



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Carrera de Derecho

El Carácter Vinculante de la Consulta Previa, Libre e Informada en Ecuador (Caso Pueblo Waorani).

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y
Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Patricio Sebastián Moncayo Bernal

CI: 0106568926

Correo electrónico: patsmoncayo@hotmail.com

Director:

Ab. Vicente Manuel Solano Paucay

CI: 0105017289

Cuenca - Ecuador

14 de Septiembre de 2020



Resumen.

La consulta previa, libre e informada al ser un derecho fundamental, para los pueblos nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, que se encuentra reconocido tanto en la Constitución del Ecuador como en convenios, tratados y jurisprudencia internacional, la cual ha generado una discusión en torno a su alcance y el efecto de esta. En este sentido, para su estudio en un primer momento, es parte del análisis a las estructuras democráticas hegemónicas o tradicionales, como la democracia representativa, continuando con la democracia participativa, el avance constitucional en Ecuador en temas de derechos de participación y derechos colectivos, para enfocar de esta manera, la doble dimensión que tiene la consulta previa, como un mecanismo de participación y como un derecho colectivo fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Al ser la consulta previa, libre e informada, un derecho colectivo fundamental, para la supervivencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, y estar reconocida por la Constitución del Ecuador, así como en convenios y tratados internacionales, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH, en este marco, para cumplir con el objetivo fundamental de esta, la cual es llegar a acuerdos, obtener el consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades y el cumplimiento de los estándares adecuados, es necesario, realizar un estudio al bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad, para de esta forma garantizar, respetar y proteger de manera integral los derechos humanos, tanto colectivos como personales.

Palabras clave: Consulta previa. Participación. Bloque de constitucionalidad. Control de convencionalidad. Convenios. Tratados Internacionales. Consentimiento. Derecho colectivo.



Abstract.

The Prior consult, free and informed consultation as it is a fundamental right, for the indigenous, Afro-Ecuadorian and Montubia peoples, nationalities and communities, which is recognized both in the Constitution of Ecuador and in international conventions, treaties and jurisprudence, which has generated a discussion around its scope and the effect of it. In this sense, for its study at first, it starts from the analysis of the hegemonic or traditional democratic structures, such as representative democracy, continuing with the study of participatory democracy, the constitutional progress in Ecuador on issues of participation rights and collective rights, to focus in this way, the double dimension of prior consultation, as a participation mechanism and as a fundamental collective right of communities, peoples and nationalities.

As the prior consult, free and informed consultation is a fundamental collective right for the survival of indigenous, Afro-Ecuadorian and Montubian communities, people and nationalities, are being recognized by the Constitution of Ecuador, as well as in international agreements and treaties, and are developed by the jurisprudence of the Inter-American Court, in this framework, in order to comply with its fundamental objective, which is to reach agreements, for which is to obtain the consent of the communities, people and nationalities and compliance with the appropriate standards, it is necessary to carry out a study of the constitutionality block and control of conventionality, in order to guarantee, respect and comprehensively protect human rights, both collective and personal.

Key words: Prior consultation. Participation. Constitutionality block. Control of conventionality. Agreements. International Deals. Consent. Collective law.



Índice

Introducción.....	11
Capítulo Uno: Democracia y Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	14
1.1. Definición de Democracia.....	14
1.2. Democracia Representativa.....	22
1.3. Democracia Participativa.....	28
1.4. Derechos de Participación en la Constitución de 2008.....	34
1.5. Derechos Colectivos en la Constitución de 2008.....	41
Capítulo Dos: Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad.....	51
2.1. Definición.....	51
2.2. Naturaleza Jurídica.....	56
2.3. Características.....	58
2.3.1. Es Bloque.....	58
2.3.2. Es fuente.....	58
2.3.3. Es una fuente hermenéutica.....	59
2.3.4. Principio de dignidad humana.....	59
2.3.5. Principio pro homine (pro Hombre).....	59
2.3.6. Principio de Unidad Constitucional.....	60
2.3.7. Principio de la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales.....	60
2.3.8. Vinculante.....	61



2.3.9 Obligatorio.....	61
2.4. Clasificación.....	61
2.4.1. Sentido Estricto.....	61
2.4.2. Sentido Amplio.....	62
2.4.3. Sentido Integrado.....	63
2.5. Control de Convencionalidad.....	63
2.6. Convenio No. 169 OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	77
2.7. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI).....	79
2.8. Jurisprudencia de la Corte IDH: Casos Pueblo Saramaka Vs. Surinam y Pueblo Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador.....	81
Capítulo Tres: La Consulta Previa, Libre e Informada en Ecuador.....	85
3.1. La Consulta Previa, Libre e Informada en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.	94
3.2. Características.....	100
3.2.1. Previa.....	100
3.2.2. Libre.....	102
3.2.3. Informada.....	103
3.3. Parámetros.....	106



3.3.1. Propósito y Objeto.	106
3.3.2. Procedencia.	109
3.3.3. Sujetos de Consulta.....	110
Capítulo Cuatro: Análisis de la Sentencia del Caso del Pueblo Waorani. (No. 16171-2019-00001).	115
4.1. Antecedentes.	115
4.2. Motivación y argumentos del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Pastaza.....	123
4.3. Motivación y argumentos de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza.....	132
Conclusiones y Recomendaciones.....	141
BIBLIOGRAFÍA.	145



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Patricio Sebastian Moncayo Bernal en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "El Carácter Vinculante de la Consulta Previa, Libre e Informada en Ecuador (Caso Pueblo Waorani).", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

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

Cuenca, 14 de Septiembre de 2020

Patricio Sebastian Moncayo Bernal.

C.I: 0106568926



Cláusula de Propiedad Intelectual

Patricio Sebastian Moncayo Bernal, autor/a del trabajo de titulación “El Carácter Vinculante de la Consulta Previa, Libre e Informada en Ecuador (Caso del Pueblo Waorani).”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 14 de Septiembre de 2020

Patricio Sebastian Moncayo Bernal.

C.I: 0106568926



DEDICATORIA.

A mi madre Melanea y a mi padre Patricio, quienes han sacrificado parte de su vida por el bienestar de sus hijas e hijo, por haberme enseñado a luchar y seguir mis ideales; por brindarme cada día amor, cariño, apoyo incondicional, paciencia y lecciones de vida; a quienes doy gracias; y por ustedes hoy, soy lo que soy.

A mis abuelas Aida y Elvia, a mis abuelos Carlos y Macario, por ser mi fuente de ejemplo e inspiración.

A mis hermanas Anita y María de los Ángeles; por ser mi soporte y fortaleza.

A mis dos angelitas Lupita y María Isabel; quienes son mi fortaleza para seguir día a día.

A mis familiares quienes son pieza fundamental en cada etapa de mi vida.

A todas y todos luchadoras y luchadores del campo y la ciudad que día a día resisten por sobrevivir y conservar sus territorios, cultura y naturaleza.



AGRADECIMIENTOS.

A mi querida Universidad de Cuenca, y a mi entrañable Facultad de Jurisprudencia, en especial a mis maestros y maestras, amigos y amigas; quienes han sido parte de mi formación académica y humana.

