

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Ejercicio del derecho a la consulta prelegislativa en la formulación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, respecto de la sentencia 15-45 IN/22

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada

Autor:

Pamela Johanna Márquez Marchán

Director:

Diego Francisco Idrovo Torres

ORCID: 0000-0003-4833-490X

Cuenca, Ecuador

2023-03-03

Resumen

Esta investigación tiene por objeto analizar la sentencia emitida por la Corte Constitucional, mediante la cual se dio la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento Sentencia 45-15 IN/22, en la cual la corte ha motivado que no se garantizó efectivamente el derecho a la consulta prelegislativa establecido en el artículo 57 numeral 17 de la Constituyente Ecuatoriana del año 2008, en el mismo se garantiza el derecho que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen a ser consultados antes de adopción de una medida legislativa que pueda afectar los derechos colectivos que les pertenecen, razón por la cual el legislativo debe desarrollar una nueva Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, el problema es que esta puede ser declarada inconstitucional nuevamente si el legislativo no considera los criterios por los cuales fue declarada inconstitucional con la finalidad de analizar la manera en la que el derecho a la consulta prelegislativa debería garantizarse conforme lo establecido por la Corte Constitucional. En el primer capítulo se desarrollan los conceptos importantes que nos van a permitir entender de forma clara y realizar el análisis a la sentencia contenido en el segundo capítulo del proyecto, en el tercer capítulo se analizan los criterios que la corte señala que el legislativo debe considerar para la creación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, el capítulo se complementa por los criterios considerados por las personas encuestadas dentro del presente trabajo.

Palabras clave: derechos colectivos, consulta prelegislativa, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, usos y aprovechamiento del agua, comunas, comunidades y pueblos indígenas

Abstract

The purpose of this research is to analyze the sentence issued by the Constitutional Court, which declared unconstitutional the Organic Law of Water Resources Uses and Exploitation Sentence 45-15 IN/22, in which the court has motivated that the right to pre-legislative consultation established in article 57 numeral 17 of the Ecuadorian Constituent of 2008 was not effectively guaranteed, in which the right that the communes, communities, indigenous peoples and nationalities have to be consulted before the adoption of a legislative measure that may affect their collective rights is guaranteed, which is why the legislature must develop a new Organic Law of Water Resources Uses and Exploitation, The problem is that this law could be declared unconstitutional again if the legislature does not consider the criteria for which it was declared unconstitutional in order to analyze the way in which the right to pre-legislative consultation should be guaranteed in accordance with the provisions of the Constitutional Court. In the first chapter we develop the important concepts that will allow us to clearly understand and analyze the sentence contained in the second chapter of the project, in the third chapter we analyze the criteria that the court indicates that the legislature should consider for the creation of the Organic Law of Water Resources, Uses and Development of Water, the chapter is complemented by the criteria considered by the people surveyed in this work.

Keywords: collective rights, pre-legislative consultation, Organic Law on Water Resources, uses and development of water, communes, communities and indigenous peoples

Índice de contenidos

Abstract	3
Índice de contenidos	4
Dedicatoria	7
Agradecimiento	8
Introducción.....	9
Abreviaturas	11
CAPÍTULO 1	12
La Consulta Prelegislativa; Reconocida como Derecho Colectivo a las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Ecuador en el Artículo 57 Numeral 17 de la Constitución	12
1. De la Consulta en General:.....	12
1.1 Los Derechos Colectivos.....	12
1.2 Evolución de los Derechos Colectivos	14
1.3 Reconocimiento a los Derechos Colectivos.	15
1.2 La Consulta Prelegislativa: Concepto, y Fases en las que se Desarrolla.	16
1. Fase de Preparación de la Consulta Legislativa	18
2. Fase de Convocatoria a la Consulta Prelegislativa.....	18
3. Fase de información y realización de la Consulta Prelegislativa	19
4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa.	19
CAPÍTULO 2	22
Análisis de la Sentencia 45-15-IN/22	22
2.1 La Corte Constitucional.....	22
2.2 Acción Pública de Inconstitucionalidad	22
2.3 Análisis de la Sentencia 45-15 IN/22.....	23
2.3.1 Actores.....	23
2.3.2 Normas por las Cuales se Presenta la Demanda de Inconstitucionalidad	24
2.3.3 Pretensiones y Fundamentos de las Partes:	24
2.3.4 Análisis Realizado por la Corte Constitucional.....	27
2.3.5 La consulta prelegislativa del reglamento a la LORHUAA.....	33
2.3.6 Efectos de la Sentencia.	35
2.3.7 Decisión Sentencia 45-15 IN/22:	37
CAPÍTULO 3	39
El derecho a la consulta prelegislativa: Forma en la que el derecho a la Consulta prelegislativa debe ser garantizado según los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia 45-15 IN/22.....	39

3.1 Análisis del Voto Salvado en la Sentencia 45-15 IN/22 y Acumulado:.....	39
3.1.1 Resolución del Primer Problema Jurídico:.....	39
1.1.2 <i>Resolución del Segundo Problema Jurídico:</i>	45
3.2 Parámetros a ser Observados por el Legislativo para la Formulación de la LORHUAA	45
3.2.1. <i>La Participación de las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas debe ser Tomada en Cuenta Durante Todas las Fases de la Consulta Prelegislativa.</i>	47
3.2.2. <i>El Órgano Consultante debe Realizar una Diferenciación Adecuada Entre los Representantes de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas que Participaron en la Consulta Prelegislativa y las Demás Personas u Organizaciones que no son Sujetos de Consulta.</i>	49
3.2.3. <i>La consulta no fue interculturalmente adecuada, ya que, si bien la consulta se realizó en los idiomas de relación intercultural, La Asamblea Nacional realizó una delimitación exclusiva de los temas que formaron parte de la consulta sin la participación de las comunidades indígenas lo cual implica que el derecho a la consulta prelegislativa no ha sido efectivamente garantizado.</i>	50
Conclusiones.....	53
Recomendaciones	55
Referencias	56
Anexos	60
Anexo A.....	60
Anexo B.....	63

Índice de figuras

Figura 1	29
Temas sustantivos para la Consulta Prelegislativa de la LORHUAA.....	29
Figura 2:	34
Orden Jerárquico de las normas según el artículo 425 CRE.	34
Figura 3	37
Figura 4	39
Problemas jurídicos analizados en el voto salvado de la sentencia 15-45-IN-22.....	39
Figura 5	41
Resultados del Tema 1 a nivel nacional.....	41
Figura 6	42
Resultados del tema II a nivel nacional.	42
Figura 7	43
Resultados del tema III a nivel nacional.	43
Figura 8	43
Resultados del tema IV a nivel nacional.	43
Figura 9	44
Resultados del tema V a nivel nacional.	44
Decisión de la Sentencia 45-15 IN/22.....	37
Figura 10.....	47
Fases de la Consulta Prelegislativa:	47
Figura 11	51
Criterios a considerar por La Asamblea Nacional para la formulación de la LORHUAA.....	51

Dedicatoria

Hay personas que se sienten como un rayo de sol, en un día frío.

Dedico este trabajo a Dios y a mis padres Fabián y Cecilia, por ser mi apoyo y pilar fundamental, gracias infinitas por apoyarme durante todas las etapas de mi vida y celebrar cada uno de mis logros por más pequeños que sean, por inspirarme a seguir adelante, por la fortaleza con la que afrontan la vida y por su infinito amor y comprensión.

A mis hermanas Andrea y Fabiana, por estar siempre conmigo, apoyarme y muchas veces sostener mi mano llenando mi vida de alegría, por inspirarme a ser mejor persona.

A Christian, mi incondicional, por su constante apoyo, por escucharme, aconsejarme, impulsarme a ser mejor y a seguir adelante, pero sobre todo por sostener mi mano siempre.

A mis amigas Camila, Karen, Dani y Joaquina por su apoyo brindado en todo momento, gracias por ser luz y estar conmigo en todas las etapas de mi vida.

A Bruce y Hunter mis fieles amigos de cuatro patas, por su amor incondicional a cambio de nada, por enseñarme que los ángeles no siempre tienen alas.

A mis amigos de la carrera, en especial a Dani, Pris, Mateo, Eli y Sami porque su apoyo y compañía ha sido fundamental durante estos años de estudio, deseo que todos lleguemos lejos colegas. Finalmente, a todas las personas, pueblos, comunas y nacionalidades, titulares de los derechos colectivos, espero que este trabajo sea de utilidad dentro de la lucha por la defensa de los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza.

Agradecimiento

Al Dr. Diego Idrovo Torres por su dirección en este trabajo, sus enseñanzas impartidas, su calidad humana y docente, por su paciencia y guía a lo largo de la carrera, por darme un voto de confianza desde el primer ciclo de la carrera y por todas las enriquecedoras lecturas.

Agradezco a mis padres y hermanas por ser los pilares de mi vida, por su apoyo brindado en este proceso, por estar siempre conmigo, su fortaleza, carisma y amor incondicional.

A mi querida Universidad de Cuenca, y en especial a cada docente de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales, y tutores del Consultorio Jurídico Gratuito Gerardo Cordero y León, por compartirme sus conocimientos y enseñanzas, gracias por su tiempo y paciencia, ha sido fundamental para formarme como profesional y como persona.

Finalmente, a todos aquellos que forman parte de mi vida Gracias.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 marca un hito trascendental en lo referente a los derechos colectivos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, los cuales pueden definirse como una categoría de derechos humanos específicos, que han sido reconocidos para determinados grupos o colectivos, en definitiva, derechos propios de determinados grupos o colectivos, los cuales se encuentran reconocidos en la Constitución en los artículos 56, 57, 58, 59, y 60.

Dentro del artículo 57, en el numeral 17 se regula y reconoce por primera vez dentro de la carta magna el derecho a la Consulta Prelegislativa del cual gozan los colectivos, titulares de este derecho, reconocido de manera tardía ya que el mismo ya fue ratificado en el año de 1998 mediante el Convenio 169 de la OIT, el mismo se entiende como un mecanismo mediante el cual se busca proteger los derechos de los pueblos indígenas frente a las decisiones gubernamentales cuando éstas puedan afectar directamente los intereses de los titulares de derechos colectivos, mecanismo mediante el cual el Estado tiene la obligación de consultar previa a la adopción de una medida que pueda afectar los derechos, de los pueblos y nacionalidades indígenas.

La presente investigación surge justamente por la vulneración al derecho a la consulta prelegislativa, lo cual motivo la presentación de una acción pública de inconstitucionalidad por parte de varios colectivos en contra de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y el Instructivo de la misma, debido a que los accionantes alegaban que la consulta no se realizó en consideración a los estándares dados por la propia Corte Constitucional y por el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, realizado por el Consejo de Administración Legislativa, ley que fue declarada inconstitucional mediante la sentencia 45-15 IN CC/22.

Por todo esto la investigación se centra en tres capítulos, en el primero se tratan conceptos básicos para el desarrollo y comprensión del trabajo de investigación, así como la evolución histórica de los derechos colectivos y el reconocimiento de los mismos dentro de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, así como una aproximación al derecho a la consulta prelegislativa reconocido en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución y las fases en las que se desarrolla.

En el segundo capítulo se tratará el análisis de la sentencia 45-15 IN/22 mediante la cual, se declaró la inconstitucionalidad de la ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua, no sin antes hacer mención a la facultad que tiene la Corte

Constitucional, para realizar el control de constitucionalidad, en este caso se presentó mediante una acción pública de inconstitucionalidad.

Por último, en el tercer capítulo se realizará un análisis al voto salvado que consta dentro de la sentencia analizada, y un análisis a los criterios dados por la Corte Constitucional, dentro de la sentencia mencionada en líneas anteriores que el legislativo deberá considerar para la creación de la ley Orgánica del Componente Hídrico, para evitar que la misma pueda ser objeto nuevamente de un control de constitucionalidad.

Abreviaturas

TITULO	ABREVIATURA
<i>Constitución de la Republica del Ecuador</i>	CRE
<i>Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.</i>	LOGJCC
<i>Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.</i>	LORHUAA
<i>Corte Constitucional.</i>	CC.
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	CIDH
<i>Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador</i>	CONAIE
<i>Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador.</i>	CODENPE
<i>Ecuador Runacunapac Riccharimui</i>	ECUARUNARI
<i>Organización Internacional del Trabajo</i>	OIT
<i>Organización de Estados Americanos</i>	OEA
<i>Organización de las Naciones Unidas</i>	ONU
<i>Consejo de Administración Legislativa</i>	CAL

CAPÍTULO 1

La Consulta Prelegislativa; Reconocida como Derecho Colectivo a las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Ecuador en el Artículo 57 Numeral 17 de la Constitución

1. De la Consulta en General:

1.1 Los Derechos Colectivos

Conceptualización

Conceptualizar los derechos Colectivos resulta complejo, debido a la poca atención que se le ha dado al concepto de derechos colectivos, mismos que han tomado importancia en las discusiones políticas desarrolladas por la Organización de las Naciones Unidas, en las cuales se ha establecido que “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación” reconociendo de esta manera derechos a las minorías, además al ser demasiado amplio, su nomenclatura supone una equivocada oposición entre los derechos colectivos y derechos individuales, esto se debe a la discusión existente sobre la superioridad o preponderancia del individuo o de la comunidad, debate que resulta de poca importancia debido a que los derechos colectivos no se enfocan en determinar la superioridad de las comunidades sobre los individuos, su enfoque principal ha sido mencionado por Will Kymlicka en su ensayo “Derechos Individuales y derechos colectivos” “La justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes”.

Para los pueblos y comunidades indígenas la tierra, territorio y recursos que provienen de ella, representan elementos fundamentales para permitir la continuidad de la vida, el desarrollo social, económico, cultural, y político, lo cual implica una cosmovisión en la cual existe una relación profunda con la Pacha Mama, entendida como una madre que acoge, envuelve y humaniza.

Entender a la naturaleza como sujeto de derechos, implica dotarle de derechos a la misma lo cual marcó un hito en la humanidad, cuestión que se encuentra regulada dentro de la Constitución Ecuatoriana del Año 2008, en la cual se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, esto implica un esfuerzo político, teniendo en consideración que lo medular de los derechos de la Naturaleza es rescatar el derecho que guardan las personas o seres humanos con la naturaleza, es decir la relación intrínseca que une a los seres humanos con la naturaleza y en esta misma línea es importante mencionar la importancia de fortalecer los derechos colectivos que recoge nuestra actual constitución de los cuales son titulares las

personas de pueblos y nacionalidades indígenas que entienden a la Pacha Mama como parte de su vida.

