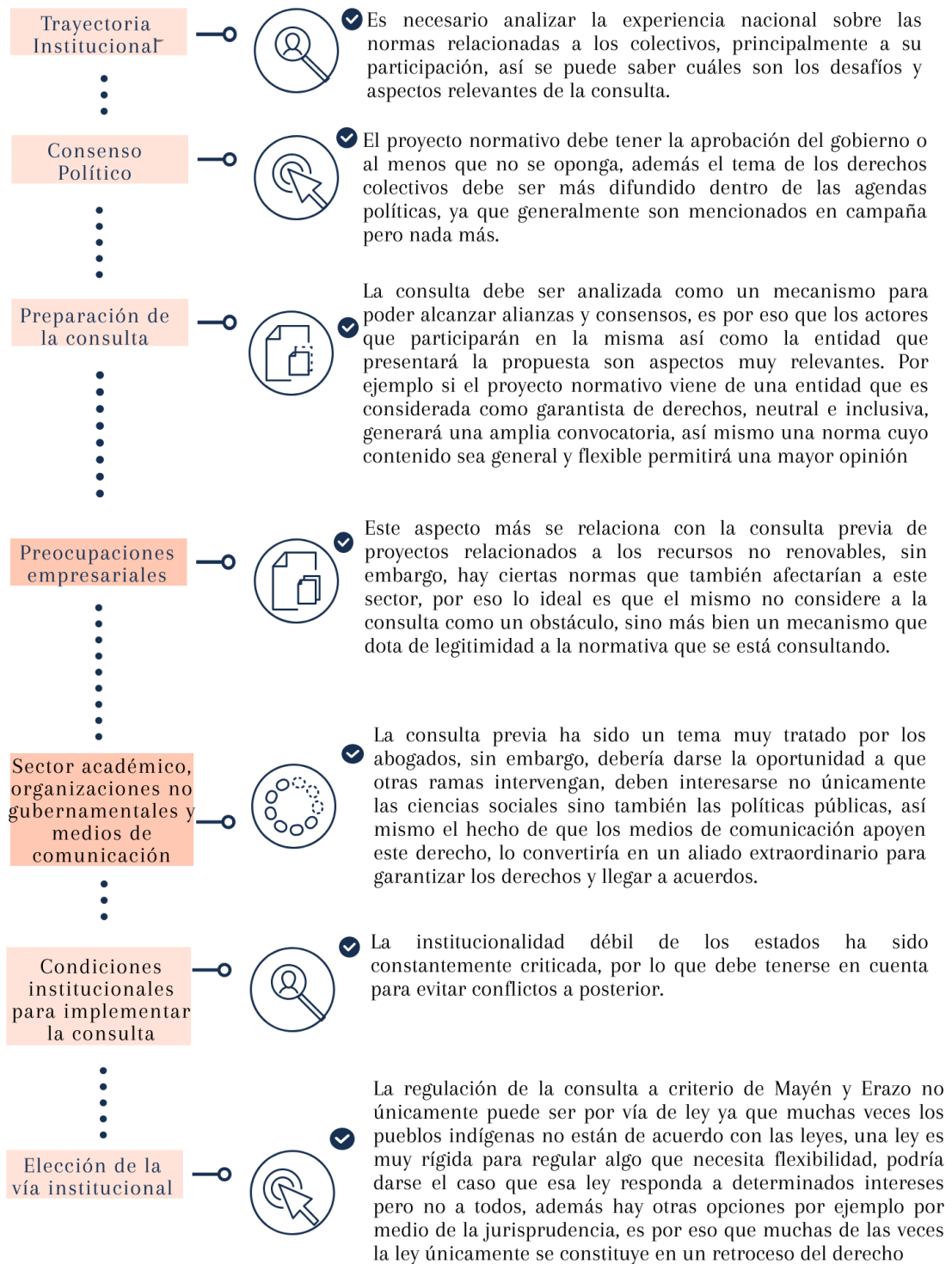
Alcance de la consulta: la consulta debe basarse en un diálogo que posibilite llegar a acuerdos, así como también la garantía del cumplimiento de esos acuerdos, para lo cual es necesario tener mecanismos que hagan un seguimiento al cumplimiento de los mismos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014), sin embargo, respecto a este tema se volverá a tratar en otro apartado debido a su complejidad e importancia.

### **2.7.3 Aspectos procesales**

Son aquellos que permiten la construcción y viabilidad de la consulta (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

**Figura 8**

*Aspectos Procesales de la Consulta*



Elaboración: propia a partir de (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014)



## **2.7.4 Características de la consulta**

De acuerdo a la normativa analizada la consulta prelegislativa debe cumplir con ciertas características o requisitos que hacen que la misma sea un adecuado mecanismo de participación para las colectividades.

### **2.7.4.1 Principio de buena fe.**

El concepto de este principio es bastante abstracto, sin embargo se ha ido limitando por los pronunciamientos de los distintos órganos de control de la OIT, es así que en la Observación Individual a Bolivia la CEACR señaló que en la consulta se trata de establecer un verdadero diálogo entre las partes, en donde haya comunicación, entendimiento, respeto, buena fe y la intención de llegar a un acuerdo, el Comité Tripartito de la OIT así mismo ha señalado la importancia de establecer un clima de confianza para llevar a cabo un diálogo de buena fe (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Este principio implica el establecimiento de un ambiente en donde prime la confianza y claridad, el mismo que se genera mediante la dotación de información, la transparencia entre las partes (Rodríguez, 2014), y la seguridad de que no habrá actuaciones deshonestas en el proceso, significa así mismo que las consultas tienen que ser lugares para que los colectivos expresen sus voluntades, pues qué mejor que ellos para saber cuáles serán los impactos de las medidas. La comunidad así puede entender tanto los aspectos negativos como positivos, las ventajas y desventajas y puede proponer determinadas medidas que prevengan impactos negativos o un mejor aprovechamiento en caso de impactos positivos (Rodríguez, 2009).

De igual manera la Guía de Aplicación del Convenio 169 señala que la consulta debe basarse en la buena fe, lo que significa que los estados deben dar a los consultados la información completa y que sea comprendida a cabalidad, y que la misma sea realizada



mediante sus instituciones representativas generándose una confianza mutua entre los participantes (Rodríguez, 2014). Así mismo ambas partes deben realizar esfuerzos de manera sincera con el fin de lograr consensos y una vez que se llegue al acuerdo debe ser completamente respetado. Por otro lado en la Observación General sobre la obligación de consulta número 169, la CEACR señaló varios aspectos fundamentales sobre el procedimiento de la consulta, entre los cuales se estableció que las consultas en base a la buena fe deben ser un verdadero diálogo entre las partes, en donde prime el respeto y el deseo de lograr acuerdos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

El Tribunal Constitucional colombiano ha dicho que la buena fe incluye (Rodríguez, 2014):

- El hecho de que el Estado defina las condiciones en las que se va a desarrollar la consulta con participación de los pueblos
- Cuando se realiza de manera efectiva y conducente

Por lo tanto, este principio está relacionado con todas las características de la consulta desarrolladas en un ambiente de confianza, respeto y comunicación, sin embargo, en el caso del Ecuador muchas de las veces esta buena fe no se ha manifestado, nuevamente traemos el ejemplo de la consulta prelegislativa que se dio para la Ley de Recursos Hídricos, en este caso, únicamente se dio por las manifestaciones que sucedieron en el país, en donde se llegó a tal extremo que murió uno de los manifestantes, entonces, cómo podría garantizarse la buena fe si es que se dan estas situaciones. Las autoridades ganan la confianza y respeto de los pueblos y en general de la población, cuando realizan los procedimientos adecuados de conformidad a las normas establecidas. Si es que el gobierno llevara a cabo una conducta en donde realmente prime la garantía de los derechos, en este caso colectivos, ya se estaría materializando la buena fe, ya que se partiría teniendo el respeto y confianza por parte de las comunidades.



Por lo que es necesario que se practique y se tenga sobre todo en consideración este principio base de la consulta, ya que a raíz de la confianza y comunicación se pueden desarrollar las demás características, sin embargo, cabe mencionar que este principio no solo le corresponde al Estado sino también a los sujetos consultados ya que ellos también tienen que poner de parte para crear un ambiente de confianza, la hostilidad no debe estar presente en ningún momento a pesar que desde el inicio se considere como negativa la medida, en ese supuesto, debería mantenerse la calma y dar a conocer su sentir a las autoridades, todo con respeto y claridad para que así se cumpla este principio y se pueda llevar un proceso de participación fructífero.

#### **2.7.4.2 Carácter de previa.**

Si su fin es proteger los derechos de los pueblos, la consulta de las medidas tanto legislativas como administrativas debe ser anterior a su adopción, ya que si se hiciera de manera posterior sería completamente inútil y serviría únicamente como un mecanismo compensatorio en caso de que se dé una reparación integral. Esta característica es necesaria para que los pueblos interesados conozcan con anterioridad de la información y puedan debatirla adecuadamente (Abad, 2016).

Clavero (2010) señala que debe incluso tenerse el tiempo para realizar la traducción a las lenguas que hablan las comunidades, esto significa que hay además un respeto a los tiempos que manejan los pueblos, que dependerá de sus características, costumbres y tradiciones y de la medida a ser consultada. Por lo que la consulta debe realizarse antes de la presentación del proyecto normativo y en el caso que se trate de proyectos de desarrollo la consulta debe darse antes del inicio de dicho proyecto (Abad, 2016), permitiendo a los pueblos tener un tiempo suficiente para que se dé un adecuado tratamiento al interior de los mismos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).



Esta característica se encuentra reconocida dentro del mismo artículo 57.17 al momento de utilizar la palabra “antes”, de manera similar en la Declaración de las Naciones Unidas se señala que las consultas deben realizarse “antes de adoptar las medidas” (Abad, 2016) y si bien en el art. 6 del Convenio 169 no se utiliza este término, la CEACR ha establecido que la misma debe llevarse a cabo antes de adoptar la medida. Así mismo el Comité de Derechos Humanos ha establecido que la admisibilidad de las medidas que afecten a los pueblos dependerá del hecho de que las comunidades hayan participado o no en su proceso de adopción (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Este carácter de oportuno implica que por ejemplo si se desea otorgar una licencia o permiso que pueda afectar los derechos colectivos, debe realizarse la consulta antes de que sean otorgados, de hecho así se han pronunciado distintos organismos internacionales como la CEACR, el CEDR, el Comité de DDHH y la Comisión Interamericana, verbigracia la CEACR instó al gobierno boliviano a llevar procedimientos adecuados para la realización de la consulta, ya que en 2003 se había otorgado 27 concesiones madereras sin consultar a los pueblos. Así mismo la Corte Interamericana señala que debe haber un aviso temprano sobre la medida a consultar pues esto permite que tengan un tiempo para su discusión interna (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009) y en el caso que no se realice con anterioridad se genera la obligación del Estado de reparar a las víctimas por violaciones a sus derechos (Rodríguez, 2014).

El hecho de tener que realizarse con anterioridad a su vez implica que no debe haber ningún tipo de presión para que el proceso sea más rápido, ni límites temporales, igualmente es necesario que se tenga el tiempo suficiente para obtener toda la información y debatirla y adicionalmente debe respetarse los tiempos de los pueblos para que adopten su decisión (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).



De lo mencionado hay que analizar varias circunstancias, primero que una vez que se sepa que determinada medida puede afectar los derechos colectivos, inmediatamente tiene que ponerse en conocimiento de los pueblos, sin que exista ninguna presión para que los mismos debatan la medida y manifiesten sus opiniones, por lo tanto no deben existir límites temporales, el hecho de no forzar a los pueblos o no limitar su tiempo permite que su decisión sea colectiva y fundamentada. Segundo, el Estado tiene el deber de traducir esta información, esto será posible si se tiene el tiempo necesario para llevar a cabo todo el proceso, ya que caso contrario solo determinadas personas entenderán la medida a cabalidad y la decisión no reflejará el sentir de los pueblos. Tercero, no tiene ninguna importancia el hecho de realizar la consulta con posterioridad a la adopción de la medida o solo considerando a la consulta como un formalismo más cuando la decisión ya está tomada y por último, el Estado debe conjuntamente con los pueblos determinar el procedimiento a seguir en la consulta, cuestión que solo será posible cumplirla totalmente si es que se realiza a tiempo.