Al Ab. Vicente Solano, por brindarme su confianza y amistad, por haberme apoyado arduamente en las aulas de clase y en este proceso de investigación.

A mis amigos y compañeros de aulas, por las experiencias ganadas en estos años que hemos compartido; especialmente a mis amigos Sebastián Cañizares y Miguel Ángel Lascano, por el apoyo y cada una de las experiencias vividas y grabadas.

A Fundación Pawaylla, a todas y todos quienes forman parte de esta, por haberme acogido en su institución durante este tiempo, por todo el apoyo y la comprensión.



Introducción.

La consulta previa, libre e informada, al estar reconocida como un derecho colectivo fundamental, en la constitución del Ecuador, y desarrollarse en leyes secundarias de manera muy general, es necesario el estudio de este derecho colectivo, el mismo que ha generado discusiones académicas y jurídicas, acerca de cuál es el verdadero alcance de esta consulta previa, es decir si es o no vinculante el consentimiento adoptado por las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubios como sujetos, beneficiarios de este derecho, es este sentido en la Constitución del Ecuador respecto del consentimiento previo, libre e informado, nos remite a legislación infra constitucional, en donde respecto del alcance de la consulta ósea el consentimiento, no tiene un carácter vinculante, ya que si no existe consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se continuarán con las medidas adoptadas por el Estado, mediante acto administrativo motivado.

De esta manera entonces en el presente trabajo de investigación, sostengo que el alcance o el efecto de la consulta previa libre e informada, si tiene un carácter vinculante, ya que la misma Constitución del Ecuador, en su artículo 57, se refiere a que reconoce derechos colectivos de acuerdo a la Constitución y a pactos, convenios, tratados internacionales, declaraciones y demás instrumentos internacionales. En este sentido de acuerdo a la misma constitución, constituyen el bloque de constitucionalidad, no solo las reglas de la Constitución sino además los tratados, convenios y demás instrumentos internacionales; en lo que respecta a garantizar, proteger y desarrollar derechos fundamentales, para garantizar de una manera favorable a los derechos fundamentales, es necesario no solo observar, sino respetar, lo que los tratados y convenios internacionales reconocen acerca del alcance vinculante de la consulta previa, en este marco observamos el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos



de los Pueblos Indígenas; no obstante también respetando el control de convencionalidad, que se desarrolla en un marco de respeto y fortalecimiento de los derechos humanos, en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), y la competencia contenciosa vinculante de la Corte IDH, que también desarrolla jurisprudencia respecto de la consulta previa, y el alcance vinculante de la misma en casos como *Saramaka vs Surinam* y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*.

Entonces con todo estos antecedentes, se llegaría a la conclusión que en pro de los derechos humanos, más en un Estado Constitucional de derechos y justicia como el Ecuador, que su deber último es velar y garantizar por los derechos fundamentales tanto personales como colectivos, en armonía los unos de los otros, respetando los convenios, tratados, declaraciones y otros instrumentos internacionales, además de jurisprudencia de la Corte IDH. La consulta previa, libre e informada a comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, tiene un alcance vinculante respecto de su consentimiento, en proyectos a gran escala que pongan en peligro inminente su supervivencia, relacionado con temas de ambiente, territorio y cultura; además del respeto a todo y cada uno de los estándares y principios de este derecho colectivo.

Para el estudio de la consulta previa, en un sentido integral, la presente investigación se dividió en cuatro capítulos abordando desde, la doble dimensión de la consulta previa, por un lado como un mecanismo de participación y como un derecho colectivo fundamental; en el primer capítulo, se aborda un análisis general de la democracia y su doble arista, la representación y la participación, dentro de la democracia participativa se analiza el reconocimiento de los derechos tanto de participación y colectivos, y la incidencia de los ciudadanos y de los pueblos, nacionalidades y comunidades en las políticas públicas adoptadas por el Estado.



En el segundo capítulo, se estudian temas como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, y como para garantizar de una manera integral y en pro de los derechos fundamentales, se debe observar y respetar lo desarrollado por los convenios, tratados y demás instrumentos internacionales; además de jurisprudencia desarrollada por tribunales internacionales como la Corte IDH, para garantizar de manera plena los derechos humanos y colectivos.

En el tercer capítulo, se desarrolla la consulta previa, libre e informada, es decir se hace un análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo de las características, principios y estándares específicos que tiene este derecho colectivo, que deben ser observados, para garantizar y desarrollar de manera plena este derecho colectivo fundamental, y de esta manera velar para que este derecho sea visto como tal y no solo como una mera formalidad por parte del Estado.

Finalmente se realiza un análisis de una sentencia en concreto sobre vulneración del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, a una comunidad originaria Waorani, en la provincia de Pastaza, en Ecuador, en el marco del otorgamiento de concesiones petroleras por parte del Estado, y como este vulnera los estándares básicos de este derecho colectivo.



Capítulo Uno: Democracia y Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

1.1. Definición de Democracia.

Para un análisis integral del presente trabajo de investigación, es necesario partir de la contextualización de algunas categorías básicas, es por esto que partimos de un análisis general de la democracia,¹ como categoría fundamental de la participación en la toma de decisiones, y en la discusión misma sobre el rol que tienen los pueblos y comunidades en decisiones, que se toman por parte de los órganos del estado que inciden en sus territorios y comunidades.

Es así, que para la discusión sobre la concepción de democracia en su sentido más amplio y general, parto y retomo la discusión histórica sobre esta categoría, retomando los debates que en un inicio los grandes de la filosofía realizaron, en la discusión entre formas de gobierno y la construcción del término democracia; y, de una forma de gobierno que para unos, en palabras de Platón adoptarían formas buenas o corruptas de gobierno (Bobbio, 1976).

Para una clara y mejor definición, al término en estudio, entonces debemos retomar las discusiones y estudios realizados por Platón especialmente en su libro *La República*, en este diálogo, Platón realiza una descripción de la república ideal, que tiene como fin la realización de la justicia, entendida como, “la atribución a cada cual de la tarea que le compete de acuerdo con las propias aptitudes” (Bobbio, 1976, p. 17). En este sentido el filósofo tiene esta construcción de la forma de gobierno ideal que tendrá que instaurarse, es aquí en donde esboza esta contraposición entre formas buenas y corruptas de gobierno, en donde nos ayuda con una noción sobre el concepto de democracia desde su contexto y perspectiva.

¹ Forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos. Definición tomada de la RAE.



Es necesario considerar, “que Platón vivió en una época de decadencia de la gloriosa democracia ateniense; y por tanto investiga, analiza y denuncia los fenómenos de la degradación de la Polis²” (Bobbio, 1976, p. 18), siendo un escéptico y conservador respecto de esta organización, (Bobbio, 1976). En este sentido el autor examina de manera decreciente las constituciones o formas de gobierno, por un lado identifica como formas corruptas a cuatro, siendo éstas: timocracia, oligarquía, democracia y tiranía; quien enfatiza:

De las cuatro constituciones corruptas, la segunda, la tercera y la cuarta corresponden estrictamente a las formas degradadas de las tipologías tradicionales: la oligarquía es la forma corrupta de la aristocracia, la democracia de la “Politeia” “que es como Aristóteles llama al gobierno del pueblo en su forma buena y la tiranía de la monarquía (Bobbio, 1976, p. 18).