A inicios del siglo XXI con el llamado nuevo constitucionalismo se inicia un proceso constituyente en Ecuador en el cual se recogen los derechos colectivos, esto implica una nueva relación sociedad-naturaleza, con el reconocimiento a los derechos colectivos se reivindican los derechos a los pueblos y comunidades indígenas reconociendo el derecho a la autonomía, autoidentificación y en concreto a poder determinar de forma libre sus condiciones de existencia, hablamos de reivindicación ya que anteriormente existía una hegemonía de los derechos individuales sobre los derechos colectivos.

Los derechos colectivos han sido definidos, por Magdalena Gómez como “a partir del derecho territorial, un pueblo puede ejercer el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza”, con esta definición se expresa que los derechos colectivos establecen reglas para la relación de la naturaleza y que por consiguiente definen derechos territoriales.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha definido a los derechos colectivos como

“Derechos, atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial, y no solo formal” (Sentencia 001-10-SIN-CC, 2010).

Los derechos colectivos facultan a la colectividad a ejercer derechos que les permitan defender su existencia y autonomía como grupo en relación a otros individuos ajenos al grupo y en relación a sus propios miembros, en los derechos colectivos existe un sujeto colectivo autónomo quien es el titular del derecho, los derechos colectivos buscan la igualdad material de los grupos étnicos y culturales y su existencia depende del incumplimiento de la actuación del poder jurídico.

Desde la creación normativa de los Derechos Humanos estos han sido catalogados en tres generaciones, por derechos de primera generación se entienden los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales también conocidos como DESC han sido denominados derechos de segunda generación y los derechos de tercera generación dentro de los cuales se encuentran los derechos colectivos mismos que sirven de complemento a las generaciones anteriores, esto debido a que en los derechos de tercera generación se crean condiciones que permiten el ejercicio de los derechos de primera y

segunda generación, por ejemplo el derecho al medio ambiente sano que se incluye dentro de los derechos de tercera generación es un requisito necesario para el derecho a la salud, a la vida, a la integridad física, entre otros.

Dentro de esta clasificación se entiende que los Derechos Colectivos forman parte de la tercera generación de derechos humanos, también se los define como un grupo de principios, normas y disposiciones, en los cuales se regulan derechos y obligaciones para los pueblos y nacionalidades que cohabitan en un mismo territorio, estos han llegado a ser definidos como derechos humanos cuya titularidad le pertenece a ciertos grupos humanos, además determinan de manera específica quienes pueden reclamarlos o son afectados por su vulneración, además se ha señalado que estos son derechos difusos debido a que la vulneración de estos derechos nos afectan a todos, sin embargo no es posible determinar a quienes.

1.2 Evolución de los Derechos Colectivos:

Los derechos colectivos se desarrollan en dos momentos trascendentales, en un primer momento con la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia en 1976 en la Independencia de Estados Unidos y en un segundo momento con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, con estos cuerpos normativos se proclaman los derechos de primera generación, los derechos económicos, sociales y culturales denominados derechos de segunda generación surgen con el movimiento obrero y los partidos de ideología socialista.

Sin embargo no es hasta el año 1978 que el Ecuador demuestra interés por la cultura indígena ya que el artículo 27 de la legislación señalaba “ en los sistemas de educación que se desarrollen en las zonas de predominante población indígena, se utilizará como lengua principal de educación el kichwa o la lengua de la cultura respectiva, y el castellano como lengua de relación intercultural” (Serrano, 2002: 51), con esto inicio el sistema de Educación intercultural Bilingüe, el cual sirve como antecedente por el cual se declaran los derechos de tercera generación que recogen ideas de los derechos de primera y segunda generación.

En el año de 1986 los movimientos indígenas como muestra de su ascenso político conforman la CONAIE, posteriormente nace el movimiento indígena Pachakutik como respaldo al pueblo indígena para los procesos de participación política, la presión de los pueblos y nacionalidades indígenas por el reconocimiento de los derechos colectivos por parte de la ONU y de la Organización Internacional del Trabajo dio origen al Convenio 168 sobre “Pueblos indígenas y tribales en países independientes” con esto se reconoce los derechos

colectivos, los cuales están encaminados a proteger necesidades y derechos fundamentales de las personas titulares de los derechos colectivos.

1.3 Reconocimiento a los Derechos Colectivos.

El 14 de abril de 1998 fue ratificado el Convenio 169 por el ahora inexistente Congreso Nacional del Ecuador, sin embargo no fue hasta 1999 que entró en vigencia como parte del reconocimiento a los derechos indígenas, convirtiéndose en el documento más importante para la protección internacional de los derechos colectivos, el cual posee 44 artículos que se dividen en 10 partes, entre las cuales se incluyen Política General, Tierras, Contratación y Condiciones de Empleo, Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales, Seguridad Social y Salud, Educación y Medios de Comunicación, Contratos y Cooperación a Través de las Fronteras, Administración, Disposiciones Generales y Disposiciones Finales.

En la Constitución política del Ecuador de 1998 se incluyen los derechos colectivos en el capítulo 5, art 83 el cual señala “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.” (Constitución Política del Ecuador, 1998).

En esta misma línea el artículo 84 menciona un catálogo de derechos que el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas en el cual constan 15 numerales, entre los que incluyen el mantener y fortalecer su identidad y tradiciones, conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias así como su adjudicación gratuita, participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras, ser consultados sobre planes y programas de explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente, conservar y promover sus prácticas de manejo de biodiversidad, conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, entre otros.

En la Actual Constitución del año 2008, en el artículo 1 se reconoce al Ecuador como un estado intercultural y plurinacional reconociendo con estas características la existencia de diferentes culturas que conviven en un mismo espacio físico, social o geográfico y que poseen características religiosas, de etnia, lenguaje o género que los determina, al ser plurinacional significa el reconocimiento de diferentes naciones, que de la misma manera poseen características que los identifican, al hablar de diversidad de los pueblos y nacionalidades hace alusión a la existencia de una rica pluralidad de entes colectivos enlazados entre sí en lo cultural, político, administrativo, que poseen particularidades propias que los hace

diferentes pero mantienen una unidad entre sí como el idioma, cultura, conocimientos ancestrales entre otros, que les ha permitido luchar contra la exclusión y transformarse en actores sociales que tienen propuestas políticas con la intención de redefinir la estructura del Estado en dirección a un nuevo modelo alternativo de desarrollo que se traduce como el Estado Plurinacional.

Los derechos colectivos reconocidos y garantizados a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas están regulados en el capítulo cuarto desde el artículo 56 que menciona “- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (Constitución, 2008), por su parte el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, incluye 21 numerales que regulan los derechos pertenecientes a las comunidades indígenas, con lo cual se observa que el catálogo de derechos que anteriormente regulaba la constitución del año 1998 con la actual constitución incrementa su regulación a 21 numerales, dentro de los cuales el numeral 17 regula el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos, con este numeral se regula el derecho a la Consulta Prelegislativa.

1.2 La Consulta Prelegislativa: Concepto, y Fases en las que se Desarrolla.

El derecho a la consulta prelegislativa está relacionado con el ejercicio a la participación que gozan los pueblos y nacionalidades como un mecanismo de democracia directa para la toma de decisiones, la consulta Prelegislativa está reconocida y garantizada en la actual Carta Magna en el artículo 57 numeral 17 mismo que reza “Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.”, de la misma manera el Art 398 menciona.

“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.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado

por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”. (Constitución, 2008)

El artículo 398 regula el derecho del que gozan los pueblos y comunidades indígenas de ser consultados de forma anticipada ante cualquier decisión estatal en la que sus derechos colectivos puedan verse afectados, así como cuando sus recursos estén inmersos en estas actividades, esta consulta es regulada por la ley y en la misma se establece los plazos en los cuales se desarrolla la consulta, las personas participes de la consulta, los criterios de valoración y de objeción de la actividad que sea sometida a consulta, sin embargo es importante señalar que la Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-10-SIN-CC señala que la consulta prelegislativa y la consulta ambiental no pueden ser equiparadas como una sola.

La Constitución de la Republica del Ecuador del año 2008 regula cuatro tipos de consultas, en primer lugar está la consulta popular, mecanismo por el cual se acepta o rechaza las propuestas que se presenten por parte de los ciudadanos, en segundo lugar tenemos la consulta previa, esta garantiza a los pueblos y nacionalidades su opinión de forma anticipada frente a planes y programas en los que están inmersos los recursos no renovables, en tercer lugar está el derecho a la consulta ambiental, la cual se ejerce cuando existen actividades que pueden perjudicar el entorno de habitación de los pueblos y nacionalidades indígenas y en cuarto lugar tenemos a la consulta prelegislativa, mediante esta se garantiza a los pueblos y nacionalidades el ser consultados, esto implica que los pueblos y nacionalidades indígenas deben ser consultados y permite emitir sus criterios de aprobación o de no aprobación sobre los cuales son consultados en el caso de la adopción de medidas legislativas que puedan vulnerar los derechos colectivos regulados en el mismo artículo 57, en la misma consulta prelegislativa si las actividades llegasen a generar daño a los recursos de las comunidades se debe indemnizar por los daños provocados dentro de su territorio.

La consulta prelegislativa tiene como finalidad permitir que los titulares de los derechos colectivos tengan la oportunidad de ser consultados, con el objetivo de que se pronuncien sobre temas específicos que sean incluidos en el proyecto de ley que puedan vulnerar sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

En la sentencia n.º 001-10-SIN-CC la Corte Constitucional se ha pronunciado Sobre la consulta prelegislativa la misma hace referencia a varios aspectos, en primer lugar debido a la declaración de ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros para la realización de la consulta prelegislativa, la Corte Constitucional en la sentencia n.º 001-10-

SIN-CC regula los actores que participan en el proceso y las fases de la consulta, es importante mencionar que para esto la Corte tomo como referencia el Convenio 169 de la OIT, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Saramacanca vs Surinam”, sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-161/2001 y la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile Rol 309 de 04-08-2000.

La sentencia en primer lugar regula los actores de la consulta, en referencia a quien se consulta se establece que la Consulta Prelegislativa está dirigida a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubias, la consulta la realiza la Asamblea Nacional órgano constitucional que si considera necesario puede disponer de la colaboración de distintas instancias estatales como son el Consejo Nacional Electoral, CNE y el Consejo de Desarrollo de Las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE, este órgano consultante debe previamente identificar las comunidades que van a ser consultadas y realizarla en los idiomas propios de cada comunidad que sea consultada.

En segundo lugar, se establecen las fases en la que la consulta prelegislativa debe ser llevada a cabo, estas son cuatro fases, las cuales se dividen en preparación, convocatoria pública, registro, información y ejecución y por último la fase de análisis de resultados.

1. Fase de Preparación de la Consulta Legislativa

En esta fase el órgano consultante mediante acto administrativo establece la agenda de la consulta prelegislativa, en la cual se establecen los temas sustantivos objeto de la consulta prelegislativa, procedimiento, tiempos y el procedimiento de dialogo y toma de decisiones que se seguirán dentro de la consulta, así también se realizarán los documentos necesarios para la consulta prelegislativa consistentes en una papeleta de resultados y un sobre de seguridad en cooperación con el Consejo Nacional Electoral.

2. Fase de Convocatoria a la Consulta Prelegislativa

Esta fase inicia con la convocatoria pública con la cual se abre oficialmente la consulta prelegislativa, a los colectivos que han sido determinados como posibles afectados, seguido a esto se abre una oficina central de información y recepción de los documentos necesarios para la consulta prelegislativa, esta oficina debe ser establecida en Quito y en otras provincias que correspondan, desde la fecha de la convocatoria pública se establecen 5 días laborables en los cuales se receptaran las inscripciones de los colectivos que participaran en la consulta prelegislativa.

3. Fase de información y realización de la Consulta Prelegislativa

Una vez que se ha determinado los colectivos que participaran en la consulta prelegislativa y se ha dado el proceso de inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, la Asamblea Nacional deberá realizar la entrega oficial de la norma consultada, esto contiene la entrega de los documentos para realizar la consulta prelegislativa, las normas que la rigen y el tiempo en el que se realizará la consulta prelegislativa.

Las oficinas de información y recepción creadas en la segunda fase de la consulta prelegislativa están facultadas para ofrecer información sobre la norma consultada, reglas de la consulta prelegislativa e información que facilite la discusión interna de los colectivos participantes de la misma, la discusión se realizara en base a las costumbres, tradiciones y procedimientos internos de discusión y toma de decisiones de los colectivos. Una vez que las inscripciones hayan terminado en un periodo de 20 días laborables las oficinas deben receptor los documentos sellados de la consulta prelegislativa realizada, estos documentos son: la papeleta oficial de resultados y facultativamente se puede adjuntar el listado de participantes de la consulta y actas de reuniones.

4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa.

Para culminar la consulta prelegislativa, una vez finalizada la tercera fase, se debe realizar la instalación de una mesa de dialogo que estará conformada por los delegados de los colectivos consultados previamente inscritos y por una comisión legislativa ad-hoc conformada por el Consejo de Administración Legislativa (CAL), la cual tendrá una duración de 20 días laborables los cuales pueden ser extendidos si las circunstancias lo exigen.

En la mesa de dialogo se discutirá a cerca de los resultados de la consulta prelegislativa, las posiciones y criterios de los colectivos consultados en relación a la afectación de sus derechos colectivos y se da la suscripción de consensos en la cual se tendrá presente el principio de buena fe de las partes, la Asamblea Nacional debe motivar de manera explícita los casos en que los consensos no se realicen ya sea sobre uno o varios puntos de la discusión, y finalmente el presidente de la Asamblea Nacional realizara la declaración oficial de la terminación del proceso y posteriormente presentara los resultados de la consulta.