Así mismo las autoridades deben considerar que los tiempos nunca serán los mismos, estos dependerán tanto de la medida a consultar como del sujeto consultado, por ejemplo no será el mismo tiempo que se necesite cuando se va a consultar al pueblo Achuar que al pueblo Siona, como tampoco será el mismo si es que se va a consultar una reforma constitucional o un acuerdo ministerial, ya que la primera implicaría mayor complejidad y por ende un mayor tiempo, para esto se necesita realizar estudios que determinen un tiempo aproximado para el proceso, siempre considerando las opiniones de los pueblos.

Por otro lado, de esta característica a su vez se deriva el carácter de permanente de la consulta, es decir durante todos los momentos y niveles, esto incluye la formulación, implementación y evaluación de las medidas (Abad, 2016). En el caso de medidas



normativas la consulta debe darse en todas las fases del proceso de elaboración, sanción y objeción, sin limitar el tiempo para que se pronuncien los pueblos y si es una medida administrativa igualmente debe darse en todas las fases previas a la adopción de las medida, y si se trata de los proyectos de inversión y desarrollo también en las fases de ejecución (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). La importancia de darse la consulta en las fases de ejecución es para saber si es que se está cumpliendo con lo acordado en la consulta inicial, es decir, que se esté respetando con lo decidido, caso contrario se estaría yendo en contra del sentir de las comunidades.

Al respecto el Relator James Anaya (2009) señaló que la consulta debe realizarse en todas las fases del proceso de producción normativa, ya que la misma no se agota únicamente en la primera fase y los tiempos deben ser acordes a cada medida, así mismo si se trata de medidas administrativas igualmente ha señalado que el Estado no puede tomarlas sin haber consultado, debe involucrarse a las comunidades lo antes posible y no únicamente cuando se requiera su aprobación.

Esto nos hace deducir que el proceso de consulta no es sencillo, no puede llevarse a la ligera y que por ende es necesario que se realicen estudios con anterioridad, en este caso determinar el tiempo que se necesita para que realmente se cumpla con el carácter de previa de la misma, considerando tanto al sujeto consultado como a la medida a consultar, y no se traduzca o convierta en un proceso extremadamente largo o extremadamente corto, que no permita lograr los objetivos planteados.

#### **2.7.4.3 Libre.**

Este requisito supone que los sujetos deben participar sin ningún tipo de presión que podría afectar la libertad y por lo tanto viciar las decisiones (Patiño, 2014). De acuerdo al Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, esta característica significa





que no debe haber coerción, manipulación, ni ningún tipo de intimidación hacia los sujetos consultados (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011); al respecto Clavero (2010) dice que es la ausencia de coacción y presiones exteriores, como incentivos monetarios y acciones para dividir al pueblo, así como también que no haya amenazas ni represalias si es que la decisión es negativa.

Bajo este principio se prohíbe toda acción del Estado y de terceros encaminada a separar a las comunidades, ya sea por medio de corrupción, negociaciones, etc. (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014), cuya finalidad es que se tome una decisión que sea afín a cierto grupo, en el caso que haya alguna de estas acciones la consulta pierde su legitimidad, ya que sus decisiones estarán influenciadas por terceros. Así mismo de acuerdo a Ávila (2015) si es que no hay consentimiento de los pueblos, no pueden ser sujetos de amenazas, persecución, represalias, etc., el Estado es el que debe velar por el cumplimiento de esta característica, la cual incluye que haya respeto a sus procesos internos de acuerdo a sus propias costumbres (Abad, 2016).

Por lo tanto, considero que esta característica se materializa en 2 aspectos principalmente, por un lado, las presiones no pueden ser ni de agentes externos, ni del Estado, ni de propios miembros de la comunidad, en el caso de los últimos pueden darse situaciones en las que hayan aceptado incentivos por parte de terceros y quieren presionar a su pueblo a tomar determinada decisión. Por lo que no solo es obligación del Estado de vigilar que no se den estas situaciones, sino que también los miembros de las comunidades, pueblos, comunas y nacionalidades no deben aceptar ningún tipo de incentivo por parte de terceros, ya que al final lo que generarían es la división del pueblo, la pérdida de confianza, del respeto y por ende una ruptura de la comunicación.

Así mismo hay que tener presente que la libertad tiene que garantizarse antes y después de realizar la consulta, es decir con anterioridad no se puede presionar,



manipular, ejercer coacción, etc., sobre los pueblos, pero tampoco con posterioridad a la toma de la decisión, por ejemplo si es que la consulta es negativa las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas no pueden ser perseguidas, criminalizadas, judicializadas, etc., debe por ende garantizarse la armonía en todo momento, deber que le corresponde sobre todo al Estado, pero siempre en cooperación con el sujeto consultado.

#### **2.7.4.4 Informada.**

Toda consulta tiene fundamento en la información, ya que en base a esta la comunidad va a poder decidir de manera consciente, la misma debe recoger todos los aspectos relacionados con las medidas, así como también las metodologías que se van a usar y normas a aplicar (Patiño, 2014), por lo que es importante que haya una comunicación constante entre los actores del proceso, siendo responsabilidad del Estado dotar de toda la información (Carrión, 2012). Así mismo de acuerdo a la Corte Interamericana es deber del Estado tanto brindar como aceptar información y para esto se requiere de una comunicación permanente, pero la CEACR aclaró que dotar de información en ningún momento es el cumplimiento cabal de la consulta (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Esta información debe ser completa, clara, veraz, suficiente y oportuna, permitiendo que los pueblos puedan analizar y dialogar sobre la misma (Rodríguez, 2014), esto va a su vez de la mano con el carácter de previo, ya que los pueblos deben tener el tiempo adecuado para poder realizar procesos de adopción de decisiones internas con la información completa dada por las autoridades (Patiño, 2014). Así mismo tiene que ser objetiva y accesible, es por eso que el objeto de la consulta debe estar individualizado y determinado para que los sujetos puedan conocer el alcance y contenido de la misma (Abad, 2016) también es necesario que la información dada sea mediante un



formato entendible para los pueblos, de esto se deriva el deber del Estado de establecer espacios de diálogo en los que se pueda contestar a todas las inquietudes que se tenga sobre la información dada (Rodríguez, 2014).

Aquí pienso que hay varias obligaciones importantes del Estado, por un lado de formar a los funcionarios que van a participar en la consulta, no únicamente sobre los temas relacionados a la consulta, sino que tengan un conocimiento sobre las particularidades de los pueblos, cómo llegar a los mismos, e incluso contar con personal que realice las traducciones necesarias, porque si se abre espacios de diálogo, los mismos no serán fructíferos si es que no hay un entendimiento completo entre las partes. Así también es deber del Estado de contar con especialistas en comunicación, no solo traductores, sino personas que ayuden a los funcionarios que llevan la consulta, a que realmente haya un intercambio de ideas, las mismas sean entendidas, comprendidas e incluidas en los procesos de consulta.

Finalmente el Estado debe estar presto tanto para dotar de información como para recibir la misma de parte de los colectivos, ninguno de los participantes debe pensar que solamente es receptor o emisor de información, al contrario, se trata de un círculo de comunicación constante, en donde se pida y se dé información con la finalidad de que haya un correcto entendimiento entre las partes.

Con la entrega de información se podrá formar una verdadera decisión de los pueblos, es por eso que la información debe ser transparente, es decir, dar a conocer las consecuencias de las medidas y para esto deben realizarse estudios antropológicos para determinar la afectación que podría darse y cómo debe realizarse la consulta de acuerdo al pueblo (Patiño, 2014).



El Relator James Ayana (2009) afirmó que los pueblos o al menos un número significativo de los mismos deben tener acceso a toda la información para poder entender el alcance e implicaciones de la medida, así mismo pueden solicitar más información y asesoramiento técnico dependiendo de los temas tratados, además esta información tiene que ser traducida a los idiomas propios de las comunidades, utilizando términos que sean entendibles para todos. Adicionalmente es de suma importancia que esta información llegue a los territorios de los pueblos ya que así se garantiza su acceso (Carrión, 2012), es por esto que la información no puede estar en una determinada oficina a donde los pueblos tengan que acudir, sino al contrario debe llegar a los lugares en donde habitan los colectivos para que se dé un verdadero acceso. En concordancia la Defensoría del Pueblo ha señalado que la información completa es aquella que dé a conocer el alcance e implicaciones de la medida, así mismo si es necesario debe darse información adicional y asesoría técnica (Abad, 2016).

Por lo tanto el hecho de otorgar solamente información “positiva” incumpliría este deber, ya que los pueblos deben conocer todos los aspectos de la medida, incluso opino que es sumamente efectivo que conozcan los impactos negativos que pudieran darse a raíz de la medida, para que ellos mismos manifiesten sus ideas de cómo evitarlos, asumirlos o eliminarlos, pues qué mejor que los propios pueblos para conocer y proponer maneras de enfrentar los impactos, pudiendo trabajar de manera conjunta con el Estado y así obtener beneficios para todos.

De acuerdo a la Guía sobre el Convenio en el caso de medidas administrativas relacionadas a programas y proyectos a realizar tiene que darse a conocer la naturaleza del proyecto a o actividad, la razón de la misma, su duración, ubicación, evaluación de impactos de tipo económico, social, cultural y ambiental, distribución equitativa de los beneficios, riesgos, el personal que va a intervenir y los procedimientos a seguir



(Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011) y para el caso de medidas legislativas todo aquello referente a su contenido, alcance e implicaciones, más aún si son negativas, para que se tome una decisión con conocimiento (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Por lo que puede evidenciarse que este requisito no se agota simplemente dando la información de manera simple, difusión pública, reuniones informales, etc., incluso Nina Pacari dentro de su voto salvado en la sentencia de la Ley de Minería dio a conocer que las reuniones de amplia convocatoria en la que participaron algunos dirigentes indígenas no son parte o no constituyen una consulta prelegislativa, sino únicamente reuniones a las que pudo ir cualquier ciudadano (Abad, 2016).

#### **2.7.4.5 Culturalmente adecuada.**

Significa que dentro de la consulta deben respetarse las costumbres y tradiciones de las comunidades, se logra entablando relaciones de comunicación que tienen como pilar la buena fe (Rodríguez, 2014). Esta importancia de respetar las costumbres y tradiciones de los colectivos durante las consultas ha sido desarrollada por la CEACR mediante sus observaciones, por ejemplo en la Observación realizada a Colombia en 2004 señaló que para que la consulta sea un verdadero mecanismo de participación debe responder a los modelos culturales y sociales de las comunidades, de la misma forma en la Observación realizada a México en 2005 afirmó que una consulta debe tener en cuenta los tiempos, formas, valores y concepciones de los pueblos sobre la misma. Así mismo la Corte Interamericana ha dicho que la consulta debe ser de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos, así como sus métodos tradicionales para tomar decisiones (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Específicamente en esta característica adquiere importancia la flexibilidad de la normativa sobre la consulta, ya que en base a ésta pueda adaptarse a las distintas



realidades, las normas vendrían a ser pautas para llevar a cabo la consulta, pero el verdadero proceso debe realizarse dependiendo de cada pueblo (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014). Sin embargo, es necesario subrayar que esto no debe ser confundido con el hecho de no tener regulación, el Estado tiene esta obligación y si no lo hace generará obligaciones internacionales, decisiones inconstitucionales o nulas, dependiendo de su ordenamiento jurídico, es por eso que de acuerdo al art. 34 del Convenio 169 el Estado debe adoptar ya sea lineamientos, directrices o procedimientos en su ordenamiento interno para garantizar este derecho, podría hacerlo a través de una ley que establezca pautas mínimas para el desarrollo de la consulta, considerando siempre el desarrollo jurisprudencial (Patiño, 2014).

Es preciso reflexionar que esta característica se relaciona con todas las mencionadas anteriormente, sin embargo, especialmente con el carácter de previo ya que el hecho de que se prevean los tiempos necesarios, significará que las decisiones que tomen los pueblos puedan adaptarse a sus modelos culturales y sociales, es decir que la participación se hará de acuerdo a sus dinámicas y características propias. De hecho el Comité Tripartito de la OIT ha indicado que la provisión de tiempos es fundamental para tomar una decisión que responda a sus propias costumbres y cultura (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009). Así mismo de manera complementaria este requisito conlleva que la consulta se realice por medio de sus instituciones representativas, ya que así se respetará sus formas de vida y organización (Rodríguez, 2014).

Ahora bien, para cumplir con este requisito se ha dicho que tiene que darse una consulta previa a la consulta, o también doctrinariamente conocido como un trámite preconsultivo, para que así la consulta no se minimice a un único acto informativo, así como también para que se proteja las tradiciones de los pueblos, que podrían ser afectadas



en el supuesto de que el Estado imponga el mecanismo de consulta, vulnerándose así sus derechos (Rodríguez, 2014).