Platón construye una definición, del término democracia, cuando menciona en unos de sus escritos las formas corruptas de gobierno, “y señala a la oligarquía, como un gobierno lleno de problemas infinitos, y a la democracia, que es opuesta a la anterior (oligarquía)” (Bobbio, 1976, p. 19); entonces, es como se comienza a construir la noción de esta democracia, partiendo de la pregunta ¿Quién gobierna?, debemos entender que, quien gobierna la forma oligárquica, son privilegiados por el poder, un minúsculo grupo que acumulan la riqueza, siendo favorecidos cuando acumulan más riqueza y privilegios, perdiéndose la virtud (Bobbio, 1976).

Es entonces que siendo lo contrario, el concepto de democracia, entendemos sobre los ciudadanos frente al gobierno como iguales y que esta es aquella que su fundamento recae sobre el bien de la libertad, en el sentido que donde quiera que se tiene ese poder, “claro está que cada

² Polis: denominación que se le dio en la antigua Grecia, a un estado autónomo constituido por una ciudad y un pequeño territorio. Definición tomada de la RAE.



ciudadano dispone de sí mismo y escoge a su antojo, el género de vida que más le acomoda, y este ciudadano tiene la característica de ser libre en este Estado y ser dueño de hacer lo que le plazca” (Bobbio, 1976, p. 20).

No obstante, Platón nos acerca a otro planteamiento referente a las discrepancias que se generan, en los cambios de formas de gobierno respecto de entre gobernantes y gobernados.

Notaremos que hay dos formas de discordia que arruinan a la ciudad: una es la discordia dentro de la clase dirigente, otra la que existe entre la clase dirigente y la clase dirigida, entre gobernantes y gobernados. En la descripción platónica de las formas corruptas de convivencia política, ambas se pueden apreciar. En el paso de la aristocracia a la timocracia, y de la timocracia a la oligarquía, la discordia destructiva es del primer tipo; al contrario en el paso de la oligarquía a la democracia, es del segundo. En efecto, los primeros dos cambios son modificaciones internas de las clase dirigente, el tercero es el cambio del poder de una clase a otra, utilizando la terminología antigua, del dominio de los ricos sobre los pobres (Bobbio, 1976, pp. 22-23).

Esto nos hace caer en la cuenta que, los primeros problemas recaen, en las discusiones de las élites y quien va a ostentar el poder, dejando de lado los intereses del pueblo, y en el segundo problema recae sobre un cambio de estructura, en donde sobresale la igualdad de los ciudadanos y la libertad, en la toma de sus decisiones frente a las elites; en donde los pobres detentan el poder de decisión y aplicación de la ley en un estado democrático.

“En esta discusión entre formas buenas y formas corruptas de gobierno, la democracia está al mismo tiempo al final de las series de las buenas y al principio de las malas” (Bobbio, 1976, p.



25), en la discusión de Platón, en donde la democracia se encontraba en el intermedio entre lo bueno y lo malo, es decir que era una conjugación entre los extremos de lo ideal y lo corrupto, esbozando con todo esto una definición:

La democracia, sea con la fuerza o con el consenso, sea que mande el pueblo sobre los poseedores, sea que custodie celosamente las leyes o que las viole jamás ha usado otro nombre.

El gobierno de muchos que originalmente se supuso simple es llamado democracia (Bobbio, 1976, p. 24).

En el mismo sentido Barrueto y Navia (2013), afirman que:

Platón tenía una perspectiva negativa sobre la democracia. Si bien consideraba que es un régimen placentero y anárquico que concede indistintamente una especie de igualdad, tanto a los que son iguales como a los que no lo son; la relación de este régimen político con la muerte de Sócrates fue determinante. Para Platón, las decisiones políticas de la mayoría ateniense estaban influidas por las pasiones del ser humano.

Por ello, Platón consideró la virtud del filósofo rey, como única alternativa para dirigir la polis. La concepción platónica de democracia se basó en la sabiduría, la templanza, la justicia y la prudencia. Para Platón, la democracia no podría llegar a esos valores fundamentales si no estaba gobernada por el filósofo rey (pp. 268-269).

Continuando con este análisis es necesario estudiar, lo planteado por Aristóteles, quien fue un expositor de la teoría clásica de las tres formas de gobierno en su obra “la Política”, en esta obra de gran aporte filosófico manifiesta y expone, en sus libros tercero y cuarto, dedicados a la



descripción y la clasificación de las formas de gobierno (Bobbio, 1976), en primer lugar debemos entender el concepto que este filósofo construye, que tiene que ver con el concepto de democracia, en el sentido que para él, “constitución y gobierno significan lo mismo, y el órgano de gobierno es el poder soberano de la ciudad, es necesario que el poder soberano sea ejercido por una persona o unos pocos o la mayoría” (Bobbio, 1976, p. 27). De esta forma surge el término tallado como Politeia, entendida como constitución o forma de gobierno.

Es Aristóteles, quien basó la definición de estos tipos de gobierno o constituciones, en el criterio del interés común o el individual.

Quando el uno, pocos o la mayoría ejercen el poder en vista del interés general, entonces forzosamente esas constituciones serán recetas, mientras que serán desviaciones los que atienden al interés particular de uno, de pocos o de la mayoría tenemos la costumbre de llamar monarquía al gobierno unipersonal que atiende al interés general, y la aristocracia al gobierno de pocos cuando se propone el bien común, cuando es el mayor número el que gobierna atendiendo al interés general recibe el nombre común a todas las constituciones politia. Las degeneraciones de las mencionadas formas de gobierno son: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y la democracia de la politia (Bobbio, 1976, pp. 27-28).

“Es evidente que todas las constituciones que contemplan el interés común son constituciones rectas en cuanto se apegan a la justicia absoluta” (Bobbio, 1976, p. 30). Por otro lado en cambio están, “las que contemplan el interés de los gobernantes, están erradas y son degeneraciones” (Bobbio, 1976, p. 30). Es necesario hacer esta diferenciación, ya que para el filósofo griego el término de lo que nosotros conocemos como democracia, para él fue la politia, más bien lo que él concebía como democracia era una forma degenerada de gobierno, “en donde



esta propendía hacia el interés de los pobres, pero sin atender el interés de la comunidad” (Bobbio, 1976, p. 28).

Es decir en palabras de Bobbio (1976):

La mayor novedad, y se puede decir extrañeza, terminológica, es el uso de la “*politia*” para la constitución caracterizada por ser un gobierno de muchos y bueno. Hablo de rarezas porque, como se ha visto anteriormente, “*politia*” (traducción de “*Politeia*”) significa ni más ni menos constitución y por tanto es un término de género y no de especie (p. 28).

En este marco, desde la concepción aristotélica, se comienza a marcar las características para el gobierno de interés común, sobre el de los gobernantes.

Primero ricos y pobres participan del Gobierno en condiciones paritarias. La mayoría es popular solamente porque la clase popular es más numerosa, segundo los cargos públicos se distribuyen sobre la base de un censo muy hacia abajo, tercero se admitirán a los cargos públicos a todos los ciudadanos sin excepción (Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, 1998, p. 320).