Los requisitos y fases para el desarrollo de la consulta prelegislativa fueron señalados por la Corte Constitucional en la sentencia No. 001-10-SIN-CC en el caso de que una ley afecte los derechos colectivos hasta que el legislativo emita el acto normativo definitivo, de esta manera el Consejo de Administración Legislativa (CAL) el 13 de junio de 2012 aprobó el “Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa” el cual consta de Veintiún (21) artículos, Cuatro (4) Disposiciones Generales, Una (1) Disposición Transitoria Única, y Dos (2) Disposiciones finales, en los cuales se desarrollan los requisitos básicos y fases en las que se debe desarrollar la consulta prelegislativa, siendo los mismos analizados y referidos anteriormente en la sentencia No. 001-10-SIN-CC razón por la cual ahondar en su análisis sería redundante, el instructivo tiene por objeto regular el ejercicio del derecho colectivo de los titulares de este derecho consagrados en la Constitución, para ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda vulnerar sus derechos.

El instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa establece seis principios que la Asamblea Nacional debe tener en consideración al momento de realizar la consulta prelegislativa estos son: el principio de Oportunidad el cual señala que la consulta debe ser realizada antes de la promulgación de la ley, Plazo Razonable con el cual se deben respetar los tiempos en los que cada fase debe ser desarrollada, haciendo hincapié en las deliberaciones de los titulares de los derechos colectivos, Buena Fe el cual consiste en que la Asamblea Nacional como los participantes en la consulta prelegislativa deberán obrar con honradez, probidad, diligencia, responsabilidad, confianza, colaboración y respeto, el principio de Interculturalidad y Plurinacionalidad, principio de Información Veraz y Suficiente este establece que la información proporcionada por la Asamblea Nacional debe ser objetiva, oportuna, sistemática, veraz y en los idiomas de relación intercultural, y el sexto principio es la Autonomía a través del cual la participación de los titulares de los derechos colectivos deberá ser sin coacción ni condición y respetando su autonomía.

Finalmente, del análisis realizado podemos decir que la consulta prelegislativa forma parte de los derechos colectivos que han sido reconocidos dentro de la Constitución del año 2008, como uno de los cambios sustanciales que trajo la misma. La consulta prelegislativa se reconoce como un mecanismo a través del cual se permite que los colectivos puedan ejercer el derecho a la participación ciudadana, permitiéndoles participar en la elaboración de normas que puedan afectar sus derechos colectivos, ya que les faculta a los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados en caso de que los órganos que tienen potestad normativa pretendan adoptar normas o medidas que afecten sus derechos colectivos.

En el siguiente capítulo se realizara un análisis de la Sentencia 45-15 IN, y se establecerá si el derecho a la consulta prelegislativa reconocido en la actual Carta Magna en el artículo 57 numeral 17 fue respetado y garantizado hacia los pueblos consultados para la creación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, conforme a la sentencia 45-15 IN CC/22, en la misma se identificarán los argumentos por los cuales la Corte Constitucional declaro a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua inconstitucional.

CAPÍTULO 2

Análisis de la Sentencia 45-15-IN/22

2.1 La Corte Constitucional

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional, y de administración de justicia, cuenta con autonomía administrativa y financiera, facultado por la constitución para resolver acciones por inconstitucionalidad que se le presenten, esto en concordancia con el artículo 436 numeral 2 de la constitución el cual reza “2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

De la misma manera el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional faculta a la Corte Constitucional a resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de enmiendas y reformas constitucionales, resoluciones legislativas aprobatorias en tratados internacionales. Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley, actos normativos y administrativos con carácter general.

Para efectos de esta investigación nos centraremos en las leyes que pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad como lo es la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamientos del Agua.

2.2 Acción Pública de Inconstitucionalidad

Una manera de entender a La acción pública de inconstitucionalidad es como un mecanismo por el cual las personas que tienen una índole política, territorial, ciudadana o popular, tienen la posibilidad de acudir ante la Corte Constitucional para que determine si una ley es o no inconstitucional, es decir si está o no acorde a los preceptos contenidos en la Constitución y en el caso de que no lo este, esta norma sea declarada inconstitucional y sea eliminada del ordenamiento jurídico.

La acción de constitucionalidad según Blasco Soto tiene una naturaleza doble, es por una parte objetiva debido a que esta asegura la primacía de la constitución al mantener la actividad del legislador dentro del ordenamiento jurídico, esto es que las normas expedidas guarden concordancia y se dicten conforme a la Constitución y declara la validez de una norma jurídica abstracta y general, controlando así al órgano del cual nace el acto que es objeto de consulta, con lo cual se busca la supremacía de la constitución y la depuración del ordenamiento jurídico y; por otra parte tiene una naturaleza subjetiva por que actúa como un

medio de defensa para los titulares de los derechos discutidos frente a la aplicación inconstitucional de la norma, en el presente caso los titulares de derechos colectivos dentro del cual se encuentra la Consulta Prelegislativa son los pueblos y comunidades indígenas, en la naturaleza subjetiva defiende la tutela de los intereses individuales de las partes, mediante la no aplicación de normas que sean contrarias a la Constitución. (María del Carmen Blasco Soto, op. Cit., pp. 98-100).

2.3 Análisis de la Sentencia 45-15 IN/22

Tema: La Corte Constitucional analiza la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y su Reglamento. Luego del respectivo análisis constitucional por la forma, se concluye que la LORHUAA y su reglamento son inconstitucionales por la forma al contrariar el artículo 57 numeral 17 de la CRE.

2.3.1 Actores

La acción pública de inconstitucionalidad puede ser ejercida por las personas que tengan una calidad importante dentro de un grupo ya sea política, territorial, ciudadana y popular, en el caso de la sentencia a analizar fue presentada por Jorge Herrera Morocho el 10 de junio de 2015, en calidad de presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en contra de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y su reglamento, esta acción fue admitida a trámite y la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dispuso que se corra traslado a la Presidencia de la República, a la Asamblea Nacional y a la Procuraduría General del Estado con la finalidad de que defienda la constitucionalidad de las normas impugnada, y solicitó que la Asamblea Nacional remita el expediente con los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto de la consulta (informes de la consulta prelegislativa realizada).

Por otra parte el 9 de junio de 2015 Carlos Pérez Guartambel en calidad de procurador común de los accionantes, por sus propios derechos y representante de la ECUARUNARI (Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador); Lauro Sigcha presidente de la Federación de Organizaciones Indígenas Campesinas del Azuay; Tomas Morocho presidente de Tukuy Cañar Ayllukunapa Tantanakuy; Patricio Sagñay, como presidente de UCIA y Virgilio Ramón Quezada representante de la Unión de Sistemas de Agua en Girón presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra del reglamento de la LORHUAA, debido a que las personas que presentaron la demanda de inconstitucionalidad fueron los legitimados activos, esta fue admitida a trámite por el Tribunal de Admisión de la Corte Constitucional y se aprobó la acumulación de este proceso dentro de la causa 45-15 IN

materia de análisis del presente trabajo, la jueza ponente de la causa fue Karla Andrade Quevedo.

2.3.2 Normas por las Cuales se Presenta la Demanda de Inconstitucionalidad

La inconstitucionalidad de una norma puede ser declarada por el fondo y por la forma, las normas pueden ser inconstitucionales por la forma cuando para su expedición no se cumplió con el procedimiento establecido en la Carta Magna, en la presente causa se demandó la inconstitucionalidad por la forma de las siguientes normas:

1. La Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 305 de 06 de agosto de 2014.
2. Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 650, publicado en el Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

La inconstitucionalidad por el fondo, se refiere a cuando las normas expedidas contravienen los preceptos, principios y artículos establecidos en la Constitución de la Republica del Ecuador del año 2008 y en el presente caso se demandó la inconstitucionalidad de los artículos:

1. Artículos 1,43,45,46,47,51,52,53,54,55 y 98 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.
2. Artículos 6.20.47.51.52.72 y disposición general única del Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.

2.3.3 Pretensiones y Fundamentos de las Partes:

- **Argumentos de los accionantes en contra de la LORHUAA y el Reglamento a la LORHUAA.**

Los Accionantes manifiestan que la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua es inconstitucional por la forma debido a que no se cumplió con el procedimiento adecuado en el desarrollo de la consulta prelegislativa para la posterior expedición y publicación de la ley en el registro oficial, esto debido a que una garantía de participación de los pueblos y comunidades indígenas es pronunciarse ante las decisiones que puedan afectar sus derechos y en el presente caso el derecho a la propiedad comunal a través del mecanismo de la consulta prelegislativa, por lo cual el proceso de consulta debe respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad para que se entienda como un acercamiento adecuado y efectivo de las autoridades estatales con los colectivos,

siendo el Estado el encargado de garantizar este derecho en todas las fases de construcción del proyecto normativo, por lo cual los accionantes establecen que para que la consulta represente realmente una garantía de participación debe realizarse desde las primeras etapas esto es desde la elaboración y planificación del texto que quiere ser aprobado o de la medida propuesta que pudiera significar una vulneración a sus derechos.

Por estas razones consideran que el proceso de la consulta prelegislativa realizado para la aprobación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua fue inconstitucional debido a que no se realizó una consulta integral del texto normativo, no fue realizada de buena fe, siendo este uno de los principios bajo los cuales debe realizarse la consulta, ya que previamente ya existían pronunciamientos de autoridad públicas, la consulta no fue culturalmente adecuada ya que el mecanismo de consulta fue consensuado únicamente al interior de la Asamblea Nacional y no se consensuó con las autoridades y organizaciones representativas e históricas de los pueblos indígenas del Ecuador.

Demandan la inconstitucionalidad del Reglamento a la LORHUAA por la forma debido a que para este no se realizó una consulta prelegislativa ya que el mismo es una medida nueva que tiene una naturaleza distinta a la ley y la misma puede afectar sus derechos por lo que vulnera lo establecido en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además, los accionantes demandan la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 1,43,45,46,47,51,52,53,54,55, 98 de la LORHUAA ya que en estos se establece un modelo centralista y homogeneizador de la administración y gestión del derecho al agua en el Ecuador, y señalan que la ley tiene un efecto regresivo debido a que las Juntas del Agua eran autónomas y se regían por su derecho y normas propias, el artículo 98 señala la posibilidad de constituir servidumbres en territorios ancestrales con lo cual se vulnera la inalienabilidad de los territorios indígenas.

En el referente a la inconstitucionalidad por el fondo del reglamento a la LORHUAA hacen mención al artículo 6, 39, 44 y 47, los artículos 6 y 44 al ser incompatibles con el artículo 318 puesto que se abre la posibilidad de que las empresas puedan privatizar el agua en el Ecuador, ya que con el artículo 39 se establecen requisitos para que las organizaciones comunitarias administren el agua en sus territorios y el artículo 47 ordena regular y controlar el agua en las comunidades razón por la cual se sacrifica la autonomía de la libre determinación de las comunidades y por último el artículo 72 establece la posibilidad de construir servidumbres tal como lo mencionado en el artículo 98 de la LORHUAA.

- **Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador**

Sobre la inconstitucionalidad por la forma la Asamblea se pronunció señalando que se ha respetado el proceso que conlleva la consulta prelegislativa de conformidad con lo establecido en la sentencia No. 001-10-SIN-CC y lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 razón por la cual no ha existido vulneración a este derecho colectivo establecido en la Constitución en el artículo 57 numeral 17, además señala que la consulta se realizó a 1697 organizaciones representativas de titulares de derechos colectivos, y los temas en los que se dio un consenso fueron incorporados al texto, y en los que hubo descenso fueron debatidos con lo cual se demuestra que el proceso fue democrático.

Sobre la inconstitucionalidad por el fondo ha señalado que la finalidad de la ley es garantizar la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos y regular toda actividad que afecte la calidad y cantidad del agua, así como el equilibrio de los ecosistemas en especial el de las fuentes y zonas de recarga, razón por lo cual no existe regresividad de derechos por que la ley que regía anteriormente era una ley arcaica y precaria en la cual los recursos hídricos estaban en manos de agroindustriales y pocos comunes, razón por la cual la ley genera condiciones de igualdad, equidad y justas para el uso del agua al ser considerado este un recurso vital.

- **Argumentos de la Presidencia de la República**

Por su parte la presidencia de la república a través del secretario jurídico argumento que la CONAIE tuvo un rol protagónico en la discusión y socialización de la ley, fue tan importante y significativa su participación que por esta razón la Comisión Especializada Permanente de Soberanía Alimentaria y Desarrollo Agropecuario recibió por escrito los argumentos de parte de ciudadanos, organizaciones sociales titulares de derechos colectivos entre ellos la CONAIE, además señala que el reglamento a la LORHUAA no debió ser sometido a consulta prelegislativa ya que la misma se desarrolla ante la adopción de medidas de carácter legislativo expedidas por la Asamblea Nacional, por estas razones el reglamento no adolece de vicios de forma.

Referente a la inconstitucionalidad por el fondo sostiene que la ley no genera requisitos excesivos para la creación de juntas de agua potable, y que la servidumbre no privan el derecho a la propiedad de los recursos naturales, ni significa que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejerzan actividades propias de sus territorios por esta razón los artículos 47, 51 y 52 del reglamento a la LORHUAA fueron reformados y no ameritan un control constitucional por lo cual solicita que se rechace la demanda.

- **Argumentos de la Procuraduría General del Estado**

El director nacional de patrocinio de la Procuraduría General del Estado defiende la constitucionalidad de la norma en los siguientes términos: existe una confusión de los legitimados activos al confundir la Consulta Prelegislativa con la Consulta Previa, y señala que la sola cita incoherente de doctrina y jurisprudencia no demuestra la violación a derechos constitucionales, y en lo referente a la inconstitucionalidad por el fondo la misma no se ha constituido debido a que los argumentos de la demanda no demuestran la violación de la obligación contenida en el artículo 281 numeral 4 de la Constitución, razón por la que debe primar el principio “in dubio pro legislatore” y solicita que mediante sentencia se rechace la acción pública de inconstitucionalidad.