En este trámite preconsultivo las autoridades y los representantes de las comunidades acordarán las bases del procedimiento, así mismo su metodología y tiempos a considerar (Rodríguez, 2009), el mismo que debe ir de acuerdo a la medida a consultar y las especificidades de cada pueblo, protegiendo así las condiciones y características de los consultados, es por eso que es imposible que haya un solo modelo de consulta, ya que la misma debe respetar y responder a las costumbres y métodos de los pueblos para tomar sus decisiones (Rodríguez, 2011).

Por lo tanto es de vital importancia este trámite preconsultivo ya que caso contrario a pesar que la consulta cumpla con los demás requisitos, si es que no es adecuada a sus costumbres no sería un pronunciamiento acorde a las particularidades de los pueblos, es por eso que es deber del Estado no únicamente realizar este trámite, sino contar con personas entendidas que puedan llevarlo a cabo, comprendan las tradiciones de cada pueblo y sepan plasmarlas en un procedimiento consultivo.

#### **2.7.4.6 Efectos-propósito.**

Este es el aspecto más controversial tanto para las partes como para la sociedad en general, el debate está en la posibilidad de los pueblos de influir en la medida mediante sus opiniones o la posibilidad de vetarlo cuando no estén de acuerdo. Los pueblos han luchado de manera constante para que se reconozca la necesidad de conseguir su consentimiento en el caso de las medidas, es decir que no se lleve a cabo cuando estos no estén de acuerdo, de hecho tanto la Declaración de los Pueblos de las Naciones Unidas como el Foro Permanente han tratado el consentimiento previo, tendiendo al reconocimiento del derecho de veto de los pueblos frente a medidas que los puedan



afectar, sin embargo, la mayoría de fuentes sobre la consulta como el Convenio 169 tratan a ésta como un mecanismo que tiene que realizarse pero no como un medio para lograr el consentimiento previo de las comunidades (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

La situación de tener diferentes alcances en los tratados internacionales ha generado gran controversia ya que se ha dicho que llega a colisionar la soberanía de los estados y el derecho a la autodeterminación de los pueblos (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). El Relator James Anaya señala que la consulta debe buscar llegar a un acuerdo, esto significa que no se trata únicamente de un proceso de información de las medidas, sino que la consulta debe estar diseñada de tal forma que las comunidades puedan influir en la toma de decisiones, eso se logra mediante el diálogo entre el Estado y los pueblos, así como tener dentro de la consulta garantías procedimentales como el respeto a sus procedimientos de toma de decisiones, costumbres, información completa, etc., sin embargo, el hecho de que los resultados no sean vinculantes quita toda la fuerza de este mecanismo de participación (Rodríguez, 2014).

Ahora bien, hay que entender que al momento de realizar la consulta, solo la consulta, las opiniones o decisiones de los pueblos no son las finales, si son consideradas para la decisión pero no necesariamente va a ser esa (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011). Y ese es el panorama que se tiene actualmente de acuerdo al Convenio 169 (con ciertas excepciones), y que se aplica en la mayoría de casos y países, de hecho la Guía para la Aplicación del Convenio 169 señala que ningún segmento de la población tiene el derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten al país, lo que sí es obligación del Estado es realizar las consultas, pero si es que el pueblo dice no, la decisión puede ser no considerada (Rodríguez, 2014).

En el caso ecuatoriano el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa establece que la finalidad de esta institución es permitir el pronunciamiento





de los pueblos sobre temas específicos y se señala posteriormente en el art. 20 que el informe de resultados será incorporado para el segundo debate en la Asamblea y únicamente los consensos serán parte del proyecto de ley, quitando toda fuerza al mecanismo, ya que lo que realmente se discute es el proyecto de ley, por lo tanto los disensos podrían claramente ser olvidados, regulación bastante similar a lo que se encuentra en el COOTAD.

Pienso que el hecho de considerar únicamente los consensos y dejar que los disensos se debatan deja a los pueblos en indefensión, porque específicamente esos disensos vendrían a ser los detalles que afectan a los colectivos y que al final si no serían considerados, por más que se haya hecho la consulta, se tendrá como resultado una medida vulneradora de derechos.

Por su parte, Ávila (2015) señala que no reconocer el carácter vinculante de la consulta, la convierte en un simple sondeo de opinión de los pueblos frente a la decisión estatal, sin embargo, la propia Corte Constitucional ha señalado el carácter no vinculante de la consulta, por lo que la opinión de los consultados no es vinculante. No obstante, considero que si se analiza el ordenamiento jurídico ecuatoriano de manera íntegra, si se podría aplicar la vinculatoriedad de la consulta, ya que si bien la Carta Magna es la norma suprema, y contamos con un Instructivo que regula la medida, no se tiene en cuenta que aplicando el art. 424<sup>55</sup> inciso segundo, los tratados internacionales pueden estar por encima de la Constitución si es que reconocen derechos más favorables o los contenidos en la misma, por lo que alegando este artículo si debería considerarse lo establecido tanto

---

<sup>55</sup> Art. 424.- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.



por el Convenio pero más aún por la Declaración de las Naciones Unidas en donde ya se reconoce el consentimiento previo como el efecto de la consulta.

Sin embargo, nada de eso se aplica, por lo que ante la realidad es necesario tener en cuenta que al ser el Estado el que toma la decisión en caso de una negativa mayoritaria por parte de las comunidades esa decisión debe ser motivada, sin fundamentarse en el autoritarismo o arbitrariedad, y basarse en el principio de buena fe, esto es, buscar aquello que sea más acorde al interés de los pueblos, es por eso que las autoridades que llevan a cabo la consulta deben estar completamente informados de su alcance (Patiño, 2014).

Sobre esto, el Tribunal Constitucional colombiano ha señalado que una vez que se hayan cumplido con todos los requisitos de la consulta y no se ha podido llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado tiene la facultad para tomar la decisión final y la autoridad al momento de ejercer su potestad de decisión debe hacerlo con ciertos límites (Rodríguez, 2014).

## **Figura 9**

*Límites de la autoridad al momento de tomar la decisión.*

- 1 No arbitrariedad ni autoritarismo.
- 2 Basarse en criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.
- 3 Establecer instrumentos para mitigar los impactos de la medida, tanto individuales como colectivos.
- 4 La decisión debe ser completamente motivada.

Elaboración: Propia a partir de (Rodríguez, 2014).

En conclusión, si es que el Estado no busca el consentimiento o no dota a los pueblos la característica de vinculante a los resultados de la consulta, por lo menos debe



emitir decisiones que cumplan con los estándares dados a conocer anteriormente, ya sea de una medida legislativa o administrativa, teniendo la autoridad emisora la obligación de justificar todos y cada uno de los requisitos.



### Capítulo III: Problemas-limitaciones de la consulta prelegislativa

Como ya se dio a conocer, este derecho desde su concepción genera gran polémica, ya que los pueblos sostienen que es la facultad que tienen para tomar decisiones sobre los asuntos que les afecten, pero el Estado únicamente considera que es una herramienta a través de la cual se establecen medidas de prevención y remediación de impactos socio-ambientales, decidiendo al final, la autoridad estatal. Sin embargo, este no es el único inconveniente, sino se ha dado un cúmulo de obstáculos y situaciones para que la consulta prelegislativa no alcance su verdadero objetivo (Patiño, 2014).

Es por eso que a continuación se darán a conocer los problemas y limitaciones que tiene este derecho, tanto de manera general como problemas que se dan de manera específica en el Ecuador, que obviamente compartirá los obstáculos generales pero tiene ciertas particularidades, sobre todo en su normativa.

#### 3.1 Problemas generales de la consulta prelegislativa

**Tabla 1**

*Problemas de la Consulta Prelegislativa*

<b>Problemas de la Consulta Prelegislativa</b>	
<b>Certificación de la existencia de los pueblos.</b>	Hay casos en que las autoridades no saben o no conocen que en determinada área habitaban pueblos, esto hace que muchas veces no sean considerados al momento de realizar la consulta. En Colombia se dio el caso Motilón Bari en el cual el Ministerio de Interior colombiano emitió una certificación en la que este pueblo fue desconocido, por lo que se dio una licencia ambiental sin ningún tipo de conflicto, pero el colectivo demandó la protección de sus derechos y producto de esto se suspendieron todas las actividades que estaban realizándose. La Corte Constitucional colombiana aclaró que el hecho de que haya ausencia de asentamientos de carácter permanente no implica



	que no tenga que darse la consulta, ya que puede demostrarse la afectación directa de otra forma, por lo que debe buscarse una alternativa para que no se den estos inconvenientes.
<b>Proyectos no consultados</b>	Varias medidas se han adoptado sin que medie una consulta, además muchas veces el área de influencia de determinados programas no es analizada de la misma forma por el Estado que por los pueblos, ya que siempre hay un concepto mucho más amplio por parte de las comunidades en base a su noción de territorio colectivo. Hay que tener en cuenta que no solo tienen que considerarse a aquellos territorios que se encuentran titulados o habitados sino también aquellos que forman parte de su ámbito tradicional y donde realizan actividades ya sean económicas o culturales.
<b>Garantía del debido proceso</b>	Debe cumplirse este principio dentro de la consulta, esto es, dando toda la información sobre la medida a la comunidad y teniendo en cuenta que una sola reunión no es el cumplimiento de la misma, debe haber espacios de reflexión para que se garantice una real participación. El debido proceso se trata de entablar un diálogo continuo y transparente, para que se cumplan los objetivos, además debe tenerse en cuenta el criterio colectivo ya que así los pueblos decidirán quienes son sus representantes, caso contrario no hay legitimidad. Así mismo hay que tener en cuenta que el proceso de consulta no queda a decisión únicamente de la autoridad sino debe cumplir con lo establecido en la normativa, caso contrario se puede decir que es inaplicable. Por lo tanto, este principio es bastante complejo y muchas veces no es considerado en todas sus aristas.
<b>Información ambiental</b>	En cualquier proyecto debería realizarse el EIA <sup>56</sup> , es importante que se lleven a cabo los mismos de acuerdo a visitas a los pueblos, no se puede realizar únicamente un

<sup>56</sup> EIA: Evaluación o estudios de Impacto Ambiental, figura que se encuentra regulada en el art. 179 del CODA.



escrito en el que se tenga inconsistencias, sino debe ser una evaluación muy detallada. Además los pueblos tienen que estar preparados para entender los EIA, es por eso que deben tener el apoyo de profesionales que hagan entendible la información dada en los estudios, teniendo el tiempo y espacio necesarios para su análisis, siendo uno de los problemas el no entender los mismos.

**Ausencia del Estado**

Se han dado casos en que los funcionarios públicos únicamente están en determinadas reuniones y nada más, cuando su presencia debe ser continua e ininterrumpida, tienen que dar a conocer, capacitar y aclarar todas las dudas que se tengan sobre la consulta. Deben además promover el diálogo y el establecimiento de la forma y tiempo en que se va a realizar la consulta en conjunto con los pueblos para que no se afecten sus costumbres. Así mismo debe cuidar que dentro del proceso no hayan interferencias de terceros y superar todos aquellos problemas que se den dentro de la misma. Es importante que los funcionarios doten de mecanismos para que los procesos no sean tan largos y terminen agotando a los pueblos, así como vigilar y acompañar durante todo el proceso de consulta aplicando mecanismos de control y seguimiento. Hay que tener en cuenta que muchos gobiernos han abandonado a estos sectores generando que padezcan gran pobreza y que sus necesidades básicas no estén satisfechas, esto puede generar que la consulta se vea afectada por personas que desean manipular mediante prebendas a determinados miembros de la comunidad, esto a su vez ocasiona ruptura de las relaciones de los pueblos, y por lo tanto se convierte en una amenaza muy fuerte.

Elaboración: propia a partir de (Rodríguez, 2014).

Además de los problemas mencionados, la Unión Europea, ONIC, CNOA y OXFAM (2011) han dado a conocer otros inconvenientes al realizar las consultas en Colombia, sin embargo, que se acoplan perfectamente en nuestro país también:



- Los estados todavía tienen muchas debilidades y muchas cosas por mejorar en la consulta
- El Estado no tiene personal capacitado ni recursos para la realización de la consulta
- No hay un adecuado marco legislativo construido en colaboración con los pueblos que regule este derecho en medidas legislativas y administrativas
- Muchos pueblos y comunidades todavía viven en situaciones socioeconómicas difíciles
- No hay una verdadera comunicación entre las partes
- Las partes confunden lo que es la consulta y el consentimiento libre, previo e informado
- Muchos procesos no respetan los usos y costumbres de los pueblos
- Hay demasiado desconocimiento sobre las instituciones, autoridades u organizaciones representativas de los pueblos
- No son considerados los procedimientos internos al momento de tomar las decisiones
- Entre otros.