Con esta caracterización, para Aristóteles, en este esquema la *politia* es una mezcla entre la oligarquía y la democracia; y comúnmente se suelen llamar *politias*, los gobiernos que tienden, a la democracia y aristocracia que aquellos que se orientan a la oligarquía (Bobbio, 1976). En este sentido se entiende entonces que la *politia* es el gobierno del pueblo.

Construyendo un concepto para el término *politia* (democracia en el sentido actual y general de esta categoría), “existe democracia si los libres y los pobres, siendo número mayor, son señores del poder; hay oligarquía si lo son los ricos y los más nobles que constituyen la minoría



asumen el poder” (Bobbio, 1976, p. 32). Quienes gobiernen debe ser el soberano y en ellos radica la administración del gobierno, pero siempre que sea en favor o en búsqueda del bien común o estaríamos cayendo en una degeneración de la forma de ejercer el poder y la administración del Estado.

Entonces entendemos como “*politia*”, “la constitución caracterizada por el poder de muchos, que se ejerce en función del interés común” (Bobbio, 1976, p. 31). Es decir este concepto, “antes de ser institucional es social, y solamente es institucional si primero es social es este sentido se tiene una concepción de una sociedad sin grandes desequilibrios de riqueza” (Bobbio, 1976, p. 40).

Barrueto y Navia (2013), sostienen, que:

El gobierno debe sustentarse en el interés universal de la ciudadanía. Aristóteles presentó tres formas puras de gobernar y tres versiones corruptas. De acuerdo con los sistemas dirigidos por el bien común, identificó a la monarquía, la aristocracia y la democracia. En caso de ser guiadas por intereses particulares, estos representarían características tiránicas, oligárquicas y demagógicas, respectivamente. Adicionalmente, Aristóteles presentó cinco formas de gobernar la democracia o el gobierno de los pobres: 1) todos los ciudadanos participan por igual; 2) solo algunos participan según el criterio de la propiedad privada; 3) las personas que tengan cargos judiciales no pueden participar en los procedimientos democráticos; 4) en contraposición a lo anterior todas las personas pueden participar incluidas las que ejerzan un cargo público; 5) todos participan, pero la soberanía se presenta en el pueblo y no en la ley (p. 269).



En el análisis de un filósofo que estudió las teorías de las formas de gobierno, junto a los dos anteriores, me refiero a Polibio, quien desarrollo, “que la constitución de un pueblo debe considerarse como la primer causa del éxito o el fracaso de toda acción” (Bobbio, 1976, p. 35). En este sentido analiza y estudia las tres formas de gobierno a quienes las denomina: reino, aristocracia y democracia. Para este fin es necesario anotar que este filósofo llama democracia, “a la tercera forma que Aristóteles llamó *“politia”*, es decir, usa el término “democracia” con una connotación positiva a diferencia de Platón y Aristóteles” (Bobbio, 1976, p. 36).

Este filósofo es el primero que esboza el modelo de gobierno mixto, teniendo como punto de partida el modelo romano de pesos y contrapesos de los poderes del estado, fundamento de su teoría de gobierno ideal. Es decir “en la fuerza normativa de las funciones del estado, la teoría de Polibio es una teoría de los mecanismos constitucionales, que permiten una forma de gobierno estable” (Bobbio, 1976, p. 40).

Este gobierno mixto, se caracteriza por:

Que el rey es frenado por el pueblo que tiene una adecuada participación en el gobierno, y el pueblo a su vez lo es por el senado. Al representar el rey al principio monárquico, el pueblo al democrático y el senado al aristocrático, resulta una nueva forma de gobierno que no coincide con las tres formas corruptas porque es recta, Polibio encuentra la razón de la excelencia del gobierno mixto en el mecanismo de control recíproco de los poderes, o sea, en el principio del “equilibrio” (Bobbio, 1976, p. 39).

Polibio entonces, entiende a la democracia como, “una forma buena de gobierno popular” (Bobbio, 1976, p. 36). Este autor, quien después de su estudio y debate acerca de las formas de



gobierno y el ejercicio de la soberanía y el poder, define a la democracia o régimen popular, “como aquel en el cual todo el pueblo o su mayoría reunida en asamblea tiene el poder soberano” (Bobbio, 1976, p. 61).

En términos generales, después de analizar los diferentes debates y planteamientos sobre las teorías clásicas de las formas de gobierno y el ejercicio del poder, democracia es la forma de gobierno de muchos en búsqueda del bien común, un gobierno popular que fundamenta su poder, en la soberanía indisoluble delegada por los ciudadanos, no obstante, el término democracia no solo se refiere a una forma de gobierno y ejercicio del poder, sino además que el soberano sea el beneficiario de todas las decisiones y medidas adoptadas por quienes detenten el poder.

1.2. Democracia Representativa.

Después del análisis filosófico, sobre democracia en su acepción más amplia y general, en necesario, el análisis de las acepciones contemporáneas sobre democracia, siendo una de ellas la democracia representativa, “de esencia liberal burguesa, y en la cual los representantes por la elección, están autorizados a transformar la voluntad popular en actos de gobierno, constituyen en la hora actual el régimen político más comúnmente extendido en los países occidentales” (de Benoist, 2014, p. 2).

Siendo esta analizada históricamente, por autores con un enfoque filosófico, relacionado al Estado Nación tradicional, como se lo conoce actualmente, radicando el fundamento tanto de la democracia liberal y del Estado nación tradicional, en la libertad del pueblo y el ser parte de las decisiones que son tomadas desde el ejercicio del poder, por sus representantes en los diferentes estamentos del gobierno, representante, delegado por el pueblo, por el ejercicio de su voluntad



mediante el voto celebrado en elecciones. En este contexto, tenemos una diversidad de teóricos quienes han construido y le han dado fuerza argumentativa a este tipo de democracia.

Tenemos como aporte de estos autores, entre otros a Maquiavelo, quien en sus obras tanto en *El Príncipe*, como en los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, aborda clásicamente, el debate entre las diferentes formas de gobierno, construyendo en esta teoría la palabra Estado, para determinar lo que los griegos llamaron Polis, que cincuenta años después será denominada República (Bobbio, 1976), afirmando que, “la República abarca tanto a la democracia, como a la aristocracia” (Bobbio, 1976, p. 49).

Se entiende entonces, que en la construcción de esta teoría apuesta, contrariamente a lo que fue las formas de gobierno despóticas, la construcción de este nuevo modelo de estructura, en donde la titularidad de la soberanía y la forma del ejercicio del poder se diversifica; destacando lo que se entiende por democracia liberal, esta nueva forma de gobierno mixto, en donde la democracia se fundamenta en la oposición a las formas despóticas.

Entendemos que la virtud de esta forma de gobierno mixto, es la estabilidad (Bobbio, 1976), que al configurar, dos formas simples de gobierno, se entenderá como un estado pleno, en el sentido de que una democracia, es donde el pueblo tenga representación en uno de los órganos del Estado, como el parlamento; y la aristocracia también sea parte del mismo, como consecuencia, tendremos que esta estructura sea estable, por las participación complementaria de segmentos de la sociedad diferentes, y al no caer en una sola forma de gobierno, que tiende a deteriorarse y por lo tanto se corrompe, lo que llevaría a un cambio en la forma de gobierno, es decir

El contraste entre las dos partes antagónicas de la ciudad, los patricios y los plebeyos, para decirlo como Aristóteles, los ricos y los pobres, una vez resuelto



constitucionalmente mediante el gobierno mixto, al mismo tiempo aristocrático y popular, no garantiza solamente la duración de la constitución sino también la libertad interna del Estado (Bobbio, 1976, p. 58).