2.3.4 Análisis Realizado por la Corte Constitucional.

- **Sobre la Consulta Prelegislativa en la LORHUAA**

Al realizar el análisis de inconstitucionalidad por la forma la Corte Constitucional determina que hay la consulta prelegislativa tiene una doble dimensión:

“Por un lado, la consulta prelegislativa constituye un requisito de forma previo a la expedición de medidas adoptadas en ejercicio de cualquier poder normativo en cuanto constituye una fase previa a su aprobación.” (Sentencia 15-45 IN, CC)

Este es el carácter formal de la consulta prelegislativa, mismo que se observa en el artículo 57 numeral 17 al expresar que la Consulta Prelegislativa es un mecanismo por el cual los titulares de los derechos colectivos son consultados ante cualquier medida que se quiera aprobar y que la misma pueda significar una afectación a sus derechos, entendiendo además a la consulta como un derecho de acceso a la participación relacionado directamente con el principio de participación reconocido en la Declaración de Rio de Janeiro de 1992 el cual reza

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.” (Declaración de Rio de Janeiro, 1992).

La Corte Constitucional señala además otra dimensión de la consulta prelegislativa:

“Por otra parte, la consulta prelegislativa constituye un derecho constitucional reconocido por el artículo 57 numeral 17 de la CRE y en instrumentos

internacionales como el artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.” (Sentencia 15-45 IN/CC)

Esto que señala la Corte Constitucional guarda relación con el artículo 84 de la Constitución, ya que en el mismo se reconoce a la consulta como una garantía constitucional, siendo la base para el desarrollo de los demás derechos colectivos en palabras de Carrión al considerarse la Consulta como un derecho constitucional debe 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, 2013). Además, este carácter constitucional de la Consulta Prelegislativa significa que este derecho que ha sido regulado tanto a nivel nacional en la Constitución y normativa secundaria, como a nivel internacional a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, razón por la cual esta debería entenderse como una obligación internacional.

Por otro lado, la Corte Constitucional establece que el derecho a la consulta prelegislativa no se resume en una participación en procesos de difusión o audiencias públicas, ya que esto no constituye la esencia formal de la consulta prelegislativa, sino que se consideran como simples audiencias a las que pueden acudir tanto los titulares del derecho como cualquier ciudadano, este criterio cuenta con el apoyo del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y los órganos de control normativo de la OIT quienes consideran que “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio” (Sentencia No 3-15-IA-20, CC), esto también guarda relación con el principio decimo de la Convención de Rio de Janeiro mencionado anteriormente en el cual se tiene como principio la participación ambiental.

- **Análisis de la Consulta Prelegislativa realizada para la aprobación de la LORHUAA, delimitación de los temas a ser consultados.**

La Corte Constitucional en la sentencia analiza la Consulta Prelegislativa realizada para la aprobación de la LORHUAA, la cual consistió en:

Como primer punto la Comisión Especializada Permanente de Soberanía Alimentaria y Desarrollo del Sector Agropecuario y Pesquero de la Asamblea Nacional, definió los temas a ser consultados durante la fase de preparación y estos fueron aprobados con el CAL el 31 de julio de 2012, en el cual se delimitaron los temas a consultar siendo estos:

FIGURA 1

Temas sustantivos para la Consulta Prelegislativa de la LORHUAA

TEMAS SUSTANTIVOS PARA LA CONSULTA PRELEGISLATIVA DE LA LEY ORGANICA DE RECURSOS HIDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA		
TEMAS SUSTANTIVOS DE CONSULTA	ARTICULOS DEL PROYECTO DE LEY REFERENTES A LOS TEMAS SUSTANTIVOS DE CONSULTA	ARTICULOS DE LA CRE RELACIONADOS
Tradiciones ancestrales, lugares rituales y sagrados	Artículos 24, 41, 43, 44, 88, 170 literales c) y l)	Artículo 57: numerales 1 y 12
Gestión y manejo ancestral del agua	Artículos 17, 23 al 33, 35, 37, 38 lit. b), 40, 56 al 63, 66, 68, 69, 101, 112, 117, 159, 163	Artículo 56: numerales 6 y 8
Uso, usufructo y administración	Artículos 6 y 8 inc. Primer; 26, 27, 67, 86, 93, 137, 176 y 178	Artículo 57: numeral 6
Derecho propio o consuetudinario.	Artículos 38, 42, 150, 151, 152, 179, 205, 206 y 207	Artículo 57: numerales 10 y 17
Participación y representación en los organismos oficiales	Artículos 12 lit. d), 58, 61, 78, 175, 225, 226, 231, 233 y 234	Artículo 57: numeral 16

Nota: Elaboración propia a partir del Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del agua.

Seguidamente en la fase de convocatoria pública e inscripción se comunicó a través de los medios de comunicación, se convocó a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades para participar e inscribirse en la consulta, la consulta inicio formalmente el 5 de marzo y concluyó el 1 de abril de 2013, posteriormente la Comisión Especializada Permanente de Soberanía Alimentaria y Desarrollos del Sector Agropecuario y Pesquero de la Asamblea Nacional realizó la compilación de resultados provinciales.

Posteriormente la presidenta de la Asamblea el 20 de marzo de 2014 convoco a las audiencias públicas provinciales a los representantes de las organizaciones de segundo grado de los titulares de derechos colectivos, para socializar los resultados e identificar los consensos y disensos, el 9 de mayo de 2014 se desarrolló la mesa de diálogo nacional, en la cual se dio la discusión de los resultados de la consulta.

Con este análisis la Corte Constitucional considero que efectivamente para la aprobación de la LORHUAA se llevó a cabo la consulta prelegislativa, sin embargo, el análisis de la materialización de la consulta se desarrolló conforme a los parámetros establecidos por la misma Corte y los instrumentos internacionales, se analizó lo señalado por los accionantes de la demanda en sus argumentos para la declaratoria de inconstitucionalidad por la forma, este es el participar activamente en el desarrollo de los puntos sobre los cuales van a ser

consultados y participar en todas las fases de construcción de un proyecto normativo, al ser las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas los titulares del derecho a la consulta prelegislativa, además considerando que el agua es un recurso natural que se encuentra en territorios indígenas, los accionantes señalan que los temas a consultar ya estaban previamente realizados, pero no incluyeron varias cuestiones sobre las cuales ellos hubieran querido ser consultados, y con esto no se dio una consulta integral del texto normativo.

Según este criterio la CC, señala que efectivamente los temas a ser consultados fueron delimitados exclusivamente por la Asamblea Nacional a través de la Comisión de Soberanía Alimentaria y Desarrollo del Sector Agropecuario y Pesquero y el CAL sin participación de los colectivos titulares del derecho, razón por la cual la CC considera que la aprobación de la LORHUAA es contraria a los estándares constitucionales, debido a la importancia de la opinión de los pueblos indígenas al momento de dictar una medida legislativa que afecte directamente a sus derechos e intereses colectivos, en así que en la sentencia No 3-15-IA-20 la CC señala: “Es indispensable señalar que para determinar si una medida legislativa o administrativa relacionada a los territorios de los pueblos indígenas debe ser consultada, es extremadamente relevante recurrir a la opinión de las personas indígenas que se encuentran involucradas”.

Otro argumento dado por la CC, sostiene que la opinión de las comunidades indígenas no es relevante solamente al momento en que estas participen en el proceso de la consulta prelegislativa, sino que el criterio de las comunidades indígenas debe ser considerado en todas las etapas de la consulta prelegislativa, en la cual se incluye la preparación, dentro de la preparación está el texto normativo que va a ser objeto de la consulta del cual las comunidades y grupos consultados deben formar parte al momento de su elaboración, para que su derecho a ser consultados ante la adopción de una medida que ponga en riesgo sus derechos sea realmente garantizado, ya que la delimitación exclusiva por la Asamblea Nacional de los temas a consultar excluye a los titulares del derecho a la Consulta Prelegislativa ya que la Asamblea Nacional fácilmente podría ignorar los perjuicios o afectaciones que son percibidos por las comunidades, lo cual implica que la naturaleza de la consulta prelegislativa y el reconocimiento de la misma pierda su fundamento.

- **Análisis de la Participación en la consulta prelegislativa.**

Este análisis parte del argumento presentado por parte de los accionantes que sostienen que la consulta no se realizó bajo el principio de buena fe con la intención de llegar a acuerdo, además la misma no fue traducida integralmente a los idiomas de los colectivos participantes

en la consulta y existieron varios problemas en la participación de las comunidades indígenas ya que se inscribieron 1500 comunidades y solo se entregaron actas de 900 comunidades.

Referente al argumento de que la consulta no se realizó de buena fe, la consulta realizada a los pueblos indígenas se considera parte integral del derecho a la participación en los asuntos públicos, de conformidad a lo mencionado por la Corte IDH, el artículo 23 de la CADH el cual señala “forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana” (Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. 2015, par,203.), este derecho también ha sido reconocido en la constitución en el artículo 95 el cual ordena que las ciudadanas y ciudadanos participen en asuntos públicos y de control general ya sea de manera individual o colectiva, este derecho a la participación como ya ha sido mencionado también ha sido reconocido en la Convención de Rio de Janeiro en el cual se reconoce como un principio ambiental; el derecho a la participación se orienta por los principios de igualdad, autonomía, deliberación publica, respeto por la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad y se ejerce mediante los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria, por esta razón el Estado tiene el deber de garantizar la participación de las comunidades y pueblos indígenas con mecanismos interculturalmente adecuados.

Al hacer referencia a este punto no podemos dejar de observar que el convenio 169 de la OIT no ha establecido reglas para el procedimiento de la consulta, no obstante esto no significa que se debe dejar de lado el principio de buena fe ya que en base a este el Estado conjuntamente con las comunidades indígenas deben definir las condiciones bajo las cuales se desarrollara la consulta, para que esta se desarrolle conforme al ordenamiento constitucional (Abad, 2016), Esto quiere decir que a pesar de que el procedimiento para el desarrollo de la consulta no ha sido establecido, si se han señalado pautas generales para su aplicación como que la consulta se desarrolle conforme al principio de buena fe, además que esta se previa, informada, libre, entre otros.

Otro argumento analizado por la CC es si en la LORHUAA existió un adecuado proceso de participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidad indígenas, razón por la cual la CC empieza analizando la convocatoria a la consulta prelegislativa realizada por la presidenta de la Asamblea Nacional a través de los medios de comunicación:

“a las comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y al pueblo montubio, en su calidad de titulares de derechos colectivos, a inscribirse en la Consulta Prelegislativa vinculada a los temas sustantivos

del Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y aprovechamiento del Agua y los derechos colectivos previstos en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador” (Proyecto de Ley Organiza de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, 2012).

La CC establece en la sentencia que el llamado a través de los medios de comunicación, si puede ser eficiente, no obstante este no es el único medio o mecanismo para convocar a la ciudadanía, y en especial a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias ya que estos grupos no necesariamente tienen acceso a los medios de comunicación, o el contenido de los mismos no es transmitido en su idioma, por lo cual resulta imperante utilizar mecanismos con una visión intercultural que si permita llegar a todos los sectores de las comunidades, por lo cual a consideración de la CC la convocatoria se podía haber realizado con la utilización de medios comunitarios o convocatorias presenciales, en el idioma respectivo o con la traducción respectiva, ya que esto si constituiría un acceso real a la participación, sin embargo la Asamblea Nacional cumplió con lo establecido en la sentencia No. 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional y el instructivo para la aplicación de la Consulta Prelegislativa, y a mi criterio existe un vacío legal referente a como se debe realizar la convocatoria a los pueblos y comunidades indígenas a la consulta prelegislativa, ya que como se ha analizado en el presente caso el cumplir con lo que señalo la corte y el instructivo es considerado insuficiente.

Sin embargo, al ver la participación de 1494 organizaciones de primer grado, 64 organizaciones de segundo grado y 12 organizaciones de tercer grado, teniendo en consideración que en la mesa de dialogo participaron 18 organizaciones nacionales de 20 organizaciones inscritas, representantes de titulares de derechos colectivos, la CC llega a la conclusión que en la elaboración de la LORHUAA existió la participación de distintas organizaciones, no obstante al realizar el análisis la CC pudo determinar que dentro de la consulta existió la participación de personas que no tienen relación con este derecho colectivo, lo cual provocó que “se perdiesen las voces de las personas que sí representaban a organizaciones de pueblos y nacionalidades indígenas” (Sentencia 45-15 IN/22, párr 73).

Por otra parte dentro de la consulta prelegislativa y del análisis de los informes del proceso se evidencia que las organizaciones participantes no fueron consideradas por parte de la Asamblea Nacional, ya que no existió una distinción entre las organizaciones que participaron en la misma, con la cual se pueda determinar las preocupaciones de los pueblos y nacionalidades indígenas referente a las disposiciones que afectan sus tradiciones ancestrales, lugares rituales y sagrados, gestión y manejo ancestral, uso, usufructo y

administración del agua entre otros, por estas razones la Consulta carece de eficacia, ya que es deber de los órganos consultantes garantizar y cerciorarse de la participación de los legítimos representantes de las comunidades, comunas y pueblos indígenas, lo cual además garantiza que los resultados sean recolectados de buena fe, este criterio menciona el principio de la buena fe según el cual los estados deben otorgar a los consultados la información completa, misma que debe ser comprendida a cabalidad y debe realizarse a través de sus instituciones representativas para generar confianza mutua entre los participantes (Rodríguez, 2014).

Un criterio adicional analizado por la corte es referente a si la consulta fue o no interculturalmente adecuado, lo cual conforme a la documentación la CC si pudo observar que los temas a ser consultados se realizaron en los idiomas de relación intercultural, sin embargo la Asamblea al establecer los temas a ser consultados sin la participación de las comunas, pueblos y comunidades indígenas, estos fueron los temas que se tradujeron para la consulta razón por la cual no se considera que la consulta haya sido culturalmente adecuada.

Por último la corte analiza el criterio dado por los accionantes el cual señala que la consulta fue realizada de manera rápida y las audiencias provinciales se realizaron en las capitales de provincia, razón por la cual existieron incidencias en la participación, ya que participaban las personas que vivían en la ciudad y no pertenecían a los colectivos, en este sentido señalan que “de 6000 comunidades, se inscribieron 1500, de esta cantidad solo 930 lograron responder a la consulta en un plazo de veinte días que no respeta los procedimientos comunitarios para la toma de decisiones” (Sentencia 45-15 IN/22, párr 79) en la sentencia No. 001-10-SIN-CC la misma Corte Constitucional establecido un plazo de duración de 20 días laborables para la fase de consulta una vez que se han cerrado las inscripciones, lo cual si fue observado y respetado dentro de la presente consulta prelegislativa razón por la que la CC no considera valido este criterio.