### **3.2 Problemas de la consulta prelegislativa en el caso ecuatoriano**

Al igual que en el contexto general, en el Ecuador por la importancia de este mecanismo se han generado varios conflictos tanto económicos como jurídicos, ya que existen varios intereses de por medio y de las pocas consultas que se han dado se ha evidenciado que hay tensiones y conflictos entre el Estado y las comunidades.



### **3.2.1 Posicionamiento de los actores**

Cada uno de los actores tienen diferentes intereses, esto se debe sobre todo a los problemas que existen en la gobernanza de los recursos naturales y la poca aplicación del principio de interculturalidad (Carrión, 2012). El hecho de tener diferentes intereses responde a una realidad común, es decir, es muy normal que los distintos sectores de la sociedad tengan varios intereses, sin embargo, es deber del Estado encontrar una armonía entre los mismos, caso contrario se viviría una lucha constante, influyendo en todos los ámbitos, uno de esos, la toma de decisiones estatales que pueden afectar a los pueblos.

Así mismo a pesar de que la consulta es considerada como un mecanismo que limita al poder estatal y como un medio que permite el diálogo, los diferentes gobiernos no la han visto como tal, sino más bien como un obstáculo a sus intereses económicos, con esto no se pretende decir que la economía del Estado no sea importante, sin embargo, debe ser analizada en la medida que no vulnere los derechos, en este caso de los colectivos. Así mismo los gobiernos han tenido una negativa constante a mejorar las vías de diálogo, empeorando cada vez más la comunicación, esto a su vez ha generado que se den más conflictos y una gran desconfianza de los sujetos colectivos hacia las autoridades.

### **3.2.2 Problemas de la normativa ecuatoriana**

A pesar que hay lineamientos internacionales, la normativa interna no ha sido desarrollada de acuerdo a los mismos, se viola el principio de reserva legal y no se cumple con todos los requisitos.

Es por eso que a continuación se analizará cada una de las características de la consulta prelegislativa en el contexto ecuatoriano y su armonía o no con los estándares internacionales, tanto lo establecido en el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa que a pesar de que la sentencia N. 0038-13-IS y acumulado señaló que debe





darse una regulación por medio de una ley y que por medio del Instructivo no se ha dado cumplimiento a la sentencia No. 0001-10-SIN-CC, si se va a analizar ya que es la normativa con la que se cuenta actualmente; como lo regulado en el COOTAD y el último proyecto de Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, con el objetivo de que se cree un Capítulo sobre la Consulta Prelegislativa<sup>57</sup>, presentado por el Asambleísta Ángel Gende el 6 de febrero de 2020 y que actualmente se encuentra en trámite. Si bien hay otros dos proyectos más presentados, los mismos se han quedado estancados desde el año 2012, es por eso que se analizará la última propuesta.

### **3.2.2.1 Sujeto consultante.**

De acuerdo a lo analizado el sujeto consultante será el Estado, y de acuerdo a la normativa ecuatoriana formalmente tiene este deber, si bien el Instructivo señala que únicamente el órgano encargado será la Asamblea, en el COOTAD se otorga este deber al órgano legislativo de cada GAD y con las sentencias de la Corte Constitucional No. 20-12-IN/20 y No. 023-17-SIN-CC, se dio a conocer que este deber le corresponde a toda entidad que emite normativa y medidas administrativas, y no únicamente a la Asamblea Nacional, sin embargo, hay una simple enunciación del deber, más no se ha señalado la forma en la que se debe cumplir y al ser una costumbre el hecho de alegar falta de norma para no cumplir con sus obligaciones, muchas entidades que no tienen regulación específica pero si el deber de realizar la consulta no la van a hacer en base a la ausencia de normativa, de hecho por el desconocimiento de esta institución es que a veces los pueblos ni siquiera reclaman el cumplimiento de este deber, porque se ha llegado a pensar que únicamente le corresponde a la Asamblea.

---

<sup>57</sup> Ver más: [http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fc00cc3e-1927-4a4a-a83a-abe0a9a3d86d/2020-02-06-pp-RD\\_396419gende\\_396419\\_562854.pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fc00cc3e-1927-4a4a-a83a-abe0a9a3d86d/2020-02-06-pp-RD_396419gende_396419_562854.pdf)



Por lo tanto, se queda en el aire esta obligación de consultar, ya que el único caso regulado en el Instructivo es el de las leyes, y en el COOTAD de las normas emitidas por los GAD's, dejando de lado todas las demás normas y medidas administrativas, por lo que lo ideal hubiera sido una ley que regule de manera general un procedimiento para todo tipo de consulta, y que se pueda adecuar a las distintas realidades y casos que se den. Siendo una falencia no solo del órgano Legislativo sino de también de la Corte Constitucional, ya que tuvo varias ocasiones para referirse a este derecho, en el caso de la Ley de Minería hizo una restricción sin fundamento y en las dos sentencias mencionadas anteriormente si bien ya se reconoce la amplitud del derecho, solo queda en un reconocimiento.

Situación que se mantiene en el Proyecto de Ley en el art. 4 cuando trata el órgano responsable ya que señala que será la Asamblea Nacional en coordinación con otros órganos, puesto que la finalidad de la consulta es la participación de los pueblos en temas que se encuentran dentro de proyectos de ley, por lo tanto nuevamente a pesar que este proyecto de ley es presentado en 2020 y que ya existen varias sentencias que señalan que es responsable todo órgano con potestad tanto normativa como administrativa, se hace una restricción a una consulta únicamente llevada por la Asamblea Nacional, teniendo a las leyes como el único objeto.

### **3.2.2.2 Sujeto consultado.**

Los sujetos consultados son aquellos a los que la Constitución denomina como sujetos de derechos colectivos, ahora bien, el problema radica en que en la normativa vigente se abre la posibilidad a una inscripción a la consulta de aquellos pueblos que se crean afectados, sin embargo, no se prevé estudios más profundos para que las autoridades puedan determinar quiénes en verdad van a ser afectados por las medidas, ya que si bien



en la norma se dice que va a haber una comunicación por varios medios, esto no garantiza que todos los pueblos lleguen a tener esta comunicación. Como ya se mencionó pueden darse casos en donde no se consideren pueblos que al final si van a ser afectados y esto generaría que haya una vulneración a sus derechos constitucionales, por lo que el Estado debería ser más riguroso al momento de la identificación de los colectivos y no solo dejar a que ellos se inscriban, sino también mediante varios mecanismos especializados poder determinar qué pueblos terminarían afectados con la medida y empezar una comunicación con los mismos.

En la sentencia referente a la Ley de Minería se estableció que la identificación de los consultados le corresponde a la Asamblea en conjunto con el CODENPE, y en seguida nos surgen dudas ¿Qué pasa cuando no es una ley? ¿Qué entidad es la encargada de identificar a los pueblos que podrían ser afectados y qué organismo será el que va a ayudar con esta tarea? Incluso en el Instructivo no se señala ni siquiera al CODENPE, generando “un lavado de manos” a las autoridades, ya que al final nadie tendría la responsabilidad como tal para realizar la identificación de los pueblos.

Por lo tanto, a pesar que la Corte Constitucional quiso ser mucho más garantista con las sentencias No. 20-12-IN/20 y No. 023-17-SIN-CC solamente fueron enunciados, que obviamente tienen que ser cumplidos, pero para esto se necesita normativa, caso contrario en la práctica no va a haber una garantía en su cumplimiento. Considero que incluso las autoridades encargadas pueden cumplir esta tarea con la ayuda de los pueblos que de manera voluntaria se han inscrito, ya que ellos también podrían otorgar información adicional sobre los pueblos que podrían ser afectados.

A criterio de Rodríguez (2009) las instituciones estatales deben tener información clara sobre la existencia de las comunidades y pueblos, no tener dudas y más bien dotar de seguridad sobre la misma, para esto debe hacerse análisis y estudios constantes



mediante visitas, bases de datos, sistema de georreferenciación, etc., así mismo es importante detallar el área de influencia teniendo en cuenta los impactos ambientales y culturales.

Finalmente, en el Proyecto de Ley presentado se sigue manteniendo esta misma forma de inscripción, es decir, voluntaria y nada se habla del deber del Estado de identificación de los pueblos.

### **3.2.2.3 Objeto de la consulta.**

Al igual que en los anteriores puntos, si bien ya se reconoció que debe ser consultada toda medida normativa y administrativa en las sentencias No. 20-12-IN/20 y No. 023-17-SIN-CC, de la misma manera únicamente se quedó en enunciados, pero no se señaló la forma en la que se debe consultar, generando vacíos que deben ser subsanados, al menos de manera general. Sin embargo, hay un retroceso en el Proyecto de Ley ya que como objeto y finalidad de la consulta se establece que los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades se pronuncien sobre temas contenidos en proyectos de ley que podrían afectarles, por lo que nuevamente se propone una limitación a una consulta solo de leyes, a pesar que las sentencias de la Corte Constitucional mencionen lo contrario.

Por lo que se reitera la necesidad de la existencia de una ley que regule de manera general un procedimiento para la consulta y que dependiendo de la medida y de los pueblos se pueda establecer un procedimiento adecuado a los distintos casos.

Esto no quiere decir que deba existir una regulación de la consulta para cada tipo de norma y medida administrativa, ya que sería completamente ilógico debido a la variedad de los mismos, sin embargo, una ley general sería idónea para garantizar el cumplimiento de este deber y sobre todo propiciar el diálogo de las autoridades que van



a consultar con los pueblos que van a participar. Esta normativa contendría los principios que se van a cumplir, las autoridades encargadas y el establecimiento de un procedimiento en general para las medidas a consultar, dejando libertad a que los pueblos en conjunto con las autoridades puedan establecer un procedimiento culturalmente adecuado.

#### **3.2.2.4 Principio de buena fe.**

Este principio implica la existencia de un ambiente en donde haya confianza, comunicación, respeto y entendimiento de las partes, por lo que es base para la consulta, en la normativa ecuatoriana vigente y en el Proyecto de Ley si se hace referencia al mismo como un principio que se va a respetar dentro de la consulta, sin embargo, en la práctica no se ha dado tal cumplimiento, ya que solamente el hecho de que las autoridades no hayan realizado las consultas cuando era su deber ha generado una total pérdida de confianza de la población hacia ellos, impidiendo que se inicie un proceso en donde las partes se tengan confianza.

Así mismo, debe contarse con mecanismos que posibiliten un entendimiento de este principio, caso contrario no serviría de nada realizar la consulta, para esto se necesita más que la buena voluntad de las partes, sino que haya profesionales que sepan y posibiliten entablar canales de comunicación adecuados a las distintas características de los pueblos, que variará dependiendo del sujeto consultado. Sin olvidar que este principio es de doble vía, es decir, que les corresponde tanto a las autoridades como a los pueblos.

Por otro lado, de lo analizado en el anterior capítulo parte de este principio era la intención de llegar a un acuerdo, no obstante, el hecho de incluir en el proyecto de ley únicamente los consensos y que los disensos sean debatidos nuevamente, situación que se mantiene en el Proyecto de Ley, no refleja tan intención por parte de las autoridades. Considero que si es que hay disensos, es ahí en donde debe frenarse el procedimiento y



buscar soluciones y varias opciones que permitan avanzar con el proyecto de ley, caso contrario estos puntos tan importantes serán olvidados en el debate y quienes mejor que las mismas comunidades para proponer alternativas con conocimiento de su territorio, formas de vida, recursos, etc.

Consecuentemente, si bien el principio se encuentra reconocido no hay una comprensión a fondo del mismo por parte de las autoridades y es por eso que no se ha podido aplicar y reflejar en una adecuada regulación, lo que se ha hecho es únicamente cumplir como un requisito u obligación la consulta, sin considerar verdaderamente sus bases y fines.

### **3.2.2.5 Previa.**

Este requisito es constantemente olvidado en el Ecuador, a pesar que tanto en el Instructivo como en el Proyecto de Ley se encuentra incluido, primero, dejando claro que son muy pocos casos en donde se ha hablado de consulta prelegislativa y los mismos no han sido previos, por ejemplo:

- Ley de minería: debió ser consultada y no lo fue
- Ley de recursos hídricos: ya se estaba tratando la misma y solamente por las manifestaciones se suspendió su tramitación y posteriormente se dio la consulta
- Acuerdo del Ministerio del Ambiente N. 080: no se dio la consulta previa y únicamente por la sentencia de inconstitucionalidad se ordenó realizar la misma, sin embargo, hasta la fecha no se ha llevado a cabo.