En este contexto, es así cómo se estructura la noción de democracia moderna:

La forma de gobierno en la que el poder no se concentra en las manos de uno solo, sino se distribuye por diversos órganos colegiados, aunque a veces, contrastados entre sí (Bobbio , Norberto ; Matteucci , Nicola; Pasquino , Gianfranco, 1998, p. 322).

La libertad de los ciudadanos, es otro fundamento que cobra fuerza en la construcción del Estado y la democracia representativa, “cuando la rotación de las magistraturas se celebran a través de las elecciones libres de los ciudadanos” (Bobbio , Norberto ; Matteucci , Nicola; Pasquino , Gianfranco, 1998, p. 323). Es decir, esta conformación del Estado en donde se constituyen funciones dentro del mismo, en donde cada una tiene una representación por delegación de quienes los eligieron, para cumplir y velar por los intereses generales, en función del bien común. Bobbio (1976) sostiene:

Se admite que las funciones del Estado son tres la legislativa, la ejecutiva y la judicial, la identificación de la práctica de la división de poderes con la realidad del sistema político, llamado mixto, puede darse solamente si a cada función corresponde una de las tres partes de la sociedad (rey, notables, pueblo), o sea, si se puede concebir un Estado en el cual, supongamos, al rey se le confía la función ejecutiva, al senado la judicial y al pueblo la legislativa (p. 76).

El gobierno mixto entonces, dentro de su estructura, por la conjugación de las diferentes formas de gobierno, que se manifiesta con la formación de una estructura formal conocida como



República o Estado, tiene su fundamento más fuerte en la libertad de sus ciudadanos, manifestada está plenamente en la representación dentro de esta estructura a través del sufragio, teniendo la participación directa en la formación de las leyes en un cuerpo colegiado, cuya máxima expresión está en la asamblea de los ciudadanos (Bobbio , Norberto ; Matteucci , Nicola; Pasquino , Gianfranco, 1998).

Esta libertad, que radica en el hecho mismo de participar, aunque sea de forma indirecta en la formación del gobierno y de esta forma de Estado, significando que esta participación sea la manifestación de la otras libertades mediante el sufragio libre y voluntario, definida, “como manifestación de aquella libertad particular, que va más allá del derecho de expresar la propia opinión, de reunirse para influir en la política del Estado, esto comprende el derecho de elegir y ser elegido” (Bobbio , Norberto ; Matteucci , Nicola; Pasquino , Gianfranco, 1998, p. 324).

Con todo esto cabe señalar, que la noción del Estado, con sus funciones establecidas y pensadas así, para el mejor funcionamiento del mismo, en donde todas las voces se sientan representadas y no ser sometidos a decisiones arbitrarias, mediante la fórmula de los pesos y contrapesos, mediante la conformación de un gobierno mixto, no quiere decir que el Estado Parlamentario, no es una democracia representativa, teniendo como caracteriza principal, el principio de la representatividad, este se extiende a muchas más sedes, en donde se celebran deliberaciones colectivas (Bobbio, 2009), entendiéndose como democracia representativa “aquella en el que las principales deliberaciones políticas son tomadas por los representantes elegidos” (Bobbio, 2009, p. 5).

Estos representantes elegidos dentro de una democracia representativa deben tener características como:



En cuanto que goza de la confianza del cuerpo electoral, una vez elegido deja de ser responsable frente a los propios electores y, por tanto, no es revocable.

No es directamente responsable ante sus electores precisamente porque es llamado a tutelar los intereses generales de la sociedad civil y no los intereses particulares de esta o aquella categoría (Bobbio, 2009, p. 9).

Bobbio, define a la democracia representativa como, aquellas deliberaciones colectivas, que comprometen a toda la comunidad, que son tomadas no directamente por aquellos que forman parte de la misma, sino por personas delegadas para tal propósito. El Estado parlamentario es una aplicación particular, relevante desde el punto de vista histórico del principio de representación (Bobbio, 2009).

Para Schumpeter el proceso democrático, “es justamente un método político, es decir, un cierto tipo de arreglo institucional para llegar a decisiones políticas y administrativas” (Boaventura de Sousa Santos y Leonardo Avritzer, 2004, p. 40).

Para Boaventura de Sousa Santos la democracia representativa consiste en:

Incorporar el concepto de participación dentro del paradigma estructural funcional de la teoría es decir, la participación concebida como una forma particular de conducta política de los ciudadanos mediante la cual eligen gobiernos y se espera que los mantengan funcionando sobre el sendero democrático trabajando a través de sus representantes (D.L. Sheth, 2004, p. 99).

Desde una perspectiva crítica de la democracia representativa, Engels (2008) afirma:

Se basa en la igualdad burguesa ante la ley, el reconocimiento legal de la libre competencia, que fue introducida en los países europeos bajo la forma de la monarquía constitucional.



En estas monarquías constitucionales sólo son electores aquellos que poseen un cierto capital, es decir solo los burgueses; estos electores burgueses eligen a los diputados, y estos diputados elegidos por los burgueses, mediante el derecho de denegar las cargas impositivas, eligen un gobierno burgués (p.111).

Desde esta perspectiva, a partir de estos conceptos y la estructuración de un régimen democrático liberal, han surgido una serie de críticas frente a esta forma de gobierno, partiendo desde la visión comunista en el sentido mismo del concepto de ciudadano, ya que quien ostenta esta categoría históricamente es el que tiene acceso a la propiedad privada, es decir quienes no tenían bienes materiales, en la práctica no tenían estos derechos de elegir a sus representantes, o generalmente, no son tomados en cuenta a la hora de crear las leyes y ejecutar planes por parte del ejecutivo.

Otra crítica es a los representantes, como defecto, a la tendencia de formación de estas pequeñas oligarquías, conformadas en los comités de los partidos (Bobbio, 2009), y la desconexión que existe, entre los intereses del pueblo y su delegación frente a las decisiones que se toman desde arriba, por la falta de ese mandato imperativo por parte de los ciudadanos, en este sentido, en la democracia liberal, no se tiene este mandato, “ya que no es una característica de esta, la revocación de mandato, por parte de los electores, sobre la base de la crítica a la prohibición de mandato imperativo” (Bobbio, 2009, p. 11).

De esta manera, se entendió a lo largo de la historia que las formas de gobierno, de manera individual tendían a fallar en su funcionamiento administrativo estructural, se comenzó a construir formas de organización mixtas o formas de gobierno mixtas, en este sentido, el concepto de estado nación contemporáneo, nace de la conjugación entre democracia y aristocracia; llegándose a



configurar, lo que actualmente se conoce como democracia liberal, la cual se fundamenta en la libertad que tienen los electores (pueblo), mediante el voto, a definir y elegir a quienes van a ser sus representantes en las diferentes funciones del Estado, es decir, quienes están en ejercicio del poder, son los delegados del soberano para estas funciones. Sin embargo en la realidad y en la práctica, se observa como quienes representan al pueblo terminan velando solamente por intereses particulares, formándose pequeñas elites manejadas por los partidos políticos; frente a la delegación, que el pueblo les concede para la estructuración de un bienestar común.