2.3.5 La consulta prelegislativa del reglamento a la LORHUAA.

Se desarrolla el análisis de constitucionalidad del reglamento a la LORHUAA a partir de que los accionantes establecen que el mismo es inconstitucional debido a que “es una medida normativa nueva, de naturaleza diferente a la de la Ley, por lo que era necesario realizar otra consulta prelegislativa. Esto no se realizó, por lo que la norma es inconstitucional por la forma” (Sentencia 45-15-IN/22, párr 84), el Presidente de la Republica al contestar este argumento señala que no es inconstitucional ya que este al no ser una Ley no es necesario una consulta prelegislativa ya que el alcance del articulo 57 numeral 17 de la CRE vincula únicamente a

las normas con carácter legislativo, además el reglamento trata los mismos temas que ya se consultaron para la formulación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamientos del Agua, por lo cual ya no se debe realizar la consulta, adicional a esto señala que dentro de las atribuciones del presidente está la de reglamentar leyes.

A manera de análisis propio la CC en la sentencia No 20-12- IN/20 mencionó que la consulta prelegislativa debe realizarse ante cualquier medida ya sea esta normativa o administrativa que pueda afectar los derechos de las comunas, comunidades y pueblos indígenas titulares de los derechos colectivos, razón por la cual en la sentencia analizada la CC establece que el artículo 57 numeral 17 de la constitución, esto también ha sido señalado por Rodríguez quien señala que si bien el artículo 6 del convenio 169 de la OIT se refiere a medida legislativa, no se debe entender únicamente a la ley, sino a todas las medidas normativas no administrativas que afecten de manera directa a las colectividades (Rodríguez, 2011).

En el caso Ecuatoriano según la CRE la facultad normativa le corresponde a la Asamblea Nacional en la creación de leyes, a los GADS mediante ordenanzas, a las Juntas Parroquiales a las cuales les otorga facultades reglamentarias, y al Ejecutivo que tiene la potestad de presentar proyectos de ley y tiene potestad reglamentaria, de la misma manera el artículo 425 de la CRE describe el orden jerárquico de las normas, por lo que se entiende que se debe consultar a los titulares del derecho, cuando cualquiera de las normas pueda afectar sus derechos.

Figura 2:

Orden Jerárquico de las normas según el artículo 425 CRE.



Nota: Elaboración propia a partir de la CRE.

La corte constitucional en su análisis establece que el artículo 57 numeral 17 de la CRE debe leerse en sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos, y debe ser interpretado en el sentido más favorable para el ejercicio de los derechos constitucionales, por esta razón es aplicable en cualquier acto emitido bajo el ejercicio del poder normativo que pueda afectar derechos de los pueblos indígenas, en conformidad con el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el cual establece:

“Artículo 19: Los Estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007)

Lo cual demuestra que la Asamblea Nacional no es el único órgano que tiene el deber de consultar a los colectivos sobre las medidas que puedan afectar sus derechos, este deber se extiende a cualquier órgano con potestad normativa, razón por la cual a criterio de la CC no importa si es una norma legislativa o administrativa lo imperante es que pueda afectar los derechos de los colectivos, además dentro del reglamento a la LOHRUAA se incluyen normas referentes a la gestión comunitaria del agua, el registro de las prácticas ancestrales y las servidumbres y esas normas debieron ser consultadas a los pueblos y nacionalidades indígenas, por estas razones la CC considera que el reglamento a la LOHRUAA regula temas y concreta disposiciones que hacen referencia a los mismos temas regulados por la Ley de Aguas, que no fueron consultados por lo que el reglamento a la LORHUAA es inconstitucional por contravenir el artículo 57 numeral 17 de la CRE y el artículo 6 numeral 1 del Convenio 169 de la OIT.

2.3.6 Efectos de la Sentencia.

Al declararse la inconstitucionalidad por la forma de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamientos del Agua por la inadecuada realización de la consulta prelegislativa y en el caso del reglamento a la LORHUAA la falta de realización de la consulta, los efectos de la sentencia son:

1. La decisión tomada en la sentencia 45-15 IN/CC tiene efectos a futuro lo que contraria la regla general en materia de control constitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efecto inmediato, no obstante a toda regla general existe una excepción la cual se encuentra en el artículo 95 de la LOGJCC que en su inciso dos señala “Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica

produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad” lo que quiere decir que si bien la ley de Aguas ha sido declarada inconstitucional, la misma sigue vigente hasta la promulgación de la nueva Ley de Recursos Hídricos, porque de lo contrario, existiría un vacío legal sobre la regulación del agua en el Ecuador y las condiciones para su uso, lo cual podría significar una vulneración en los derechos constitucionales, por esta razón señala que mientras los cuerpos normativos declarados inconstitucionales estén vigentes su contenido debe interpretarse con apego a los derechos constitucionales y de la manera más favorable para el respeto a los derechos.

2. La CC otorga un tiempo de 12 meses a partir de la publicación de la sentencia en el registro oficial, para lo cual el Presidente de la Republica debe presentar un proyecto de ley y enviarlo a la Asamblea Nacional para que lo tramites de conformidad a lo previsto en la Constitución, y recalca que debe respetar los criterios jurisprudenciales y estándares internacionales de la consulta prelegislativa, con esto la CC le da a criterio suyo el tiempo suficiente para tramitar la nueva normativa en la cual se deberá realizar la consulta prelegislativa adecuada en la que exista la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en todas las etapas de la misma, evitando con esto incurrir en los vicios por los cuales se declaró la inconstitucionalidad de la LORHUAA y su reglamento.
3. Sobre la expedición de un nuevo reglamento a la LORHUAA, señala que si el Presidente de la Republica considera necesario expedirlo, deberá obligatoriamente realizarse una consulta prelegislativa por los criterios ya mencionados en párrafos anteriores y los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.
4. Finalmente, la Corte Constitucional menciona que el Instructivo para la conformación, legalización y disolución de Juntas Administrativas de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado, se declaró inconstitucional mediante la sentencia 69-16-IN/21, se dispuso el plazo de un año para que el Ministerio del Ambiente y Agua elabore un nuevo instructivo, por lo que considera que este organismo así como, el Presidente de la Republica y la Asamblea Nacional deben agotar los diálogos necesarios para la elaboración de las normativas respectivas, con la finalidad de lograr que las mismas tengan coherencia y armonía.

2.3.7 Decisión Sentencia 45-15 IN/22:

Figura 3

Decisión de la Sentencia 45-15 IN/22.

DECISIÓN

LA CORTE CONSTITUCIONAL RESOLVIÓ

- DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA Y SU REGLAMENTO
- A FIN DE EVITAR UN VACÍO NORMATIVO GRAVE AMBAS NORMAS PERMANECERÁN VIGENTES HASTA LA APROBACIÓN DE UNA NUEVA LEY DE RECURSOS HÍDRICOS. EN CONSECUENCIA, EN EL PLAZO DE 12 MESES CONTADOS DESDE LA PUBLICACIÓN DE ESTA SENTENCIA EN EL REGISTRO OFICIAL EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ELABORARÁ Y PRESENTARÁ UN PROYECTO DE LEY QUE DEBERÁ SER ENVIADO A LA ASAMBLEA NACIONAL PARA QUE ESTA LO TRAMITE DE CONFORMIDAD CON LO PRESCRITO EN LA CONSTITUCIÓN Y RESPETANDO LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA.
- NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Nota: Elaboración propia a partir de la Sentencia 45-15 IN CC/22

Para culminar con el capítulo segundo, una vez que se ha realizado el análisis de la sentencia No.45-15 IN/22, y como se puede observar a lo largo de todo el texto, el derecho a la consulta prelegislativa para la promulgación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, si bien fue realizada conforme la documentación analizada por la CC, la consulta no cumplió con los estándares señalados por la misma en la sentencia No. 001-10-SIN-CC, y lo que señalan los instrumentos internacionales como el Convenio169 de la OIT, en lo referente a la participación adecuada de las comunas, comunidades y pueblos indígenas, ya que la participación de ellos debe ser considerada durante todo el proceso de consulta, entiéndase que el proceso empieza desde el momento que se señalan los temas que van a ser objeto de la consulta, además la consulta prelegislativa no fue culturalmente adecuada, ya que si bien se tradujeron los temas a ser consultados, el texto íntegro de la ley no fue traducido vulnerando el principio constitucional de igualdad y, además el artículo 1 de la CRE en el cual se señala el carácter intercultural del Estado ecuatoriano. En lo referente al

Instructivo para la LORHUAA, se declaró su inconstitucionalidad por no realizarse la consulta prelegislativa para la aprobación del mismo.

Con estos antecedentes, en el próximo capítulo se tratarán los problemas jurídicos por los cuales surge el voto salvado y se tratarán los criterios que debe considerar la Asamblea Nacional para la creación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua señalados por la CC, en consideración con las entrevistas realizadas.

CAPÍTULO 3

El derecho a la consulta prelegislativa: Forma en la que el derecho a la Consulta prelegislativa debe ser garantizado según los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia 45-15 IN/22.

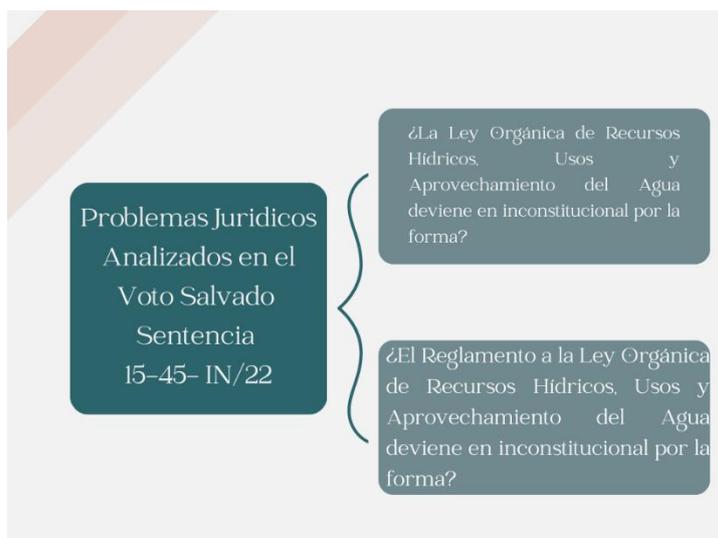
3.1 Análisis del Voto Salvado en la Sentencia 45-15 IN/22 y Acumulado:

Con el respeto a los argumentos dados por la jueza ponente y los magistrados que votaron a favor de la sentencia 45-15 IN/22 y acumulado, los jueces que presentan el voto salvado disciernen con el voto de mayoría.

De esta manera surge el Voto Salvado en la sentencia 45-15 IN/22 y acumulado, presentado por los jueces Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet y se formulan dos problemas jurídicos:

Figura 4

Problemas jurídicos analizados en el voto salvado de la sentencia 15-45-IN-22



Nota: Elaboración propia a partir de la sentencia 15-45-IN-22.

3.1.1 Resolución del Primer Problema Jurídico:

Al realizar el control constitucional por la forma se debe considerar para el análisis los principios y normas de la Constitución de la República y la Ley que regula la Función Legislativa, es decir en el control de constitucionalidad formal se realiza ante dos vicios 1. La inobservancia a lo establecido en la CRE y en la LOFL para la formación de la norma y 2. Comprobar que en la norma impugnada se garanticen los principios de publicidad y unidad de materia, dentro del caso analizado, la acción pública de inconstitucionalidad se presenta

por la inobservancia de la normativa constitucional en la creación de la LORHUAA, alegando la errónea aplicación del derecho a la consulta prelegislativa establecido en la Constitución, consagrada en el artículo 57 numeral 17.

Por esta razón la CC analiza si el derecho a la consulta prelegislativa fue garantizado a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta labor no se limita a verificar que se haya cumplido con la misma, sino que este mecanismo de participación este acorde a los fines que persigue esta figura constitucional, la cual consiste como ha sido señalada anteriormente en la facultad que tienen los pueblos y comunidades indígenas de pronunciarse y ser consultados antes de la adopción de una medida que afecte a sus derechos colectivos, es decir no se trata únicamente de un proceso de dialogo, el mismo debe ser eficaz y garantizar efectivamente el derecho previsto para los colectivos.

Además, la consulta prelegislativa incluye cuestiones de procedimiento, y se entiende como “el conjunto de acciones tendientes a promover y asegurar la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el trámite de creación de una ley que pudiese afectar sus derechos colectivos” (Voto Salvado, Sentencia 45-15 IN/22, párr 8), procedimiento que si no se cumple o no se realiza afectan a la promulgación de la ley, sin embargo el control constitucional no debe reducirse únicamente a analizar los requisitos puramente formales, sino que obliga a un estudio sustancial de las formas utilizadas en la consulta para la construcción de la norma analizada, la inconstitucionalidad formal de la LORHUAA se acusa debido a que no se consultó integralmente su texto, es decir los artículos que conforman el proyecto normativo.

La consulta prelegislativa está regulado en el artículo 57 numeral 17 de la CRE y se debe realizar antes de la adopción de la medida legislativa que afecte derechos colectivos, es decir el alcance de este mecanismo está previsto ante la posible afectación de los derechos de los colectivos, de tal manera que se deben consultar exclusivamente los artículos que afecten sus derechos y no todo el texto normativo por que podrían existir artículos que no necesariamente afecte a los derechos de las comunidades indígenas, como es el caso de la LORHUAA ya que la norma regula aspectos de diversa índole por lo cual no se puede exigir que todo el texto sea consultado, esto implicaría quitarle competencias propias a la Asamblea nacional, no obstante a criterio propio él no consultarles a los pueblos indígenas sobre el texto normativo integro podría significar una vulneración al derecho a la consulta prelegislativa ya que solamente las comunidades indígenas pueden determinar cuándo una norma afecta sus derechos y cuando no, es por esto que en la sentencia se señala que los colectivos deben participar durante todas las fases de la consulta prelegislativa, además debemos entender

que el Agua es un recurso que en lo principal se da dentro de sus comunidades y ellos la consideran como la fuente de la que emana la vida y su motor de vida.