Por lo tanto hay una completa omisión al carácter de previo y esto ha generado vulneraciones a los pueblos, nos preguntaremos ¿con qué confianza y buena fe se quiere realizar una consulta cuando no ha sido previa y ya se han vulnerado derechos? A mi parecer ninguna. Ya que se ha dejado de lado toda la relevancia que tiene el tiempo dentro



de estos procesos, puesto que cuando se realiza con la oportunidad adecuada, la medida va ser tratada de manera interna por los pueblos, podrán recibir información traducida y despejar todas sus dudas sin ninguna presión temporal a tomar una decisión rápida y así mismo si las autoridades cuentan con el tiempo necesario van a poder planificar en conjunto con el pueblo consultado todo el proceso, ya que el mismo dependerá del pueblo y de la medida a consultar.

Sin embargo, aquí hay un punto muy importante que tiene que ser analizado, una vez que no se haya dado la consulta previa, no tendría el mismo efecto realizarla de manera posterior sino solamente en caso de que sea parte de la reparación integral.

No obstante, qué sucedería con los efectos que ya se han dado durante el tiempo en que estuvo vigente la medida y no se realizaba la consulta, es aquí donde los jueces tienen que analizar de manera completa el caso y si es necesario mandar a que se cumpla una reparación integral por los daños causados producto de la medida, a más de la reparación que tiene que darse por no realizar la consulta, ya que pueden darse casos en donde afortunadamente se ha vulnerado únicamente el derecho a la consulta y esto no ha desencadenado más daños, que a criterio personal pueden ser muy pocos.

Como opción a toda esta problemática, las autoridades deberían recibir capacitación de este derecho, porque al final si se sigue con esta conducta lo único que se tendrá es inseguridad jurídica, se emitirán normas inconstitucionales, que mediante acciones de inconstitucionalidad perderán su valor, o al menos serán condicionadas a que se realice la consulta con posterioridad cuando sus resultados ya no serán los mismos.

Todo esto pudiendo ser evitado con una adecuada práctica de la consulta, teniendo resultados favorables para todos, como, normas constitucionales, no vulneraciones,



diálogos entre el Estado y los pueblos, menos carga para la Corte Constitucional, seguridad del derecho, entre otros.

Finalmente, de este requisito se derivaba el carácter de permanente de la consulta, sin embargo, como menciona la Defensoría del Pueblo (2011) en la norma que regula esta institución jurídica no se da a conocer absolutamente nada sobre las fases de sanción u objeción de las leyes, por lo que realmente no es un mecanismo que abarca todo el proceso de producción normativa, en este caso debería haber un proceso adicional y no se diga en el caso de las medidas administrativas que ni siquiera se encuentra regulado.

Esto nos hace caer en cuenta la visión limitada que tenemos de la consulta, en donde se ha llegado a pensar que se trata de un único momento y nada más, cuando en realidad es todo un proceso.

#### **3.2.2.6 Libre.**

Este requisito contempla una participación sin ningún tipo de imposición, presión, intimidación, etc., hacia los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades que van a participar dentro de la consulta, pero además de esto conlleva aquella posibilidad a que los pueblos puedan proponer que se realice una consulta cuando se crean vulnerados sus derechos, a participar en la elección de los temas a ser consultados y la información a recibir de los mismos.

A pesar de que lo mencionado es lo ideal, en la realidad no se aplica, quienes deciden realizar la consulta son las autoridades estatales, y de acuerdo al Instructivo y el Proyecto de Ley específicamente la Comisión Especializada que está tratando el proyecto de ley y que de manera posterior pone en consideración a toda la Asamblea, quien aprobará o no su realización por mayoría absoluta. Regulación muy parecida se tiene en el COOTAD, ya que todo es decidido por el órgano legislativo del GAD. Por qué no se





les da la posibilidad a que los pueblos también propongan que se realice la consulta, es decir, expongan ante la autoridad que va a emitir la medida sus argumentos y expliquen cómo se verán afectados y así se lleve a cabo el procedimiento de consulta, ya que el hecho de que solamente las autoridades puedan decidir es completamente restrictivo.

Y si bien en el caso de las leyes el art. 137<sup>58</sup> de la Constitución señala que los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto o que piensen que sus derechos se ven vulnerados pueden acudir ante la Comisión y exponer sus argumentos, en un inicio es algo completamente favorable, pero sería mucho mejor que se dé la posibilidad a que una vez que la Comisión conozca de estos particulares, no decidan únicamente entre ellos si es que hay una afectación o no, sino poner en conocimiento de esta situación a toda la Asamblea, posteriormente permitir a los pueblos exponer sus argumentos y así tomar la decisión.

Así mismo a criterio de Patricia Carrión (2012), de acuerdo al Instructivo y el Proyecto de Ley, el hecho de que la Asamblea decida los tiempos, temas y la información que se va a dar en el proceso, vulnera gravemente la característica de libre, ya que los pueblos ni siquiera podrán decidir el tiempo que se requiere para que se lleve el proceso.

Por lo que sí debería haber una mayor apertura a que verdaderamente haya una participación libre de los sujetos colectivos, esto es, permitiéndoles que den a conocer a la autoridad emisora la necesidad de realizar la consulta para determinada medida, dando a conocer su criterio de qué temas se deben consultar, la información que deben recibir y los tiempos que se deben considerar dentro de los procesos consultivos, que como se explicó en la característica anterior es de vital importancia.

---

<sup>58</sup> Art.137:”...Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.”



### **3.2.2.7 Informada.**

Tanto el Instructivo como el Proyecto de Ley, señalan que el órgano encargado de dotar la información es la Asamblea Nacional y que al momento de los debates internos los consultados pueden recabar opiniones técnicas y especializadas. Y en el caso de los GAD's el COOTAD no señala nada en específico sobre quién otorgará la información.

No obstante, lo que al parecer es adecuado, puede recibir algunas observaciones, primero no debería ser únicamente la Asamblea, sino cualquier autoridad que emita la medida, sin embargo, de lo regulado de manera unilateral la Asamblea decide qué información va a entregar sin considerar en ningún momento a los pueblos, así como tampoco el tiempo prudente que los colectivos necesiten para recopilar la información y debatirla de modo interna, generando que en muchos casos a criterio de la Defensoría del Pueblo (2011) no se cuente con la información completa, es decir, algunos o varios datos sean omitidos y por lo tanto no haya un conocimiento íntegro de la misma, imposibilitando que se tome una decisión que responda por completo a la realidad.

Así mismo es importante tener presente que muchas veces las medidas ya sean legislativas o administrativas cuentan con información o palabras que son de uso técnico, y que no serán entendidas por el ciudadano común, por lo que es necesario que el gobierno no solo permita que los colectivos puedan acudir a opiniones técnicas, sino que desde un inicio, esto es, desde que se comunica sobre la medida y los pueblos se inscriben, se realicen talleres adecuados con la finalidad de explicar su contenido, a través de personas especialistas en el tema, primero dando a conocer la información general, luego la técnica y por último posibilitar la participación de los sujetos que van a ser consultados por medio de las preguntas que consideren hacer necesarias.



Finalmente, la información debe ser accesible para todos, es decir, la información debe ir a los pueblos, más no reposar en oficinas estatales, garantizando así un adecuado acceso.

### **3.2.2.7 Culturalmente adecuada.**

Este principio engloba aquella necesidad de que dentro de los procesos de consulta se respeten las tradiciones y costumbres de los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades, el cual se podía materializar a través del cumplimiento de un trámite preconsultivo, en el cual se acordarán entre los sujetos participantes de la consulta las bases del procedimiento, su metodología y los tiempos que se van a establecer.

No obstante, en el caso ecuatoriano tanto en el Instructivo como en el Proyecto de Ley se menciona que se respetará la plurinacionalidad y la interculturalidad, pero no se señala la forma en la que se logrará este respeto. Así como también se señala que los sujetos que se inscriben dentro del proceso de consulta recibirán por parte de la autoridad el formulario con los temas sustantivos de la consulta, el cronograma y las normas que rigen la consulta prelegislativa, por lo tanto ya todo está decidido sin participación de los pueblos, incluso el tiempo, factor fundamental para las decisiones internas de los colectivos y que varía según el sujeto. Nuevamente en el COOTAD no se menciona nada sobre estos principios, por lo que se puede evidenciar que es una regulación bastante escasa.

Por lo tanto, hay una imposición del proceso a seguir por parte del ente estatal y se anula la completa participación de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades al momento de establecer cuál va a ser el camino a seguir en la consulta. Siendo crucial un cambio en esta visión, ya que si se continúa con esta metodología, se



tendrán procesos de consultas que no respondan a las características de los pueblos, incomoden al sujeto consultado y al final los resultados no reflejen el sentir de los mismos.

### **3.2.2.8 Efectos de la consulta.**

El tema de los efectos de la consulta es bastante debatido por todo lo que ya se ha dicho respecto al mismo, sin embargo, en el caso ecuatoriano de acuerdo al Instructivo y el Proyecto de ley de los resultados que se obtengan de la consulta prelegislativa los consensos serán incorporados al proyecto de ley y los disensos pasarán a ser tratados en el segundo debate del proyecto. Situación que ha sido muy criticada ya que muchas veces estos disensos serán olvidados o tratados en el debate pero descartados. Y en el caso de los GAD's el proceso culmina con la suscripción de un documento en el que consten los consensos y disensos.

Para esto, es necesario a modo de ejemplo dar a conocer las conclusiones del análisis realizado por Andrés Martínez y Víctor Aguilar sobre la consulta prelegislativa dada para la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, ya que los autores mencionan que:

Con respecto a los resultados de la consulta, se pudo comprobar que las opiniones de los consultados cumplieron en parte con su tarea de ser insumos para el debate al interior de la Asamblea. Del mismo modo, se observó un claro predominio de los consensos sobre otras posibilidades. Sin embargo, lo que preocupa es que en ningún informe analizado (preliminar, definitivo o alcance), se tomó en consideración las alternativas planteadas por los consultados durante el proceso de consulta prelegislativa, por lo que concluimos que la Asamblea se limitó a discutir únicamente los disensos y no consideró en el debate legislativo las alternativas



propuestas por los grupos consultados. (Martínez & Aguilar, 2015, págs. 364-365).

Por lo tanto, se puede evidenciar que la consulta si cumple su cometido con referencia a los consensos, sin embargo, en el caso de los disensos al momento de tratarlos en la Asamblea no se analizan las alternativas dadas por los pueblos, por lo tanto de nada sirve en este caso la consulta, ya que como se dijo anteriormente, es en estos puntos donde realmente tienen que concentrarse las autoridades, porque no tiene ningún sentido que los pueblos presenten sus alternativas y las mismas no sean consideradas.

A criterio personal, esto refleja un incumplimiento del Convenio 169, ya que la finalidad de las consultas es alcanzar un acuerdo o el consentimiento, y si bien en el Ecuador aún no se ha regulado el consentimiento, con los resultados dados a conocer tampoco se logran acuerdos. Por lo que, una alternativa sería detener el proceso de la consulta, y los pueblos en conjunto con las autoridades concentrarse únicamente en los disensos, proponer de ambos lados alternativas y poder llegar a un verdadero acuerdo.

### **3.3 Asuntos pendientes de la consulta**

Ahora bien, no únicamente hay obstáculos normativos de la consulta, sino que también situaciones que muchas de las veces son omitidas por las autoridades y que por esa omisión podría acarrear vulneraciones de derechos.

Consultas en sectores urbanos: Hay que analizar si hay poblaciones indígenas, montubias y afroecuatorianas urbanas y en caso que sea así es necesario que cuando vaya a tomarse una medida local que les puede afectar de manera directa se realice la consulta, ya que no se debe confundir pensando que los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades únicamente se encuentran en espacios rurales (Rodríguez, 2014).



Pueblos en aislamiento: de acuerdo a la ACNUDH<sup>59</sup> hay varios pueblos que se encuentran en aislamiento voluntario, es decir, no mantienen contacto con la población mayoritaria, o puede también darse el caso de pueblos en contacto inicial que son aquellos que de forma reciente por distintas razones han entablado un contacto con la población mayoritaria, a estos les corresponde todos los derechos humanos teniendo en cuenta su estado, principalmente el derecho a la autodeterminación el cual se traduce en el respeto a sus formas de supervivencia de acuerdo a sus usos y costumbres y el derecho al territorio por su interdependencia con el ambiente (Rodríguez, 2014).