1.3. Democracia Participativa.

Frente a esta problemática que se han planteado, desde una perspectiva teórica crítica al sistema democrático liberal, partiendo del contexto, de esta desconexión respecto de sus mandantes que existe entre estas elites, que se forman dentro de los partidos políticos y los sistemas representativos; dejando así de lado las necesidades y las posibles soluciones a los problemas generales de quienes representan, de los de abajo, quedando desprovistos de políticas públicas y la protección de quienes son sus delegados o mandatarios.

Es así, como una alternativa y complemento, a esa democracia representativa liberal y tradicional, como su contraste, surge la democracia participativa, en donde verdaderamente todos los ciudadanos son protagonistas de las discusiones de temas de interés general y común, para complementar y hacer notar las necesidades y soluciones veraces, que, desde abajo se construyen con total transparencia, para hacerse notar ante las discusiones de los de arriba, los encargados de manejar las funciones del Estado.

Desde la teoría crítica y los estudios críticos filosóficos de la democracia, se ha construido este concepto y estructura de democracia participativa, en este sentido tenemos desde la



concepción comunista, que tiene una concepción negativa del Estado atribuida a Karl Marx, quien desde la experiencia revolucionaria de la Comuna de París, toma ejemplo de cómo una verdadera democracia participativa, comanda las decisiones políticas y administrativas en pro del bien común y de los ciudadanos.

La concepción comunista de democracia, en donde prima la dictadura del proletariado, en el sentido de una organización comunitaria, que para Engels esta organización parte de:

El hombre se reunía en grupos gentilicios que tuvieron una organización comunitaria y familiar, no conocieron ni la propiedad ni la división del trabajo y no tuvieron nada que ver con el tipo de organización social basada en la división de clases antagónicas y en la dominación de una clase sobre otra que conocemos con el nombre de Estado (Engels, 2007).

Se evidencia claramente, que desde esta concepción negativa del Estado, se tenía claro este divorcio que existía entre una clase elite quienes gobiernan los estados y los ciudadanos, en el sentido que el Estado representativo, “es un instrumento para la explotación” (Bobbio, 1976, p. 128), y ajeno a las verdaderas necesidades y planteamientos del pueblo.

Frente a esto, entendiendo al Estado como, dominación organizada del proletariado, contra pondría a la democracia representativa del Estado burgués, la democracia participativa; es decir, “la participación de los ciudadanos en las diversas sedes en las cuales se ejerce el poder, no filtrada a través de representantes por muy libremente elegidos que hayan sido” (Bobbio, 1976, p. 128). Es por esto que para Marx, esta democracia se observó y práctico en la Comuna de París, y rescata algunas características e instituciones que son la base fundamental de una democracia participativa, como por ejemplo; “la revocación de los mandatos a los consejeros municipales y



responsables, quienes serán elegidos por voto universal y en asambleas, bajo el principio de mandato imperativo, es decir la obligación de atenerse a las instrucciones recibidas por los electores” (Bobbio, 1976, p. 129), también así la noción de descentralización para reducir al mínimo el poder central del Estado.

En este sentido tenemos, a través de la crítica de la democracia representativa y de la consecuente reanudación de algunos temas de democracia directa, a través de la solicitud de la participación popular y también el control del poder desde abajo se extiende los órganos de decisión política a los de decisión económica, de algunos centros del aparato estatal hasta la empresa, de la sociedad política hasta la sociedad civil por el que se viene hablando de la democracia económica, y al paso del autogobierno para la autogestión (Bobbio , Norberto ; Matteucci , Nicola; Pasquino , Gianfranco, 1998, pp. 324-325).

Es decir para estas vertientes comunistas – socialistas, para que en verdad exista una democratización del Estado, a la democratización de la sociedad, “es necesario que exista como mínimo una asamblea de ciudadanos deliberantes sin intermediario y el referéndum” (Bobbio, 2009, p. 18).

Existe una democracia participativa, “cuando el individuo participa en la deliberación que le afecta, es preciso también que entre los individuos deliberantes y la deliberación que les concierne no exista intermediario alguno” (Bobbio, 2009, p. 15).

Es muy importante el aporte filosófico que se construyó e implementó en la planificación de un sistema diferente al representativo desde la visión crítica Europea, pero en este mismo sentido, tenemos que desde la historia y las estructuras organizacionales que no han sido visibles



y que no han sido tomadas en cuenta, también se practicaban estas formas de ejercicio del poder, desde las culturas de los invisibles, desde la cosmovisión Runa, ya se daban estas prácticas comunitarias, en donde se ha observado la verdadera aplicación de una democracia participativa, asamblearia y comunitaria.

Es así que desde la filosofía de la liberación,³ planteada principalmente por el profesor Enrique Dussel, nos lleva al estudio de estas formas de ejercicio de poder e instituciones que ya existían pero que eran invisibles, como la práctica de esta democracia participativa y asamblearia dentro de las comunidades periféricas de la Europa tradicional y del Nuevo Mundo.

Dussel (2007), en su libro *Política de la Liberación Historia Mundial y Crítica*, citando a Bartolomé de las Casas describe:

Como en la Mesoamérica y la América Inca, tenían una organización colectiva política, en donde ningún rey o gobernante, por muy supremo que sea, puede ordenar o mandar nada concerniente a la república, en perjuicio o detrimento del pueblo, sin haber tenido el consenso de ellos de forma lícita y debida (p. 205).

Caemos en la cuenta entonces, que desde la visión ancestral y sus prácticas era necesario la deliberación y la aprobación de manera participativa y por consenso, de todos quienes formaban parte del colectivo (pueblo), quienes iban a ser afectados o beneficiarios de esta resolución. Entonces estas formas de “innovación” democrática han constituido plataformas para la reivindicación de derechos y creando espacios para actuar dentro de las políticas del Estado,

³ Un pensamiento que expone como necesarias las nociones de intersubjetividad y alteridad para el enriquecimiento de la persona o la sociedad. (González, 2007)



recurriendo a la participación y construcción de planes y acciones más democráticos, en el sentido que se observa y se toma en cuenta así por los representantes del estado la realidad de sus políticas.

En este sentido entendemos, “a la participación como un valor en sí, ya que las superposiciones axiológicas permitieron considerarla, un vehículo por excelencia de la autodeterminación e igualdad política” (Gurza Lavalle, Adrián; Isunza Vera, Ernesto, 2015, p. 15). Todo esto planteado actualmente, desde la política de los movimientos de base, “en donde el alcance de la democracia se busca y expande activamente mediante las luchas políticas cotidianas, la democracia participativa se concibe como una forma organizativa y una práctica no solo deseable sino necesaria” (D.L. Sheth, 2004, p. 97).