Dentro del voto salvado se analizan los temas sustantivos sometidos a consulta por parte de la Asamblea Legislativa hacia las comunidades indígenas, con la intención de observar si existieron deficiencias que puedan afectar el objeto de consulta, para el desarrollo de este punto utilizaremos cuadros desarrollados por Andrés Martínez y Víctor G. Aguilar, en el estudio denominado “La consulta prelegislativa y la participación de los titulares de derechos colectivos: ¿mito o realidad? Análisis del caso de la ley de aguas.”.

1. Tradiciones ancestrales, lugares rituales y sagrados:

Aquí se analizaron los artículos: Art. 24 referente a la conservación de prácticas de manejo del agua, la relación espiritual con el agua Art. 43, protección de conocimientos colectivos y saberes ancestrales Art. 44, prácticas culturales y sagradas Art.88, definición de políticas públicas para la recuperación y promoción de saberes ancestrales y el conocimiento científico del ciclo del agua, promoción y desarrollo de una cultura del agua a partir de la multiplicidad de valores que posee Art. 170, literales c y 1.

Figura 5

Resultados del Tema 1 a nivel nacional.

Tabla No. 5. Los Resultados del Tema I a nivel nacional

RESULTADO DE CONSULTA	Total general
ALTERNATIVA	8%
CONSENSO	59%
DISENSO	2%
NO SE PRONUNCIAN	31%
Total general	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de compilación de resultados provinciales (2013)

Nota: Fuente: Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). Pag 357

2. Gestión y manejo ancestral

La gestión y manejo ancestral del agua y los recursos hídricos por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades, de conformidad con los contenidos del proyecto de ley objeto de consulta, suponen los diferentes momentos y aspectos que la integran: La protección, recuperación y conservación de fuentes (Art. 17 del proyecto); la garantía de los diferentes elementos que integran el derecho humano al

agua y los derechos relacionados con éste (del Art. 23 al Art. 33); así como la relación con el derecho a participar en el uso, usufructo y administración de las aguas en sus tierras (Art. 40); las responsabilidades estatales para la vigencia del derecho humano al agua (del Art. 56 al Art. 63); y áreas de protección hídrica, incluida la protección y conservación de aguas subterráneas (Art. 112). La permanencia y fortalecimiento de las formas comunitarias y autogestionarias de los servicios de agua potable y de riego (Art. 38, literal b); la administración autónoma de estos sistemas comunitarios de provisión de servicios públicos (Art. 40 y 38 literal b) del proyecto. (Voto Salvado, Sentencia 45-15 IN/22, párr 13).

Figura 6

Resultados del tema II a nivel nacional.

Tabla No. 6. Los Resultados del Tema II a nivel nacional

RESULTADO DE CONSULTA	Total general
ALTERNATIVA	8%
CONSENSO	59%
DISENSO	2%
NO SE PRONUNCIAN	31%
Total general	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de compilación de resultados provinciales (2013)

Nota: Fuente: Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). Pag 358

3. Uso, usufructo y administración:

En este tema sustantivo de consulta, se consultaron los artículos 6,8,26,27,67,86,83,136,176 y 178, los cuales hacen referencia a la prohibición de privatizar el recurso hídrico, la exigibilidad del derecho humano al agua, condiciones de administración del agua, garantía para el caudal ecológico, cantidad vital con tarifa mínima, competencias públicas que garanticen el consumo humano del agua, orden de prioridades para el acceso al agua utilizada para el desarrollo de actividades productivas, garantías para la redistribución y reasignación del agua para riego, gestión participativa del riego comunitario y fortalecimiento de las organizaciones de riego.

Figura 7

Resultados del tema III a nivel nacional.

Tabla No. 7. Los Resultados del Tema III a nivel nacional

RESULTADO DE CONSULTA	Total general
ALTERNATIVA	13%
CONSENSO	62%
DISENSO	1%
NO SE PRONUNCIAN	23%
Total general	100%

Fuente: *Elaboración propia a partir de los informes de compilación de resultados provinciales (2013)*

Nota: Fuente: Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). Pag 359

4. Derecho propio o consuetudinario.

Los artículos sometidos a consulta en este punto fueron: Art. 38, 42, 150, 152, 179, 205, 206, 207 mismos que guardan estrecha relación con el derecho propio y consuetudinario, en los cuales se regula los cuales normas relacionadas a la resolución de conflictos internos, entre ellos la mediación y el arbitraje, resolución de divergencias, régimen de controversias, reconocimiento de formas colectivas y tradicionales de gestión y normas consuetudinarias que guardan relación con terceros.

Figura 8

Resultados del tema IV a nivel nacional.

Tabla No. 8. Los Resultados del Tema IV a nivel nacional

RESULTADO DE CONSULTA	Total general
ALTERNATIVA	9%
CONSENSO	64%
DISENSO	4%
NO SE PRONUNCIAN	23%
Total general	100%

Fuente: *Elaboración propia a partir de los informes de compilación de resultados provinciales (2013)*

Nota. Fuente: Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). Pag 360

5. Participación y representación en los organismos oficiales.

En este tema sustantivo de consulta, se consultaron temas referentes a los deberes estatales de gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrográfica, de esta manera se consultaron los artículos 12, 58, 61, 78, 175, 225, 226, 231, 133, 234.

Figura 9

Resultados del tema V a nivel nacional.

Tabla No. 9. Los Resultados del Tema IV a nivel nacional

RESULTADO DE CONSULTA	Total general
ALTERNATIVA	9%
CONSENSO	66%
DISENSO	2%
NO SE PRONUNCIAN	24%
Total general	100%

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes de compilación de resultados provinciales (2013)

Nota. Fuente: Martínez, A., & Aguilar, V. (2015). Pag 357.

Según el análisis realizado por los jueces en el voto salvado, se señala que en la consulta prelegislativa se contemplaron aspectos y artículos que denotan que el órgano legislativo cumplió con su obligación en la realización de la consulta, consultando a cerca de los artículos que puedan afectar sus derechos colectivos, por esta razón concluyen que no se han omitido aspectos sustanciales materia de la consulta, sin embargo del análisis realizado por el doctor Andrés Martínez Moscoso y el Doctor Víctor G. Aguilar señalan que en los temas consultados al momento de realizar el informe final no se consideraron todos los disensos relacionados a los diferentes temas sustantivos consultados.

El otro punto por el cual se declaró inconstitucional la LORHUAA, fue que la consulta no fue culturalmente adecuada ya que la consulta prelegislativa no fue consensuado con la CONAIE, ECUARUNARI, CONFENAIE Y CONAIE, los jueces en el voto salvado analizan este punto partiendo de la delimitación del marco jurídico bajo el cual se realizó la consulta prelegislativa, y señalan que esta fue realizada conforme los estándares señalados en la sentencia No. 001-10-SIN-CC y el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa realizado por el CAL, por lo que no se puede imputar una omisión constitucional por parte del legislador cuando ha seguido las normas mencionadas anteriormente para el desarrollo de la consulta

prelegislativa, en este punto se genera un conflicto debido a la inexistencia de una ley orgánica que regule la consulta prelegislativa, sin embargo no debería solamente observarse lo señalado por el instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, sino se debería tomar en consideración lo expresado por los titulares de los derechos colectivos y además tener en consideración que si se aplica el artículo 424 de la CRE, tenemos a la constitución y tratados internacionales por encima de la constitución si en ellos se reconocen derechos más favorables a los contenidos en la misma.

1.1.2 Resolución del Segundo Problema Jurídico:

Este problema se deriva de la inconstitucionalidad por la forma del Reglamento a la LORHUAA, debido a que al ser una medida nueva, con naturaleza diferente a la ley para su expedición era necesario realizar otra consulta prelegislativa, en este punto los jueces que dan el voto salvado consideran que el reglamento surge como un acto normativo expedido por el presidente de la república, con la finalidad de complementar la LORHUAA, y el mismo no tiene un alcance distinto a la LORHUAA, además los temas sustantivos han sido únicamente complementados y estos ya han sido materia de consulta prelegislativa, por lo que resulta innecesario un nuevo procedimiento de Consulta Prelegislativa.

3.2 Parámetros a ser Observados por el Legislativo para la Formulación de la LORHUAA

El Artículo 57 de la Constitución de la Republica del Ecuador reconoce y garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución, pactos, convenios, declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos los derechos colectivos: Numeral 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (Constitución, 2008).

El derecho a la consulta prelegislativa, reconocido y garantizado en el texto constitucional en el artículo mencionado, ha sido tratado en los capítulos anteriores, sin embargo es importante mencionar la finalidad de la consulta prelegislativa, ya que además de ser aquella que busca evitar la vulneración de derechos a los colectivos a través de la consulta, el Relator James Anaya menciona que lo que busca la consulta es llegar a acuerdos, no se trata únicamente de un proceso en el cual se de información sobre las medidas que se quieran adoptar, la consulta debe ser diseñada de tal forma que los titulares del derecho puedan influir en la toma de decisiones, lo cual se logra mediante el dialogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas, además señala que dentro de la consulta se deberían considerar garantías procedimentales dentro de las que se incluyen: el respeto a sus procedimientos de toma de decisiones,

costumbres, información completa, entre otros, sin embargo el hecho de que los resultados no sean considerados como vinculantes quita la fuerza y trascendencia de este mecanismo de participación (Rodríguez, 2014); al hacer referencia al carácter no vinculante de la consulta se debe entender que al momento en el que se realiza la consulta, las decisiones tomadas por los pueblos consultados si bien son consideradas para la decisión pueden no ser las finales, lo cual convierte a la consulta en un simple sondeo de opinión frente a la decisión estatal (Ávila, 2015).

En cuanto al tema consultado en la entrevista el Doctor Yaku Pérez Guartambel considera que la finalidad de la Consulta Prelegislativa es “La finalidad es consultar de buena fe, de manera que se pueda encontrar un consenso, consentimiento, autorización sobre temas que pueden afectar de manera directa o indirecta a la comunidad en este caso a través de una normativa que les afecta de manera implícita y directa a las comunidades que han sido las que vienen criando el agua, las comunidades indígenas, campesinas, afros el agua es un elemento vital por lo que han sacralizado el agua y en torno al agua se ha ido tejiendo la comunidad y otras necesidades, por lo cual para la comunidad el agua es el motor.” (ver anexo 1). Por otro lado, el Doctor Teodoro Verdugo considera que “Considero que la finalidad está muy relacionada con su concepción, es decir el propósito es que se escuche la opinión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para que estos participen en asuntos públicos, cuando les afectan decisiones del aparataje gubernamental. Claro que esta finalidad también debe garantizar y poner a disposición los medios para que los pueblos indígenas participen de manera libre.” (ver anexo 2).

Ante lo expuesto por los entrevistados debo manifestar que me encuentro de acuerdo, puesto que ambos expresan que la finalidad de la consulta prelegislativa es consultar a los pueblos, comunas y comunidades indígenas a cerca de normativas que puedan afectar sus derechos colectivos, es llegar a un consenso, consentimiento o autorización entre los sujetos consultados y los sujetos consultantes, además el doctor Teodoro Verdugo agrega algo de suma importancia al decir que para que se garantice la consulta prelegislativa se debe poner a disposición los medios para que exista la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas de forma libre, además a acotado que la consulta prelegislativa al igual que la participación ciudadana, son temas medulares para la construcción de una sociedad democrática y justa.

El Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa establece que la finalidad de este mecanismo de participación es posibilitar el pronunciamiento de los pueblos sobre temas específicos, y su artículo 20 señala que el informe de resultados se incorporara al segundo

debate de la Asamblea Nacional, en este se considerarán únicamente los consensos, mientras que los disensos podrán no tratarse, razón por la cual se quita toda la fuerza al mecanismo, esto ocurrió con la consulta prelegislativa realizada para la LORHUAA, lo cual en mi opinión no permite una verdadera participación de los pueblos indígenas, y los coloca en un estado de indefensión, ya que en esos disensos se encuentran las razones que afectan los derechos de los colectivos.

Tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, la Corte Constitucional ha señalado, tres parámetros que deben ser tomados en consideración por el legislativo para la creación de la nueva Ley de Recursos Hídricos, mismos que serán mencionados y analizados en el presente capítulo.

3.2.1. La Participación de las Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas debe ser Tomada en Cuenta Durante Todas las Fases de la Consulta Prelegislativa.

Bajo este parámetro la Corte Constitucional considera la importancia de que los Pueblos y Nacionalidades Indígenas sean partícipes de la Consulta Prelegislativa durante todas sus etapas, o fases las cuales han sido establecidas por la Corte Constitucional y por el Instructivo para la Consulta prelegislativa en el artículo 6.

Figura 10

Fases de la Consulta Prelegislativa:



Elaboración propia a través del Instructivo para la Realización de la Consulta Prelegislativa.

La Corte Constitucional establece esto debido a que una de las razones por las que se declaró la inconstitucionalidad fue porque los temas sustantivos para la realización de la Consulta Prelegislativa fueron seleccionados únicamente por la Asamblea Nacional sin la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas, razón por la cual no existió una verdadera participación, no obstante aunque el Instructivo para la Realización de la Consulta Prelegislativa en el artículo 7 señala que la Comisión Especializada Permanente u Ocasional responsable del tratamiento del proyecto de Ley debe entregar al Presidente de la Asamblea Nacional los Temas Sustantivos, la Corte Constitucional estima que para que se cumpla con la finalidad del mecanismo de participación desde esta etapa se debería contar con la participación de los colectivos, porque de lo contrario al ser el Órgano Legislativo a través del CAL quien aprueba los temas a consultar se puede observar una concentración de decisiones por parte del Estado.

Así mismo en la segunda fase de la consulta prelegislativa, la fase de convocatoria pública e inscripción, si bien esta se realiza mediante los medios de comunicación, esta no es la única manera por lo que las comunas, comunidades y pueblos indígenas pueden enterarse de la Consulta Prelegislativa, debido a que esta no es traducida a todos los idiomas de las diferentes comunidades y no todas tienen acceso a los medios de comunicación, razón por la cual las comunidades no se inscriben dentro de la consulta, sin embargo esto no depende únicamente de los pueblos por que puede ocurrir que los colectivos no tengan conocimiento de la medida que se trata o que se consulta y por lo tanto no pueden conocer su afectación, además puede darse el caso de que una medida consultada no afecte a un pueblo o comunidad en concreto, pero si se realizara un análisis se podría determinar una afectación, y con esto se afectarían los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, titulares del derecho, razón por la cual el Estado debería realizar análisis conjuntamente con organismos especializados para determinar hasta qué punto la adopción de una medida puede afectar los derechos de los colectivos.