Ahora en base a esta información, ¿Cómo se garantiza el derecho de estos pueblos a la consulta? ¿Debe realizarse o no, y si se realiza cómo? ¿Está por encima el derecho a la consulta o el derecho a su autodeterminación y territorio? Todo esto debe ser respondido mediante varios estudios y análisis. La autora Gloria Rodríguez (2014) señala que en estos casos por encima de todo está el derecho a la autodeterminación, respetando su decisión de permanecer en aislamiento, y respetando esto se tiene que evitar tomar acciones que les pudieran afectar en cualquiera de sus derechos. En el Ecuador si existen estos pueblos no contactados o como se conoce constitucionalmente pueblos en aislamiento voluntario, como por ejemplo los Tagaeri,<sup>60</sup> que de acuerdo al art. 57 inciso final:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la

---

<sup>59</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

<sup>60</sup> Se encuentran ubicados en la Amazonía del Ecuador, entre los ríos Yasuní y Curacay



observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 27).

Por lo tanto es importante que al momento que se vaya a emitir una medida, con la cual se pueda afectar los derechos de estos pueblos, respetar la autodeterminación de los mismos, de acuerdo al mandato constitucional.

Participación de los beneficios: esto se da sobre todo en proyectos relacionados con recursos naturales no renovables, pero también puede darse en otro tipo de proyectos, y es necesario que en la medida que sea posible los sujetos de derechos colectivos participen de los beneficios del proyecto, es por eso que la forma de participación de los mismos debe estar establecida ya en la consulta o debe tratarse dentro de este procedimiento, para no generar conflictos posteriores dependiendo de cada caso. De hecho el Relator Especial de las Naciones Unidas señaló que cuando se vayan a realizar grandes proyectos de desarrollo los estados tienen el deber de garantizar la participación de los pueblos en los beneficios (Rodríguez, 2014).

Sitios sagrados: se trata de áreas que tienen especial significado espiritual para las comunidades, no necesariamente se trata de tierra, puede también ser de agua, sitios naturales o construidos, generalmente se encuentran en lugares donde hay gran valor natural, inclusive ya con un criterio más amplio hay plantas y animales que son considerados como sagrados, y el hecho de considerar como sagrado determinado lugar puede ir cambiando conforme al tiempo (Rodríguez, 2014).

En el Ecuador esto se encuentra reconocido en el art. 57. 12 de la Constitución como uno de los derechos colectivos:

Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la



diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 26).

Ahora bien, aquí debe analizarse que la relación que tiene el pueblo con el territorio no es únicamente material, sino está compuesta por temas espirituales también. Por esto es de vital importancia realizar la consulta cuando se vaya a afectar estos sitios, y en este caso no solo debe hacerse la misma sino debe obtenerse el consentimiento, ya que se protege su derecho a mantener y proteger sus manifestaciones de cultura de acuerdo al art. 11 de la Declaración de las Naciones Unidas, la necesidad del consentimiento se fundamenta en que el impacto que se genera es muy alto y no se desea poner en riesgo a la comunidad (Rodríguez, 2014).

### **3.4 Consultas comunitarias**

Una vez que se han analizado los problemas que se presentan sobre este mecanismo y las diferentes alternativas y opciones que se pueden dar para mejorar, es necesario tener claro que si es que no se cambia la normativa y la visión de los gobernantes sobre esta figura jurídica, los futuros escenarios no soy muy alentadores, sin embargo, si es que se considera el principio progresista establecido en la Constitución, se podría asegurar que las condiciones no van a empeorar, los escenarios dependerán de la relación que haya entre la sociedad y el Estado, así como también de la adopción o no de nuevas leyes que regulen el derecho, o de herramientas creadas por el Estado para que se garantice el mismo (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).





Es por todos estos inconvenientes que varias comunidades no solo de Ecuador sino de América Latina han empezado a realizar procesos propios de consulta, asumiendo una posición frente a las medidas (Carrión, 2012), consultas conocidas como comunitarias y que actualmente una de las propuestas es el reconocimiento del valor de este tipo de consultas. Entendiendo a las mismas como una forma de participación de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades de acuerdo a sus propias costumbres. Éstas se fundamentan en el derecho a la autodeterminación de los colectivos, han sido reconocidas a nivel internacional, por lo que no sería nada extraño o nada desatinado que el Estado las reconozca como procesos legítimos (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

En el caso ecuatoriano se dio en las parroquias Victoria del Portete y Tarqui como consecuencia del proyecto de extracción de oro en el páramo de Kimsacocha, la misma que contó con varios observadores tanto nacionales como internacionales así como autoridades y asambleístas, teniendo como resultado una oposición del 93% a la explotación minera en el páramo, sin embargo, el Estado no reconoció la misma alegando ilegitimidad puesto que él era el encargado. Empero, ante la ausencia constante del Estado o su mala aplicación, no quedaría más opción que tomar otras medidas, una de estas, las consultas comunitarias (Carrión, 2012).

Simplemente a modo de comparación, en Guatemala hubo intentos por parte del gobierno para regular este derecho, sin embargo, los pueblos indígenas las rechazaron ya que no cumplían con los estándares internacionales y es por eso que decidieron seguir realizando consultas comunitarias, para así poder expresar sus opiniones sobre la medida (Carrión, 2012).

Por lo tanto, se puede observar que los pueblos si tienen una actitud presta para realizar las consultas, no obstante, éstas consultas deben responder a los estándares establecidos en los Convenios internacionales ratificados por los países, ya que no



solamente se pueden hacer simples procesos y no permitir la participación efectiva de los pueblos, que, debido a la falta de materialización de este derecho, han buscado otras medidas para dar a conocer su sentir.

### **3.5 Nueva tesis del consentimiento**

Si bien de manera previa ya se dijo que de acuerdo a la mayoría de fuentes, sentencias y pronunciamientos de derecho relacionados a la consulta no se establece la necesidad del consentimiento, empero, en los últimos tiempos han habido algunos avances en el reconocimiento jurídico de este principio, conociéndose como la nueva tesis del consentimiento (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

En donde se puede ver una diferencia exponencial con la consulta, entendiendo al consentimiento como aquella manifestación de voluntad por medio de la cual un sujeto se vincula de manera jurídica, por lo que el derecho al veto no aplica en el caso de la consulta pero si cuando se necesita del consentimiento. El derecho a la consulta tiene como una de sus finalidades lograr el consentimiento de los consultados, pero la consulta lo que garantiza es la participación, mas no que la decisión sea tomada por los consultados, al contrario del consentimiento, el cual se fundamenta en el derecho a la libre determinación, en donde la decisión la toman los pueblos (Patiño, 2014).

Por lo que este principio permite a los colectivos ejercer plenamente su derecho a la autonomía y tomar las decisiones de su futuro, teniendo en sus manos la decisión final, cosa que no pasa en el caso de la consulta, con lo cual pasa a tener gran significado pues los pueblos tendrían derecho al veto de las medidas que los puedan afectar (Rodríguez, 2009). Este tema ya ha sido tratado por varios artículos de la Declaración de los Pueblos Indígenas como por ejemplo el art. 19:



Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. (Naciones Unidas, 2007, págs. 8-9)

Adicionalmente se encuentra desarrollado en los artículos 10, 11.2, 29.2, 32.2, los mismos que sirvieron de base jurídica para uno de los antecedentes más importantes del consentimiento, esto es, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka v. Surinam*<sup>61</sup> en donde la Corte estableció que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pueden generar un gran impacto en los derechos de propiedad-territorio, no solo hay que realizar la consulta sino que se debe obtener el consentimiento (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014).

Sin embargo, esto pierde fuerza cuando dentro de la misma sentencia se dice que la protección del derecho de propiedad no es absoluta, ya que de acuerdo al art. 21 de la Convención “la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad”, de acuerdo a la Corte estas restricciones al derecho a la propiedad se pueden dar cuando (Mayén, Erazo, & Lanegra, 2014):

- Hayan sido previstas en la ley de manera previa
- Sean necesarias
- Sean proporcionales
- Busquen lograr un objetivo legítimo.

La Fundación para el Debido Proceso Legal (2011) ha señalado que los pueblos consideran como un requisito esencial de la consulta al consentimiento, así mismo que se

---

<sup>61</sup> Ver más: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)



confiere un derecho de veto de las comunidades sobre las decisiones estatales que les pudieran afectar. Joaquín López (2016) señala que es en realidad el consentimiento el verdadero fin de la consulta y por eso la misma debe estar encaminada a su obtención. El hecho de que los pueblos consideren al consentimiento como esencial se deriva de aquel ideal que tienen los colectivos de poder tomar sus propias decisiones, claramente, en los casos en los que se encuentran comprometidos sus derechos, recursos, territorios y vida en general.

Así mismo ha habido varios pronunciamientos de distintos organismos internacionales sobre este principio, por ejemplo el Relator Especial de las Naciones Unidas (2013) manifestó que cuando sean grandes proyectos de desarrollo o de gran escala es vital obtener el consentimiento de los pueblos, contando además con su participación en todas las fases del proyecto. Por su parte el CEDR en su Recomendación General N. 23<sup>62</sup> incitó a que los gobiernos garanticen los derechos de participación de los pueblos indígenas en la vida pública y que no se tome ninguna decisión relacionada directamente con sus derechos e intereses sin contar con su consentimiento; incluso este Comité llamó la atención al Estado ecuatoriano<sup>63</sup> señalando que la consulta que se realiza a las comunidades antes de realizar proyectos de explotación de recursos no cumplía con la Recomendación General N. 23, por lo que se recomendó al Estado que obtenga el consentimiento de las comunidades (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Adicionalmente mediante sus observaciones el CDESC ha establecido la importancia de obtener el pleno consentimiento antes de adoptar medidas que puedan afectar los derechos de los pueblos (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009). Es por eso que este Comité en una de sus recomendaciones realizadas a México dijo que se

---

<sup>62</sup> Ver [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CERD/00\\_3\\_obs\\_grales\\_CERD.html#GEN23](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN23)

<sup>63</sup> Ver más: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/5960.pdf>



busque obtener el consentimiento ante cualquier proceso de adopción de medidas sobre proyectos que afecten a los derechos de los pueblos, entendiendo que el fin ideal sería que los estados obtengan el consentimiento de los pueblos cuando se vaya a tomar una medida normativa o administrativa que podría afectar sus derechos (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2011).

En la misma línea, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo señaló que antes de cualquier comienzo de actividades debe obtenerse el consentimiento de los pueblos (Programa para Promover el Convenio núm. 169 de la OIT, 2009) y por su parte la OIT (2013) manifestó que mientras más graves pueden ser las consecuencias de una medida más importante es la finalidad de obtener el acuerdo o consentimiento, por ejemplo si es que uno de los peligros es que la existencia de una cultura esté en amenaza, la necesidad del consentimiento es mucho más importante que en los casos en donde las consecuencias no sean tan graves o duraderas, en estos casos si no se respetaría su decisión a criterio de Rodríguez (2014) sería una vulneración de su derecho a la autodeterminación y autonomía.

Ahora bien, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas (2005) no solo ha reconocido la importancia del consentimiento, sino da a conocer algunos elementos que forman parte de este principio, los mismos que se obtuvieron de los aportes de los participantes del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado, los cuales señalaron que el consentimiento se relaciona con los derechos de los colectivos sobre sus tierras y recursos y los derechos de autodeterminación, además que se trata de un proceso evolutivo para poder llegar a una coadministración de las comunidades en aquellas medidas y programas que les puedan afectar.

Es por la importancia que le ha dado este órgano al consentimiento que dictó las Directrices Para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado



(2013), estableciendo que el mismo significa ponerse de acuerdo, intentar compartir el sentimiento entre las personas que consultan con los consultados, buscar un punto medio entre las posiciones, etc. Por eso deben darse diálogos transparentes y honestos, cuyo fin sea buscar acuerdos, obteniendo como resultado el hecho de que los pueblos puedan tomar una decisión libre e informada mediante sus propios procedimientos e instituciones representativas. Se ha dicho adicionalmente que se trata del derecho de los pueblos a que cuando estén participando en la toma de decisiones puedan dar o negar su consentimiento, si es que no se logra el mismo o un acuerdo, se considera como una consulta que ha fracasado y las medidas no deberían ser adoptadas.