Con todo lo analizado entendemos entonces por democracia participativa, donde todos los ciudadanos se empoderen del ejercicio del poder frente al Estado, es decir, todas las medidas o acciones que se tomen, deben primero ser discutidas y analizadas sin intermediarios por los ciudadanos a quienes beneficie o afecte esa decisión de manera colectiva, y que hayan llegado a un consenso o acuerdo para la ejecución de esa medida. Varios teóricos entienden por democracia participativa, la participación e inclusión de todos los actores sociales, en la toma de decisiones que le afectan (Bobbio, 2009).

Democracia participativa se da en donde, la comunidad política toma directamente decisiones, a través de todos los ciudadanos que la componen, todas las decisiones son colectivas (Lizcano-Fernández, 2012).

Se entiende por participación cuando la sociedad intervenga en el Estado de forma deliberativa, pero también decisiva en el manejo del mismo, en ese sentido la nueva democracia participativa es integral e incorpora a los históricamente excluidos, desde una



visión sustancial y no formal, reinventando la democracia e intentando forjar un cogobierno entre sociedad y Estado (Solano, 2018, pp. 51-52).

Se debe concebir a la democracia participativa como, esa democracia, “cercana a las realidades y a los territorios, en donde la meta a largo plazo de los movimientos de base es hacer que el ambiente inmediato en que vive la gente social, económico, cultural y ecológico este a su alcance y bajo su control” (D.L. Sheth, 2004, p. 111). Es decir un Estado tolerante y descentralizado.

Los movimientos conciben a la democracia participativa como, “una política paralela de acción social, que crea y mantiene nuevos espacios para la toma de decisiones o sea, el autogobierno de parte del pueblo en temas que afectan directamente su vida” (D.L. Sheth, 2004, p. 112).

Es decir, frente a la concentración de poder del Estado y de los representantes quienes ejercen el poder en los diferentes estamentos estatales, en donde las políticas y las decisiones se adoptan verticalmente, y no desde la base, quienes son el fundamento de la democracia en su sentido integral, la organización y la construcción de políticas discutidas y aprobadas desde una democracia participativa y comunitaria, en casos como el de los pueblos y comunidades del Ecuador, reflejan las verdaderas necesidades, y la realidad de las localidades, que en la mayoría de los casos no son escuchados dentro de los planes centralistas del gobierno; sino más bien deben adoptar planes que se les impone desde arriba que en algunos casos no son necesarios o que en otros solo causan perjuicio.

En este sentido la democracia participativa es, esa democracia que no parte del concepto de representación, sino más bien parte de la soberanía popular, es decir es una forma



descentralizada de ejercicio del poder y las decisiones adoptadas por el Estado, ya que los ciudadanos tienen participación directa como sujetos colectivos y organizados, sobre las políticas públicas que afecten o beneficien a estos, teniendo un protagonismo e incidencia real sobre las medidas o decisiones que puedan afectarlos.

1.4. Derechos de Participación en la Constitución de 2008.

Desde esta perspectiva, durante décadas en Latinoamérica se venían gestando procesos en los cuales los movimientos sociales y las organizaciones de base venían reclamando una alternativa al modelo tradicional democrático liberal, en este sentido, se venían reclamando más participación y protagonismo de los ciudadanos en los procesos de estructuración del Estado y del modelo democrático, es decir “democratizar la democracia” (Santos, 2002).

Es decir, se estructura un modelo diferente y alternativo al sistema representativo que venía en crisis de legitimidad, por la falta de transparencia y participación, en los partidos políticos; y en la construcción de políticas públicas, por estos sujetos con incidencia en el Estado; “así desde la década de 1960, en las democracias más tradicionales del norte, se promulgaron o se utilizaron de manera creciente modalidades de participación directa, plebiscito, referendo e iniciativa popular” (Gurza Lavalle, Adrián; Isunza Vera, Ernesto, 2015, p. 17).

Se observaba la participación como una fuente de emancipación y reivindicativa de derechos por parte del Estado, para los sectores de la sociedad que no son escuchados por parte de los actores políticos y sus élites partidistas, en el actuar del poder público, “esta participación tiene efectos positivos en los ciudadanos en primer lugar porque ofrece a todos los ciudadanos una oportunidad de participar en la toma de decisiones políticas” (Buhlungu, 2002, p. 135), en segundo lugar un efecto psicológico en los ciudadanos, en el sentido que, existe una interrelación continua



entre el funcionamiento de las instituciones y las cualidades y actitudes de los individuos que interactúan en ellas (Buhlungu, 2002).

En Ecuador, los diferentes momentos históricos desde el retorno a la democracia han estado marcados por las luchas sociales, en búsqueda del reconocimiento de estos derechos y por tener el protagonismo mediante la participación en las decisiones y el funcionamiento del Estado, frente a esta crisis que venía sufriendo la representatividad que se implantó nuevamente desde el retorno a la democracia en 1979; incorporado en la constitución de 1998, con la participación de los diferentes movimientos sociales y de izquierda, entre ellos grupos indígenas, proscrito en la constitución como estrategia de una manera ligera la aplicación de la participación, con miras a contener las demandas sociales (Navas Alvear , 2014).

En este contexto, se añaden mecanismos como la revocatoria de mandato, la iniciativa popular y la consulta popular (Navas Alvear , 2014), buscando de esta manera la estabilidad política, que en un contexto anterior a la creación de la constitución del 98, fue el derrocamiento del presidente Abdala Bucaram en el año 1997 y la inestabilidad generalizada que se vivía.

No obstante, “no se puede desconocer que desde finales de los noventa hasta mediados de la primera década del nuevo milenio la inestabilidad política en lugar de aliviarse se acentuó” (Navas Alvear , 2014, p. 97), agravándose y llegando a un periodo de inestabilidad y crisis institucional, que tuvo como resultado la caída de dos presidentes: Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez, como consecuencia de un mal manejo político por parte de las elites dominantes en un acuerdo con los partidos políticos y de ciertos medios de comunicación (Navas Alvear , 2014).

En este contexto histórico, se da la caída de Lucio Gutiérrez, con la gran rebelión de abril del 2005, en donde son protagonistas la clase media quiteña, con la revuelta de “Los Forajidos”,



“esta manifestación que tiene como característica el no restringirse solamente a una manifestación individual de indignación sino, que se conectó con un fuerte sentido de compromiso colectivo en torno a la causa común de derrocar al régimen” (Gallegos, 2005, p. 92), teniendo como finalidad el empoderamiento social que ha resultado de esta rebelión y como consecuencia política, el auto impuesto desafío ético y organizativo, de hacer de la ciudadanía activa un nuevo medio de regulación y producción democrática que, en su asedio al mundo de los partidos y sus líderes tradicionales, gobierne junto con ellos (Gallegos, 2005).

Se llegó a tal comprensión entre los actores de esta rebelión gracias a la participación y un nítido elemento de comunicación política y deliberación colectiva y no desde iluminaciones vanguardistas, “la formas de protesta se negociaron y se argumentaron a través de medios de comunicación como radio La Luna y otros medios digitales que estaban a su alcance que se crearon para este efecto” (Gallegos, 2005, p. 89).

Toda esta manifestación ciudadana desembocó no solamente en la defenestración del presidente Gutiérrez en abril del 2005, sino también en el fortalecimiento de diversas organizaciones y movimientos de base, “quienes hacían visibles sus intereses y necesidades de un cambio a las tradicionales estructuras de corte liberal institucionalista, centradas en la idea de una democracia participativa” (Navas Alvear , 2014, p. 98).