En la tercera Fase, esta es la fase de la realización de la consulta, la discusión interna que se da entre las comunas, comunidades y pueblos indígenas con el estado, debe realizarse conforme a las costumbres, tradiciones y procedimientos internos, por este motivo y por la naturaleza procedimental de la consulta prelegislativa, se debe llevar a cabo mediante relaciones en donde se desarrolle una comunicación efectiva, puesto que la finalidad de la consulta es proteger los derechos fundamentales de los colectivos.

La fase de análisis de resultados y cierre de la consulta, es la última fase, con esta culmina la consulta prelegislativa, aquí se reciben los resultados, y se convoca a los representantes de las organizaciones de segundo grado, titulares de derechos colectivos a las audiencias públicas provinciales, en las cuales se socializan los resultados y además se identifican los consensos y disensos que deben constar en un acta suscrita por los asistentes a la reunión, posterior a esto se convocara a una reunión nacional en la que se discuten los resultados y los consensos y disensos identificados en las audiencias públicas provinciales, el informe realizado con los resultados debe ser enviado al Presidente de la Asamblea para que declare el cierre del proceso y se presenten los resultados finales en los que se tomaran en cuenta únicamente los consensos, que serán incorporados a la ley.

En el proceso de la consulta prelegislativa realizada para la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua según el estudio realizado por el Doctor Andrés Martínez y Víctor G. Aguilar, al realizar el análisis del informe final, determinan que en el mismo se omitió la existencia de disensos, y a criterio de los autores no existe justificación para omitirlos debido a que en la consulta se plantearon alternativas a los artículos consultados sobre los que no se llegó a consenso, además es importante señalar que aunque la consulta prelegislativa no es vinculante, lo que busca es dotar de insumos al legislador al momento de tomar decisiones, además el Relator James Amaya se ha referido al caso Ecuatoriano y menciona que “El Estado debe tomar en cuenta las propuestas hechas por CONAIE durante las mesas de diálogo, así como cualesquiera otras nuevas propuestas de reforma, incluyendo en relación con Ley de Recursos Hídricos...y otras leyes, así como para reformar e implementar las leyes conforme a los derechos de los pueblos indígenas”. (Martínez, A., & Aguilar, V, 2015).

3.2.2. El Órgano Consultante debe Realizar una Diferenciación Adecuada Entre los Representantes de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas que Participaron en la Consulta Prelegislativa y las Demás Personas u Organizaciones que no son Sujetos de Consulta.

El artículo 1 del Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa regula los sujetos de la consulta prelegislativa, y establece que son sujetos de consulta las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio por sí mismos y a través de sus representantes, así en concordancia con el artículo 18 del instructivo dentro de las audiencias provinciales participaran, los representantes de las organizaciones de segundo grado de los titulares de los derechos colectivos y también participaran personas que no pertenezcan a las organizaciones de los pueblos, comunas y

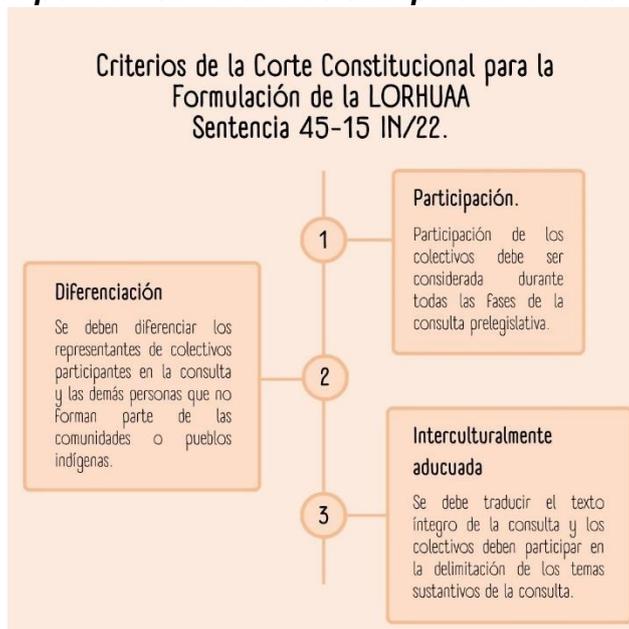
comunidades indígenas, sin embargo dentro de la consulta realizada en la LORHUAA, los accionantes alegaron que debido a que las audiencias se realizaron en las provincias, no todos los representantes de las comunidades pudieron asistir a la misma, sin considerar que los titulares del derecho son los colectivos, además dentro de la consulta se dio la participación de varias personas que no forman parte de los pueblos y comunidades indígenas, y su opinión fue tomada en cuenta, por esta razón se debería realizar un proceso de identificación para que el derecho sea realmente garantizado a los titulares del mismo.

3.2.3. La consulta no fue interculturalmente adecuada, ya que, si bien la consulta se realizó en los idiomas de relación intercultural, La Asamblea Nacional realizó una delimitación exclusiva de los temas que formaron parte de la consulta sin la participación de las comunidades indígenas lo cual implica que el derecho a la consulta prelegislativa no ha sido efectivamente garantizado.

Para este criterio debemos analizar que implica el principio por el cual la consulta prelegislativa debe ser culturalmente adecuada, lo que significa que dentro de los procesos de la consulta se deben respetar las tradiciones y costumbres de los colectivos, mismo que se puede llevar a cabo mediante acuerdos entre los sujetos consultados y los consultantes, en el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, no se menciona la manera en la que se debe desarrollar el principio de interculturalidad, además en el instructivo al regular las fases en que se desarrolla la consulta, se indica que a las comunas, comunidades y pueblos indígenas que se inscriban se les entregara el formulario con los temas sustantivos de consulta, el cronograma y normas que rigen la consulta prelegislativa, con lo cual es evidente que se restringe la participación de los colectivos puesto que ya todo está decidido por parte del órgano estatal, sin considerar a los colectivos, en el proceso de consulta prelegislativa de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, si bien los temas sustantivos de la consulta prelegislativa fueron traducidos a los diferentes idiomas de los colectivos participantes, la misma fue declarada inconstitucional debido a que se debió haber traducido el texto completo, además los temas sobre los que los colectivos serán consultados deberán delimitarse conjuntamente con ellos para que se respete integralmente el principio de interculturalidad y plurinacionalidad.

Figura 11

Criterios a considerar por La Asamblea Nacional para la formulación de la LORHUAA



Elaboración propia a partir de la sentencia 45-15 IN/22

Además de los criterios dados por la corte constitucional, para la creación de la LORHUAA, esto fue consultado en la entrevista realizada, al respecto a este tema el Doctor Yaku Pérez Guartambel considera que “Se Debería considerar fundamentalmente dos criterios, y considerar dos grupos humanos, los pueblos indígenas que lo sacralizan al agua que ven al agua como el principio de la vida, filosofía, el motor de su existencia, y considerar lo que dice la comunidad científica que ve que la crisis climática está afectando al Agua, con las sequias, con las vulneraciones en el ciclo hidrológico, con el calentamiento global, con la falta de accesibilidad al agua potable, recordando que desde noviembre pasado somos ocho mil millones de personas en el planeta, y casi dos mil millones de personas no tienen acceso al agua potable, para el 2050 seremos cerca de diez mil millones de personas y cerca de siete mil millones tendrán escasez de agua, porque no hay agua o por que el agua está contaminada con residuos de actividades petroquímicas o metalúrgicas acuíferas como la minería, otro factor importante es las descargas o aguas servidas hacia los ríos, excepto la ciudad de Cuenca que es la única que tiene un sistema de tratamiento de agua servidas y siempre pensando en el agua y la vida, la vida para el ser humano y el resto de nuestros hermanos humanos y no humanos, que deben ser visto como iguales, al hablar de hermanos no humanos me refiero a la naturaleza, los animales, las plantas, los virus, microorganismos que forman parte de esta trama mágica del tejido social.” (Ver anexo 1) y por otra parte el Doctor Teodoro Verdugo considera que los criterios a considerar por parte del legislativo son “La nueva ley debería reconocer los derechos constitucionales fundamentales como el

derecho humano al agua (indiscutiblemente), pues es indispensable para la vigencia de otros derechos como la alimentación, la salud y la vida y los derechos de la naturaleza. No está por demás insistir que la nueva ley no puede apartarse de la Constitución, merece especial atención tener presente los Arts. 318 y 11 numeral 4 de nuestra Carta Magna. También sería importante que se actualice y genere una nueva institucionalidad relacionada con la Autoridad Única del Agua que sea parte de un sistema nacional estratégico del agua, en el que se incluya también la institucionalidad pública para el riego. Es necesario mencionar que elaborar la nueva ley no significa partir de cero. Hay conocimientos y cuerpos de normas que deben ser rescatados.” (Ver anexo 2).

En este sentido ante lo expuesto por los entrevistados sobre los criterios a ser considerados por el legislativo, debo señalar que el Doctor Yaku Pérez señala los criterios desde una visión geocéntrica en la cual se consideran como hermanas todas las formas de vida tanto las humanas como las no humanas, cuestión que no es manifestada por la Corte Constitucional en la sentencia, por otro lado el Doctor Verdugo considera que el legislativo debería primero reconocer el derecho humano al agua entendiendo al agua como un derecho fundamental para la vigencia de otros derechos entre ellos la salud, la vida y derechos de la naturaleza, además recalca la importancia de que la nueva ley genere una nueva institucionalidad referente a la Autoridad Única del Agua, en el que se incluya la institucionalidad pública para el riego, menciona además que la ley no parte desde cero ya que para su elaboración se debe tomar a consideración los conocimientos y normas que deben ser rescatadas, para que esta no sea declarada nuevamente inconstitucional.

Conclusiones

Algún día, cuando tomemos en serio los derechos de la naturaleza y las protecciones jurídicas sean eficaces, ojalá podamos poner a los derechos de la naturaleza en esta categoría de derechos que no se pueden consultar porque está prohibida su vulneración. (Dictamen N.º 1-20- CP, párr. 3, Voto Salvado [Ramiro Ávila Santamaría]).

El derecho a la consulta prelegislativa se reconoció como uno de los derechos colectivos en la CRE del año 2008, sin embargo esto se realizó de manera tardía, ya que al ratificarse el Convenio 169 por parte del Estado ecuatoriano en el año 1998, debió reconocerse y garantizarse este derecho a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas desde ese momento, el reconocerlo 10 años después significó un sinnúmero de vulneraciones a sus derechos, mediante la adopción de medidas que afectan los derechos colectivos y no fueron consultadas, situación que pudo haber sido evitada si se hubiera dado una adecuada regulación a este derecho, no obstante aunque este derecho ya ha sido reconocido la vulneración hacia el mismo no se ha evitado, y por esto la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Minería y de la Ley que regula el Componente Hídrico, que si bien la Asamblea Nacional debe crear un Ley Orgánica para regularla no lo ha hecho.

La escasa regulación a cerca del derecho a la consulta prelegislativa no permite que esta forma de participación sea garantizada efectivamente, ya que en algunos casos esta no ha sido realizada de manera previa a la adopción de medidas, no se han abierto verdaderos canales de diálogos para lograr un consenso entre el Estado y la comunidad, en el caso de la Ley de Recursos Hídricos, las alternativas propuestas por los colectivos no fueron tomadas a consideración, y muchos de los disensos no constan en el informe final, ya que en el Ecuador aunque existan disensos la consulta prelegislativa continua y concluye, ignorando varios pronunciamientos y recomendaciones realizadas incluso internacionales, en las que señalan que si no existen consensos se deberá llamar al dialogo a los colectivos e iniciarlo para poder llegar a consensos, esto no se evidencia en la Ley de Recursos Hídricos razón por la que este mecanismo de consulta popular no cumple con su finalidad, y en realidad el pronunciamiento de los pueblos y comunidades indígenas de nada sirve ya que sus aportes no son incluidos, ni considerados por parte de la Asamblea Nacional para la creación de la norma que afecta ya sea de manera directa o indirecta a sus derechos.

Finalmente, el reconcomiendo de los derechos colectivos entre los que se incluye la consulta prelegislativa, ha sido un camino lleno de dificultades, que ha observado varias críticas, y muchas veces se ha intentado desconocer la diversidad existente en el Ecuador, sin embargo

aunque actualmente exista el llamado catálogo de derechos colectivos, el reconocimiento no es suficiente ya que se debe apuntar a un avance y materialización de los derechos colectivos en la realidad, no solamente en cuerpos normativos, existiendo contradicciones y vacíos jurídicos dentro de la normativa, como es el caso de la LORHUAA, ya que a pesar de ser declarada inconstitucional esta sigue vigente debido a que no existe otra ley que regule el componente hídrico, adicional a esto, se ha dado hasta el mes de mayo de 2023 para la creación de la nueva LORHUAA, y si esto no se cumple el componente hídrico no tendrá regulación dentro del país, pudiendo afectarse varios derechos colectivos, con lo que se concluye que el Ecuador considera el derecho a la consulta únicamente como una formalidad que se debe cumplir para la promulgación de una normativa, y no como un derecho reconocido a los pueblos y comunidades indígenas en el cual el Estado dialoga, consulta y permite que los consultados deliberen, propongan y manifiesten su opinión y propuestas en torno a las medidas que los afecten, entendiendo que ellos entienden a la Consulta Prelegislativa como un derecho innato de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Recomendaciones

Con todo lo desarrollado en el trabajo, considero necesario realizar las siguientes recomendaciones.