Es por eso que de acuerdo a las Directrices (2013) las consultas deben buscar el consentimiento libre, previo e informado, si es que se obtiene tiene que acogerse la decisión haciendo los cambios que se han propuesto por los consultados, pero si no se obtiene, el proceso se considera ineficaz y no puede terminar así, surgiendo el deber del Estado de llegar a un acuerdo con los consultados para que dentro de determinado tiempo se reinicien los diálogos o sino descartar la medida que no fue consensuada.

No obstante, es importante mencionar que a pesar de todos los avances que se han dado, por el hecho de considerar a la Declaración de las Naciones Unidas como no vinculante, los países se acogen a lo establecido en el Convenio 169, en el que se da a conocer determinados efectos dependiendo de la medida consultada, sin embargo, de manera general los artículos del Convenio han sido interpretados tanto por la OIT como por los estados como una negativa del derecho a vetar las medidas y proyectos consultados, ya que no se establece el deber de obtener el consentimiento, sino una consulta en la que participen los pueblos para conocer los impactos que podría tener la actividad y en lo posible mitigarlos mediante acuerdos (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).



De hecho en la Guía de Aplicación del Convenio 169 (1996) se afirma que las comunidades no tienen poder de veto sobre las políticas estatales de desarrollo, es más ninguna parte de la población lo tiene, lo que debe entenderse del Convenio 169 es que los estados tienen que realizar verdaderas consultas para que los pueblos puedan dar a conocer sus opiniones e influenciar en la toma de decisiones que les puedan afectar en cualquiera de sus ámbitos de desarrollo, sea económico, social o cultural, pero no tienen el deber de acoger sus opiniones.

No obstante, de la interpretación del Convenio se generan varias dudas sobre los efectos de los resultados, ya que por ejemplo el art. 6 señala que la finalidad es llegar a un acuerdo, el art. 15 el fin es determinar si habrá perjuicio a los pueblos y en qué medida y el art. 7 señala que los resultados son considerados como criterios primordiales en la realización de las actividades. De igual forma se ha generado confusión por las observaciones realizadas por la CEACR, en donde a veces se habla de consentimiento y en otras solo de la necesidad de realizar la consulta (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Empero, a pesar de este escenario un poco confuso, de acuerdo Ángela Patiño (2014) si se necesita el consentimiento para ciertos casos como:



## Figura 10

### *Casos en los que es necesario el Consentimiento*

- Cuando se esté discutiendo la implementación de planes de desarrollo o inversión a gran escala, que tendrían un impacto bastante fuerte principalmente en el territorio del pueblo, por ejemplo cuando se vaya afectar de forma irremediable recursos naturales necesarios para su subsistencia, sin embargo, tiene que definirse de manera objetiva los términos “gran escala”.
- Programas o proyectos que afecten de manera significativa los derechos de los pueblos, por ejemplo aquellos relacionados con la minería.
- Traslados de lugares de vivienda y posterior reubicación de art. 16. 2 del Convenio y 10 de la Declaración.
- Medidas referentes al almacenamiento y eliminación de materiales considerados como tóxicos o peligrosos dentro de sus tierras de conformidad con el art. 29.2 de la Declaración.
- Medidas cuyo resultado desencadene la ruptura de valores e instituciones de los pueblos art. 4b del Convenio 107.
- Medidas relacionadas a los conocimientos y prácticas de las comunidades Convenio sobre la Diversidad Biológica art. 8.j.
- En el caso que sea necesario que se realicen actividades militares dentro de su territorio, pero con excepción cuando de por medio hay razones de interés público o los pueblos ya lo hayan acordado de manera libre, de conformidad con el art. 30.1 de la Declaración.
- Cuando se trate de medidas que afecten a los pueblos que se encuentran en aislamiento voluntario y contacto inicial ya que hay una gran posibilidad de que se den efectos negativos por el contacto y su posible extinción tanto física como cultural.
- Proyectos relacionados a sus recursos genéticos lo cual se encuentra regulado en el art. 15.5 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Proyectos de represas que afectarían a su vida.

Elaboración: propia a partir de (Patiño, 2014)





No obstante, a criterio de la misma autora su efecto nuevamente es relativizado, ya que no se considerará el consentimiento si es que se demuestra que el plan, programa, norma, etc., es la única medida que, luego de varios análisis y estudios demuestren que de manera objetiva, razonable y proporcional implica un interés general mayor (Patiño, 2014).

En el caso ecuatoriano esta tesis del consentimiento no ha sido acogida hasta la actualidad, ya que la consulta tiene como fin conocer los consensos o disensos, pero nada más que eso, sin embargo, la Corte Constitucional colombiana si ha tenido un avance en este tema, ya que ha manifestado que se necesita el consentimiento para establecer la opción menos lesiva cuando se trate de programas o proyectos que pueden poner en peligro sus formas de vida como aquellos que (Rodríguez, 2014):

- Supongan el traslado de la comunidad debido a la obra o proyecto que se esté desarrollando
- Se encuentren relacionados a actividades como almacenar o verter desechos tóxicos en sus territorios,
- Impliquen un gran impacto no solo ambiental sino cultural y social y que incluso podría poner en riesgo la vida de la comunidad.

Por su parte, Gloria Rodríguez (2014) ha señalado algunos casos en donde tiene que obtenerse el consentimiento de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades por parte del Estado.

Traslado de sus tierras: hay que partir considerando que la regla general es no realizar el mismo, pero por situaciones excepcionales puede darse el traslado y la reubicación de los colectivos y en estos casos debe haber su consentimiento previo, libre e informado y si no se obtiene el mismo, su traslado puede darse únicamente a través de



procedimientos adecuados conforme a la normativa interna. En todo caso hay que procurar mantener la posibilidad de retorno a sus tierras y si no es así debe operar la reparación ya sea mediante tierras o si es que desean en dinero o especie, y en todos los casos debe repararse por todos los daños que se han dado producto del traslado (Rodríguez, 2014).

En el Ecuador de acuerdo al art. 57. 11<sup>64</sup> se reconoce el derecho colectivo de los pueblos a no ser desplazados de sus tierras ancestrales, por lo que el traslado a primera vista estaría prohibido, empero, en el caso que de manera excepcional tenga que darse nada se dice sobre la necesidad de su consentimiento o no, sin embargo, si es que consideraríamos el bloque de constitucionalidad “vinculante”, es decir, el Convenio 169, si debería obtenerse el consentimiento de acuerdo al art. 16.2<sup>65</sup>, por lo que esta situación quedaría subsanada con el tratado internacional.

Proyectos que afecten sus tierras y otros recursos: cualquier proyecto que podría afectar no solo la tierra sino cualquier recurso debe ser consultado y se debe obtener su consentimiento, además el Estado debería presentar y llevar a cabo mecanismos idóneos para reparar equitativamente por esas actividades y así mismo medidas para mitigar todos los impactos que se generen de la misma (Rodríguez, 2014). En nuestra normativa lo que se prevé en estos casos es la realización de la consulta previa de acuerdo al art. 57.7<sup>66</sup>,

---

<sup>64</sup> Art. 57.11: No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

<sup>65</sup> Art. 16. 2: Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

<sup>66</sup> Art. 57.7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.



pero se señala categóricamente que si no se obtiene el consentimiento se procederá de acuerdo a la Constitución y la ley, por lo tanto, el consentimiento no es un requisito obligatorio.

Planes de desarrollo: estos generalmente tienen gran impacto en los pueblos, por lo que no solo es necesario realizar la consulta sino obtener el consentimiento de los mismos ya que pueden darse cambios sociales y económicos, pérdida de sus tierras, migración, afectación en sus recursos para la subsistencia, contaminación del ambiente, etc., y debido a este gran nivel de afectación se hace necesaria la obtención del consentimiento (Rodríguez, 2014). Este caso ya fue tratado en el anterior capítulo en donde se demostró que en el Ecuador ni siquiera se realiza la consulta, menos aún, considerar el consentimiento de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades.

Consentimiento en otros casos: en general a lo que se desea llegar es que toda medida administrativa de infraestructura, cualquier proyecto u obra y medida normativa que pueda afectar a los pueblos deba ser consultada y deba tenerse como objetivo el lograr el consentimiento. De hecho el Estado debería intervenir en todo momento con la obligación de conseguir el consentimiento de los colectivos, sin olvidar, el derecho de los mismos a participar de sus beneficios cuando sea posible (Rodríguez, 2014).

Con todo lo manifestado se puede colegir que varios órganos han reconocido la importancia del consentimiento y su avance obviamente ha sido importante, sin embargo, ha habido mucha ambigüedad en los pronunciamientos de los mismos, la Declaración de las Naciones Unidas es considerada por muchos estados como no vinculante, los estados en su mayoría se acogen a lo establecido por el Convenio 169 y su derecho interno, etc., siendo todas estas las razones para que no se reconozca el consentimiento como elemento base de la consulta.



Por lo que no hay un acuerdo en el reconocimiento de este derecho, además existe mucha confusión sobre los efectos que debe tener la consulta, hay pronunciamientos que señalan la necesidad de entablar un diálogo para llegar a un acuerdo con las comunidades, otros en donde solo hay un deber de incluir algunos de los criterios de las comunidades dentro de las medidas, y otros en donde se establece la necesidad del consentimiento, ocasionando que al final los estados entiendan este derecho de forma limitada, el cual se agota en la realización de la consulta, con un resultado nada vinculante (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009).

Así mismo, a pesar de que hay varias recomendaciones de acogerse al consentimiento, como se pudo analizar en el caso ecuatoriano esto no ha sido considerado, ya que de acuerdo al panorama actual lo que se tiene que cumplir es con la consulta, más no con el consentimiento, siendo vital que este principio sea tratado por el gobierno ya sea a través de la Asamblea Nacional o la Corte Constitucional, estableciendo al menos algunos casos en los que se requiera del mismo, por ejemplo cuando se va a afectar de forma irremediable su territorio, ya que sería bastante complicado establecer al consentimiento como un requisito para todo tipo de medida, no obstante, si debería considerárselo para determinados supuestos de acuerdo a la gravedad de la afectación.



## Conclusiones

- El reconocimiento de los derechos colectivos ha sido un extenso camino, lleno de dificultades y retrocesos constantes a lo largo de la historia, se han dado críticas y se ha querido desconocer la diversidad existente en el Ecuador, sin embargo, actualmente se cuenta con un gran catálogo de derechos para los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas, montubios y afroecuatoriano, recogidos tanto en tratados internacionales como en la Constitución y desarrollados en normas inferiores. Empero, el reconocimiento no es suficiente sino que se debe apuntar a un avance y materialización de los mismos en la realidad, situación que no se evidencia en todo momento, así como también existen contradicciones y vacíos muy importantes dentro de nuestra normativa, por lo que todavía quedan cuestiones sumamente importantes pendientes que deben ser resueltas, sin pensar que se trata de cuestiones aisladas, sino más bien asuntos que importan a toda la sociedad.
- La incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del derecho colectivo a la consulta prelegislativa se hizo de manera tardía, ya que debió haberse regulado desde que se ratificó el Convenio 169 por parte del Ecuador, esto es, en 1998, no obstante, el retraso fue de diez años, por lo que en todo ese periodo se emitieron medidas que afectaban los derechos de los colectivos y no fueron consultadas, a pesar de que si debieron serlas en aplicación del bloque de constitucionalidad, dando paso a graves vulneraciones de derechos colectivos a través de estas medidas, situación que se hubiera evitado con una adecuada regulación de este derecho colectivo.
- La consulta prelegislativa tiene una visión y campo de acción limitado en el Ecuador, que a pesar de que se ha querido ampliar mediante las sentencias de la



Corte Constitucional, no ha tenido mayor efecto, puesto que en el Instructivo, en el COOTAD y en el último proyecto de ley presentado en 2020 para regular este derecho, se hacen limitaciones y restricciones que no son acordes a la figura, de manera específica se limita la consulta únicamente a leyes y normas emitidas por los GAD's, es decir, ordenanzas, dejando de lado todas las demás normas jurídicas y las medidas administrativas que de acuerdo al Convenio y la Declaración también deben ser consultadas. Por lo que en el país aún no se logra un cabal entendimiento de este derecho de participación y a pesar de que se ha encomendado a la Asamblea el deber de regular el mismo, no lo ha hecho todavía.