1. Se recomienda que la Asamblea Nacional emita la Ley Orgánica de la Consulta Prelegislativa, tendiente a regular el derecho reconocido a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, observando los parámetros nacionales como internacionales, sin hacer restricción al mecanismo de la consulta prelegislativa, y al contrario precautelar, y garantizar desde una perspectiva amplia, desde la cosmovisión indígena ya que ellos son los titulares de los derechos colectivos, con la finalidad de que exista una verdadera participación a los colectivos en todo el proceso en que se desarrolle la consulta prelegislativa, y con esto evitar la vulneración a sus derechos, además es lógico que para aprobar una ley orgánica que regule el ejercicio de la consulta prelegislativa la misma debe ser consultada a las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas puesto que es una norma que podría afectar sus derechos, y mediante la consulta se podría saber los criterios para que la norma responda a su realidad, para esto sería necesario que se realicen capacitaciones y estudios en los que se entienda que es la Consulta Prelegislativa y cuál es la finalidad de la misma, para evitar caer en los vicios que devienen en inconstitucionalidades.
2. Recomiendo además que la Asamblea Nacional empiece el proceso para la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, ya que el tiempo dado por la Corte Constitucional se cumple en enero de este año, y si no se regula, existiría un vacío legal en lo referente al recurso hídrico, además se recomienda que se consideren todos los criterios dados por la Corte Constitucional para que la ley no sea nuevamente objeto de un análisis de constitucional, por lo que recomiendo que además de los parámetros señalados por la Corte Constitucional se tenga a consideración que el agua es un derecho humano fundamental, indispensable para el desarrollo de otros derechos fundamentales.
3. Como último punto recomiendo que se realicen capacitaciones por parte del Estado, para concientizar a las autoridades, y la población en general a cerca de la importancia de la consulta prelegislativa y en general de los derechos colectivos, para que estos dejen de ser vistos como un privilegio otorgado a los titulares de los mismos, y se vean como lo que realmente son, como derechos que responden a su cosmovisión, formas de vida y considerados por ellos como derechos innato, además de entenderlos como respuesta debido a las vulneraciones que en el transcurso de los años estos grupos colectivos han sido víctimas.

Referencias

- Abad, J.L. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Miguel Luzuriaga.
- Grijalba, A. (NN). *¿Que son los derechos colectivos?* [Archivo PDF]. [derechoscolectivos.pdf \(um.es\)](#)
- 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 las Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas*”. Lima.
- Arrollo Castillo, A. y Isch López, E. (2017). *LOS CAMINOS DEL AGUA*. ABDA YALA.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi.
- Ávila Ordóñez, M. y Corredores Ledesma, M. (2009). *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*. V&M Gráficas.
- Bernal Ochoa, M. (2021) *El reconocimiento, aplicación e implicaciones del derecho colectivo a la Consulta prelegislativa en el Ecuador dirigido a los pueblos indígenas, montubios y afroecuatorianos*. [Tesis de Grado, Universidad de Cuenca]. [*Trabajo de Titulación .pdf](#)
- Blasco Soto, M. (1995) *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A.
- Chávez V, G. Endara O, X. García S, F. Kowii, A. Saltos C, V. Trujillo, J. y Vintimilla S, J. (2000). *DE LA EXCLUSIÓN A LA PARTICIPACIÓN Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*. ABDA YALA.
- Corte Constitucional del Ecuador. (18 de marzo de 2010) Sentencia N.º 001-10-SIN-CC [Patricio Pazmiño Freire]
- Corte Constitucional del Ecuador. (27 de abril de 2016). Sentencia N° 1-20-CP. [Karla Andrade Quevedo].
- Corte Constitucional del Ecuador. (01 de julio de 2020). Sentencia N.º 20-12-IN/20. [Daniela Salazar Marín]

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de noviembre de 2020). Sentencia N.º 3-15-IA/20 CC [Daniela Salazar Marín].

Corte Constitucional del Ecuador. (12 de enero de 2022). Sentencia N.º 45-15 IN/22 y acumulado. [Karla Andrade Quevedo]

Constitución de la Republica del Ecuador [CRE]. Registro Oficial No. 449 de octubre de 2008 (Ecuador)

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

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Cruz, A. (1998). *Sobre el concepto de derechos colectivos* [Archivo PDF]. [Sobre el Concepto de Derechos Colectivos \(uned.es\)](#)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas de junio de 1992.

Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa. Segundo suplemento del Registro Oficial No. 733 de junio de 2012 (Ecuador).

García Ceballos, J. (2015). *La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09- IN (Acumulados) Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de minería*. Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo, 59-78. [Revista DerechoAmbiental Ano4-N1_03.pdf \(palermo.edu\)](#).

Hermosa Mantilla, H. (2014). *De los derechos colectivos de los pueblos indígenas al neoconstitucionalismo andino*. ABDA YALA.

León Machuca, S. (2014). *Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores: UASB- Ecuador, 129- 146*. [09-Jurisprudencia.pdf \(uasb.edu.ec\)](#)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, [LOGJCC]. Segundo suplemento del Registro Oficial No. 52.22 de octubre 2009 (Ecuador).

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua [LORHUAA]. Segundo suplemento del Registro Oficial No. 305. 6 de agosto 2014 (Ecuador),

Marín Neira, M. (2022) *Reconocimiento y determinación de los derechos de la Naturaleza en la jurisprudencia ecuatoriana desde el año 2008 a 2021* [Tesis de Grado, Universidad de Cuenca]. [Trabajo de Titulación.pdf](#)

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. [Dialnet-LaConsultaPrelegislativaYLaParticipacionDeLosTitul-5439598.pdf](#).

Mayén, G., Erazo, D., & Lanegra, I. (2014). *El Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Lima. https://biblioteca.spda.org.pe/biblioteca/catalogo/_data/20210205095733_SPDA%200309.pdf

Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

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*.

Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, 2012. Ecuador.

Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas. (2010). *Observaciones sobre los avances y desafíos de la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

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.

Romero Larco, J. (2018). *Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad**. En Montaña Pinto, Juan (Ed), *Apuntes de derecho procesal constitucional parte especial* (pp. 181-209). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

Sotomayor Moreira, C. (2013). EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL INSTRUCTIVO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONSULTA PRELEGISLATIVA [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. CAPÍTULO II: CONTENIDO Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Tuaza Castro, L. A. (2020). Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina. Revista de Ciencias Sociales, 276-292. [Dialnet-AlcanceDeLosDerechosColectivosDeLosPueblosIndigena-7687040.pdf](#)

Anexos

Anexo A.

Entrevista realizada al Doctor Yaku Pérez Guartambel, accionante de la acción de inconstitucionalidad pública en calidad de procurador común de los accionantes, por sus propios derechos y representante de la ECUARUNARI (Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador)

Pregunta 1:

¿Conoce acerca de la declaración de inconstitucionalidad por la forma de la Ley Orgánica De Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamientos del Agua, ¿por no realizarse correctamente la consulta prelegislativa?

Si conozco, es más nosotros fuimos los accionantes contra la EXSENAGUA que se propuso ante la Corte Constitucional por falta de Consulta Prelegislativa, la demanda fue aceptada y la ley se cayó, el mes de enero es el último mes que la ley está vigente por lo que después de eso existirá un vacío jurídico y quedará en el limbo, además yo fui accionante de la demanda de inconstitucionalidad en calidad de presidente de la ECUARUNAE

Pregunta 2:

¿Para usted que es la consulta prelegislativa?

La consulta prelegislativa deviene del consentimiento previo, y esta reglado en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución, la misma deviene del Pluralismo Jurídico, tiene su sustento en la libre determinación de los pueblos que consagran los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la OEA y Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas y además es un derecho innato a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con o sin reconocimiento estatal, con o sin normativa de convencionalidad o bloque de constitucionalidad, es un derecho colectivo que les ampara, protege a los Colectivos.

Pregunta 3:

¿Para usted cuál es la finalidad de la Consulta Prelegislativa?

La finalidad es consultar de buena fe, de manera que se pueda encontrar un consenso, consentimiento, autorización sobre temas que pueden afectar de manera directa o indirecta a la comunidad en este caso a través de una normativa que les afecta de manera implícita y directa a las comunidades que han sido las que vienen criando el agua, las comunidades

indígenas, campesinas, afros el agua es un elemento vital por lo que han sacralizado el agua y en torno al agua se ha ido tejiendo la comunidad y otras necesidades, por lo cual para la comunidad el agua es el motor.

Pregunta 4:

¿Piensa que es necesario que exista una Ley Orgánica que regule la Consulta Prelegislativa? ¿Por qué?

Si es necesario, y la asamblea está en deuda, en la sentencia de la Ley de Minería se dispuso que se realice una ley sobre la minería sin embargo esto no ha sido realizado, y la Corte Constitucional dictamino unos estándares para la realización de la consulta prelegislativa, esto es necesario, pero para realizar esto, para normar una ley de consulta prelegislativa, es necesario que se consulte primero.

Pregunta 5:

En el caso de la LORHUAA, conociendo que se debe crear nuevamente la Ley, ¿Cual considera usted que serían las razones por las que está podría volver a ser declarada inconstitucional?

Si no cumple con el derecho a la consulta prelegislativa, teniendo en cuenta que el derecho a la consulta prelegislativa no es solamente una formalidad como lo entienden muchos, este es un derecho fundamental que debe cumplir con estándares mínimos, debe ser previa es decir antes de, ser realizada de buena fe, realizada de acuerdo a la filosofía, a la cosmovisión de las comunidades, cumplir un conjunto de procedimientos que evite la vulneración de ese derecho para no ser declarada inconstitucional.

Pregunta 6:

¿Qué Criterios debería considerar el legislativo para el establecimiento de la nueva ley orgánica del componente hídrico?

Debería considerar fundamentalmente dos criterios, y considerar dos grupos humanos, los pueblos indígenas que lo sacralizan al agua que ven al agua como el principio de la vida, filosofía, el motor de su existencia, y considerar lo que dice la comunidad científica que ve que la crisis climática está afectando al Agua, con las sequías, con las vulneraciones en el ciclo hidrológico, con el calentamiento global, con la falta de accesibilidad al agua potable, recordando que desde noviembre pasado somos ocho mil millones de personas en el planeta, y casi dos mil millones de personas no tienen acceso al agua potable, para el 2050 seremos

cerca de diez mil millones de personas y cerca de siete mil millones tendrán escasez de agua, porque no hay agua o por que el agua está contaminada con residuos de actividades petroquímicas o metalúrgicas acuíferas como la minería, otro factor importante es las descargas o aguas servidas hacia los ríos, excepto la ciudad de Cuenca que es la única que tiene un sistema de tratamiento de agua servidas y siempre pensando en el agua y la vida, la vida para el ser humano y el resto de nuestros hermanos humanos y no humanos, que deben ser visto como iguales, al hablar de hermanos no humanos me refiero a la naturaleza, los animales, las plantas, los virus, microorganismos que forman parte de esta trama mágica del tejido social.

Anexo B

Entrevista realizada al Doctor Yaku Teodoro Verdugo Silva, Ph.D en Derecho Constitucional. Docente de la Universidad de Cuenca.

Pregunta 1.

¿Conoce acerca de la declaración de inconstitucionalidad por la forma de la Ley Orgánica De Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamientos del Agua, por no realizarse correctamente la consulta prelegislativa?

Si efectivamente tengo conocimiento de la sentencia emitida por la Corte Constitucional. Aspectos relevantes que se pueden destacar como la corte desarrolla los estándares constitucionales de la consulta prelegislativa. Sobre todo, en la Sentencia se usan los estándares de otra institución jurídica (consulta previa, libre e informada), y se los aplica a la consulta prelegislativa, la cual es propia el sistema ecuatoriano. También, resulta interesante que la CC recuerda la obligación de realizar la consulta prelegislativa, no solo a leyes, sino a otras medidas legislativas: reglamentos, acuerdos.

En términos generales la participación ciudadana y la consulta prelegislativa son temas medulares para construir una sociedad más democrática, como se contempla en nuestra Constitución. También considerando la relevancia que la consulta pre legislativa tiene en Ecuador y el corpus *irus* interamericano (sentencias y opiniones consultivas) esta no puede obviarse, sino debe ser garantizada por el Estado en todo proceso que involucre a los pueblos y nacionalidades indígenas.

Pregunta 2.

¿Según usted que es la consulta prelegislativa?

Parafraseando de alguna forma los dichos del Convenio 169 de la OIT la consulta prelegislativa es un mecanismo que busca proteger los intereses de los pueblos indígenas frente a las decisiones gubernamentales cuando éstas puedan afectar directamente los intereses de los titulares de derechos colectivos.

Pregunta 3.

¿Para usted cuál es la finalidad de la Consulta Prelegislativa?

Considero que la finalidad está muy relacionada con su concepción, es decir el propósito es que se escuche la opinión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para que estos participen en asuntos públicos, cuando les afectan decisiones del aparataje gubernamental. Claro que esta finalidad también debe garantizar y poner a disposición los medios para que los pueblos indígenas participen de manera libre.

Pregunta 4.

¿Piensa que es necesario que exista una Ley Orgánica que regule la Consulta Prelegislativa? ¿Por qué?

Considero que no es necesario dado que la misma sentencia establece ciertos estándares constitucionales sobre la consulta pre legislativa. Los diversos cuerpos normativos también la han desarrollado de manera clara por lo que se entendería que todos estos “requisitos” “elementos” sobre la procedencia de la consulta pre legislativa son aplicables directamente.

Pregunta 5.

En el caso de la LORHUAA, conociendo que se debe crear nuevamente la Ley, ¿Cual considera usted que serían las razones por las que está podría volver a ser declarada inconstitucional?

En el evento que se cometan los mismos errores de forma y fondo abren la posibilidad a que sea declara inconstitucional nuevamente. Por ello, en el proceso de elaboración del texto legal se deben tomar los recaudos necesarios (observar la sentencia, instrumentos internacionales, entre otros) para que el texto no adolezca de algún vicio de forma o fondo.

Pregunta 6.

¿Qué Criterios debería considerar el legislativo para el establecimiento de la nueva ley orgánica del componente hídrico?

La nueva ley debería reconocer los derechos constitucionales fundamentales como el derecho humano al agua (indiscutiblemente), pues es indispensable para la vigencia de otros derechos como la alimentación, la salud y la vida y los derechos de la naturaleza. No está por demás insistir que la nueva ley no puede apartarse de la Constitución, merece especial atención tener presente los Arts. 318 y 11 numeral 4 de nuestra Carta Magna.

También sería importante que se actualice y genere una nueva institucionalidad relacionada con la Autoridad Única del Agua que sea parte de un sistema nacional estratégico del agua, en el que se incluya también la institucionalidad pública para el riego. Es necesario mencionar que elaborar la nueva ley no significa partir de cero. Hay conocimientos y cuerpos de normas que deben ser rescatados.