- Así mismo, del análisis realizado de las características de la consulta prelegislativa, se puede concluir que en el Ecuador no son consideradas las mismas en el momento de su aplicación, es decir, en algunos casos no son previas, se considera únicamente a la autoridad estatal como ente que otorga información, no se abren verdaderos canales de diálogo entre el Estado y la comunidad, no hay plena libertad ya que de acuerdo a la normativa no se da la posibilidad a que las comunidades tomen la iniciativa de llevar a cabo la consulta, no se ha regulado el trámite preconsultivo, entre otras cosas, por lo que si consideramos la regulación actual, se puede concluir que en el Ecuador se considera a este derecho como un formalismo más y no como lo que verdaderamente es, es decir, un mecanismo a través del cual el Estado se acerca a la comunidad, dialoga, consulta y permite que éstos deliberen, propongan y manifiesten su sentir sobre las medidas que los pueden afectar, dando ideas y aportes a la autoridad para el momento del tratamiento de la medida, ejerciendo verdaderamente una ciudadanía activa.
- Finalmente, sobre los efectos, que es el punto más debatido, se concluye que en el Ecuador primero de lo que se encuentra regulado hay restricciones, ya que si



producto del proceso de consulta existen disensos, igualmente se continúa con la misma, es decir, se concluye, cuando han habido varios pronunciamientos y recomendaciones internacionales que señalan la necesidad de que si es que no hay acuerdos se debe suspender la consulta e iniciar diálogos con los colectivos para poder llegar a consensos, ya que ese es el fin de este mecanismo, e incluso de lo dado a conocer en el caso de la Ley de Recursos Hídricos las alternativas propuestas por los consultados no fueron consideradas, por lo que esta figura no cumple su objetivo. No solo por el hecho de continuar con el proceso cuando hay disensos sino que las alternativas no son consideradas, por lo que podría decirse que de nada sirve en estos casos el pronunciamiento de los pueblos, ya que al final no serán incluidos sus aportes.

Adicionalmente, si bien han habido avances sobre la nueva tesis del consentimiento en el caso ecuatoriano no se ha tratado como objetivo básico para ninguna medida, si se encuentra reconocido constitucionalmente como uno de los fines de la consulta, pero no como un requisito de la misma. No obstante, a criterio personal considero que si debería incluirse este principio en casos específicos en donde la afectación es considerable o irreversible, es decir, todo dependerá del grado de afectación, ya que no sería adecuado establecerlo para todo tipo de medida, consideración que tendría que hacerse en el momento de regular este derecho.



## Recomendaciones

Con toda la información obtenida considero necesario hacer algunas recomendaciones.

Se recomienda que el Estado, a través de sus instituciones competentes concientice no solo a las autoridades sino a la población en general sobre la importancia de los derechos colectivos y en especial de la consulta prelegislativa, ya que erróneamente se ha pensado que son “privilegios” de los colectivos, cuando se trata de derechos que responden a sus formas de vida, cosmovisiones, ideologías, etc., y una respuesta a una historia en donde estos grupos han sido sujetos de vulneraciones constantes no solo provenientes de particulares sino de las autoridades también.

Así mismo, se recomienda a la Asamblea Nacional emitir la normativa correspondiente que regule el derecho colectivo a la consulta prelegislativa, la misma que deberá observar todos los parámetros tanto constitucionales como internacionales sobre esta figura jurídica, es decir, no hacer ningún tipo de restricción ni limitación infundada, sino al contrario regular este derecho desde una perspectiva amplia, progresista y con el fin de dotar de mecanismos de participación a los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades. Para lo cual sería necesario hacer estudios y capacitaciones para que se pueda entender la amplitud de la consulta prelegislativa y no caer en los errores constantes que se pudieron evidenciar a lo largo de todo este trabajo de investigación.

Ahora bien, una vez que se empiece a desarrollar la regulación, es fundamental que la Asamblea cuente con la participación de los sujetos de derechos colectivos, ya que al ser una norma que afectaría uno de sus derechos, la participación, es necesario contar con su presencia, así como también llevar a cabo la consulta correspondiente antes de la emisión de la norma. Ya que sería bastante ilógico permitir que se regule este derecho sin





la participación de los pueblos, quienes dotarán de insumos para que la norma responda a su realidad y así se respeten los principios consagrados en la Constitución.

Finalmente, como una recomendación adicional es necesario que una vez que se tenga un mejor panorama normativo sobre este derecho, entablar diálogos constantes entre el Estado y los sujetos de derechos colectivos, ya no únicamente la Asamblea, sino todas aquellas entidades con potestad normativa y administrativa, con el fin de evitar problemas a futuro y que de manera continua se conozcan las necesidades, ideas, recomendaciones, programas, proyectos, etc., que se desean emprender de ambas partes, esto con el fin de poder establecer un clima de confianza, respeto y entendimiento, base para la armonía en la sociedad.



## Bibliografía

- Abad, J. L. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Miguel Luzuriaga.
- ACNUDH & APF. (2013). *La Declaración de las de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*.
- Anaya, J. (2005). Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources . *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol 22, 8-17.
- Anaya, J. (2010). *Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades*.
- Anaya, J. (2013). El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. *Conferencia en el Evento "El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas"*. Lima.
- Anaya, S. J. (2010). El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración . En *El desafío de la Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU* (págs. 194-209). Copenhague: IWGIA.
- Araujo, E. V. (2019). Conflictos Sociales y Consulta Previa, Libre e Informada. *Ecuador Debate* 106, 41-55.
- Asamblea Constituyente. (1830). *Constitución del Ecuador*. Quito.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala.
- Ávila, M. (2015). *Consulta previa: normas para la tutela judicial efectiva*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Barié, C. G. (2003). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. La Paz: Instituto Indigenista Interamericano (México), Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (México), Abya-Yala.
- Bernal, A. M. (2000). De la exclusión a la participación Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador. En A. M. Bernal, *De la Exclusión étnica a los derechos colectivos. Un análisis político del Ecuador* (págs. 35-55). Quito: Abya-Yala.
- Borja, R. (1992). *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica .
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito.



- Chartes , C., & Stavenhagen, R. (2010). La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En *El desafío de la Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU* (págs. 10-14). Copenhague: IWGIA.
- Clavero, B. (2010). *CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO LIBRE E INFORMADO A LA A LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*.
- Cobo, J. R. (1987). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Comanducci, P. (2012). Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. *ISONOMÍA N.16*, 89-112.
- Corte Constitucional. (2017). *SENTENCIA N.º 023-17-SIN-CC*. Quito.
- Courtis, C. (2009). Apuntes Sobre la Aplicación del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina. *SUR - REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS*, 53-81.
- Daher, J. Z. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. *Anuario de Derechos Humanos* , 139-148.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2011). *Informe temático la consulta previa un derecho de participación*. Quito.
- Due Process of Law Foundation. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington: DPLF/OXFAM.
- Endara, X. (2000). De la exclusión a la participación Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador. En X. Endara, *Debate y adopción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución ecuatoriana* (págs. 57-70). Quito: Abya-Yala.
- Fernández, A., & De La Piedra, C. (2011). Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169. *Estudios Públicos*, 71-132.
- Fernández, R. L. (2008). Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*.
- Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (2005). *Informe del Taller sobre Metodología de Consentimiento Previo e Informado*.
- Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (2013). *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas*. Bolivia: IBIS Dinamarca.
- Fuente, J. R. (2013). Estado, plurinacionalidad y pueblos indígenas en el Ecuador contemporáneo. *Pueblos y fronteras digital*, 238-268.
- Fundación Tukui Shimi y CONAIE e IWGIA. (2010). *Derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades*. Quito: IWGIA.



- Grijalva, A. (2008). El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008. *Ecuador Debate N.75*, 49-62.
- Grijalva, A. (2009). ¿Qué son los derechos colectivos? En *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección* (págs. 15-18). Quito: María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores.
- Henriksen, J. B. (2010). La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: algunos temas y acontecimientos clave en el proceso. En *El desafío de la Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU* (págs. 82-89). Copenhague: IWGIA.
- Iglesias, M. T. (2004). Los pueblos indígenas ante el Derecho Internacional. *Agenda Internacional*, 149-172.
- Iglesias, M. T. (2010). Estado multicultural y pueblos indígenas: autonomía y derechos colectivos. Ecuador y su nueva Constitución de 2008, un referente para los pueblos indígenas de América Latina. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles : congreso internacional*, 2465-2487.
- Licta, R. C. (2019). Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Prelegislativa. *Debate Jurídico Ecuador. Revista Digital de Ciencias Jurídicas de UNIANDÉS*, 3-20.
- López Abad, J. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Miguel Luzuriaga.
- López, E. Q. (2014). Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. *REVISTA JURÍDICA DERECHO*, 87-94.
- Mantilla, H. H. (2014). *De los derechos colectivos de los pueblos indígenas al neoconstitucionalismo andino*. Quito: Abya-Yala.
- Mantilla, H. H. (2014). El neoconstitucionalismo andino. Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Universitas, Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, 151-182.
- Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). La Consulta Prelegislativa y la Participación de los Titulares de Derechos Colectivos: ¿Mito o Realidad? Análisis del Caso de la Ley de Aguas. *OBETS*, 335-368.
- Mayén, G., Erazo, D., & Lanegra, I. (2014). *El Derecho a la Consulta Previa Libre e Informada*. Lima.
- McDonald, M. (1991). Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*.
- Morris, M., Rodríguez, C., Orduz, N., & Buriticá, P. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá.
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.



- Naciones Unidas. (2013). Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. *Folleto Informativo N.9*.
- OEA. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José .
- OIT. (1989). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Ginebra.
- OIT. (1996). *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*.
- OIT. (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- OIT. (2014). *Convenio Núm. 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales* . Perú: OIT.
- OXFAM, CNOA y ONIC. (2011). *Sistematización de procesos de consulta. Informe de la Confederación Nacional de Organizaciones Afrocolombiana (CNOA) y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), con el apoyo de OXFAM*. Colombia: Unión Europea, OXFAN, CNOA, ONIC.
- Patiño, L. Á. (2014). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional Vol. 7*, 69-111.
- Programa para Promover el Convenio núm. 169 de la OIT. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica* . Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- Quintanilla, E. (2014). Derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. *Revista Jurídica Derecho*, 87-94.
- Quiñónez, I. N. (2012). *Los Derechos Colectivos Indígenas al Territorio y Autodeterminación en la Constitución Ecuatoriana del 2008*. Quito: UASB.
- Relator Especial de las Naciones Unidas Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. (2009). *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas. (2010). *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derchos de los pueblos indígenas*.
- Rendón, R. G. (2011). El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales. *Quíd Iuris*, 43-61.
- Rodríguez, G. A. (2009). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *El Otro Derecho No. 40*, 55-74.



- Rodríguez, G. A. (2011). La Consulta Previa en Medidas Legislativas: Perspectivas desde la Jurisprudencia Constitucional. *Verba Iuris*, 149-163.
- Rodríguez, G. A. (2014). *De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.
- Salinas, N. O. (2014). *La Consulta Previa en Colombia*. Santiago de Chile.
- Simbaña, F. (2012). Consulta previa y democracia en el Ecuador. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, núm. 120, 4-8.
- Solano, V. (2016). El Neoconstitucionalismo. Una Definición y una Taxonomía Latinoamericana. *Ius Humani*, v. 5, 161-172.
- Stavenhagen, R. (2010). Como hacer para que la Declaración sea efectiva. En *El desafío de la Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU* (págs. 374-394). Copenhague: IWGIA.
- Svampa, M. (2016). *Debates latinoamericanos. Indianismo, dependencia, desarrollo, populismo*. EDHASA.
- Trujillo, J. C. (2000). Derechos colectivos de los pueblos indígenas Conceptos generales. En J. C. Trujillo, *De la exclusión a la participación Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador* (págs. 7-34). Quito: Abya-Yala.
- Tuaza Castro, L. (2020). Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, 276-289.
- Uribe, L. A. (2012). El Convenio N° 169 Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. *Revista Ius et Praxis*, 77-124.
- Vargas, S. C., & Ortiz Torres, M. (2018). El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de Estudio: Ecuador y Colombia. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 59-76.
- Velásquez, S., & Núques, T. (2007). Derechos de los pueblos indígenas. *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 147-170.

### **Fuentes Normativas**

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 2010

Constitución de la República del Ecuador, 2008

Constitución del Ecuador, 1830

Constitución del Ecuador, 1945



Constitución del Ecuador, 1978

Constitución del Ecuador, 1998

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007

Declaración de Río, 1992

Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, 2012

Recomendaciones y opiniones de distintos organismos internacionales

### **Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador**

Sentencia N° 001-10-SIN-CC

Sentencia N° 0038-13-IS y acumulado

Sentencia N° 023-17-SIN-CC

Sentencia N° 20-12-IN/20