Así en 2006 resulta elegido como presidente de la República Rafael Correa, quien tuvo como plataforma política al movimiento o acuerdo PAIS, quienes como estrategia de una nueva política, lanzan únicamente como contendor político para tomar las riendas del gobierno y el ejecutivo un candidato presidencial, enfrentando así a la vieja partidocracia y con una línea discursiva de una refundación del país, dejando atrás esas viejas prácticas políticas de los partidos



tradicionales; y como insignia de su campaña la convocatoria a una nueva Asamblea Constituyente, resultando ganador, y dando cumplimiento a estas ofertas, Correa dictó el decreto 002, mediante el cual convoca a una consulta popular para establecer una nueva Asamblea Constituyente (Andrade A, 2012). Después se desató una guerra entre “el congreso quienes representaban a la vieja clase política o partidocracia, y el ejecutivo quien terminó con la disolución del congreso declarándose en receso y el triunfo de la tesis del Presidente, en el Plebiscito del 27 de abril de 2007” (Andrade A, 2012, p. 38).

En esta búsqueda de fortalecimiento de la participación y organización de las movimientos sociales y de base, ontológicamente para la vida política en comunidad, desarrolló un momento republicano cuyo resultado culminó con la Asamblea Constituyente de 2007-2008 (Andrade A, 2012), todo esto con acuerdos de grupos de diversas tendencias y diferentes campos de acción, es decir se encontraban grupo de académicos, ecologistas, organizaciones políticas, organizaciones sociales y movimientos de base, con ejes similares como, “temas de dominación y el de soberanía, como capacidad para autogobernarse individual y colectivamente en un estado libre” (Andrade A, 2012, p. 37). Y por otra parte, se dieron interpretaciones diversas sobre la realidad política del país, diferentes de la hegemónicas de corte liberal tradicional, centradas en el ideal de una democracia participativa (Navas Alvear , 2014), “con un discurso de transformación radical que había sido impulsado por intelectuales “movimientistas” urbanos vinculados al activismo y a los movimientos sociales” (Navas Alvear , 2014, p. 99).

En este contexto es como se instaló la Asamblea Constituyente, quienes iban a redactar la nueva norma suprema, con una visión vanguardista y garantista, y cómo sería administrada y estructurada la República; en este sentido dentro del desarrollo de los debates, deliberaciones y



construcción del nuevo articulado de la Constitución, se pueden dividir en dos fases, una de instalación y la incorporación de la participación y otra fase de decisión.

En la primera fase, la de instalación, en este proceso constituyente fue altamente participativo, en donde delegaciones de todo el país llegaron a la sede de la asamblea para dar a conocer sus puntos de vista y participar de las deliberaciones, foros y de las mesas temáticas que se formaron para la recepción de inquietudes y necesidades, en donde se generaban las discusiones, estas mesas fueron 10 y tres ejes, “profundización de la democracia: hacia una democracia participativa; un modelo de desarrollo ecológicamente sólido y la noción de complementariedad entre Estado, naturaleza y sociedad” (Navas Alvear , 2014, p. 101). Y al final una fase decisional la cual se caracterizó, por la fuerte influencia del presidente Correa, como por el trabajo de estructuración de un pequeño grupo de expertos que tenían relación directa con el poder ejecutivo, en particular juristas, en esta fase se trabajó y estructuró en su integralidad la constitución de 2008.

Dentro del fortalecimiento y profundización de una democracia participativa, se dieron fuertes críticas al sistema tradicional representativo, trabajada al interior de los movimientos sociales latinoamericanos, y cuyo objetivo era el instaurar una democracia participativa o directa (Andrade A, 2012), en esta tendencia el participacionismo, comprende un conjunto de visiones sobre lo que podría ser un orden político basado en la participación continua y activa de los ciudadanos en su autogobierno y lecciones aprendidas de experimentos de este tipo. En este sentido se habla “de una democratización de la democracia es decir repensar la noción de democracia, en la cual habría que promover o reforzar la democracia participativa” (Andrade A, 2012, p. 41).

En este contexto y durante la preparación de una propuesta constitucional concreta sobre este ámbito, cuatro consideraciones fueron sobresalientes como punto de



partida. Primero la constatación acerca de las limitaciones que el modelo de democracia representativa liberal y su sistema de partidos habían supuesto para el proceso político ecuatoriano, las que habrían conducido a severas y frecuentes crisis institucionales. En segundo lugar, la idea de que el proceso constituyente (en sentido transformador) no termina con la Constitución sino que es continuo, lo que requiere de una comunidad política participante. En tercer lugar la necesidad de tomar en cuenta las demandas sociales acumuladas, sobre todo en el sentido de fortalecer e incorporar otras formas de acción política a las ya existentes. Finalmente, la valoración de aquellas experiencias exitosas a nivel local (Navas Alvear , 2014, p. 106).

Es decir, esta incorporación de la participación, “promueve la articulación contrahegemónica entre lo local y lo global; y la ampliación de la participación en la toma de decisiones de los más diversos grupos sociales” (Andrade A, 2012, p. 42). Es tanto así que el “principio de participación directa configura toda la organización del Estado y es transversal a los derechos” (Navas Alvear , 2014, p. 106), cuando observamos por ejemplo el artículo número uno de la Constitución⁴.

Esta norma prescribe claramente que la soberanía radica en el pueblo, en el sentido que los ciudadanos somos los mandantes y quienes somos el fundamento de esa legitimidad de quienes son los mandatarios y obedecen a nuestras necesidades y demandas, además se puede observar

⁴ “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.” (Constitución del Ecuador, 2008).



claramente como existe esta categoría mixta en la forma de ejercicio del poder, es decir desde una visión deontológica de las funciones del Estado, pero también de esta prerrogativa que tenemos los ciudadanos a la hora de ejercer formas de democracia participativa o directa. De manera complementaria a este principio, como un derecho de los ciudadanos, a participar y ser fiscalizadores de todos los actos de interés público, bajo los principios de igualdad, autonomía, deliberación, por medio de estos mecanismos de democracia participativa y comunitaria.⁵

Dentro del catálogo de derechos, se reconocieron derechos tanto en lo que tiene que ver, los derechos de participación tradicionales dentro de la democracia representativa (Art.61⁶ numerales 1⁷ y 8⁸ y los artículos 62⁹, 63¹⁰ y 64¹¹), también están, los derechos para el ejercicio de una democracia participativa; como es, la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés público en el Art. 61 numeral 2¹², el derecho a fiscalizar los actos del poder público Art. 61 numeral

⁵ “Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.” (Constitución del Ecuador, 2008).

⁶ “Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:” (Constitución del Ecuador, 2008).

⁷ “1. Elegir y ser elegidos.” (Constitución del Ecuador, 2008).

⁸ “8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten.” (Constitución del Ecuador, 2008).

⁹ “Art. 62.- Las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, de conformidad con las siguientes disposiciones: 1. El voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años. Ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. 2. El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años, las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y las personas con discapacidad.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁰ “Art. 63.- Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior tienen derecho a elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; y podrán ser elegidos para cualquier cargo. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹¹ “Art. 64.- El goce de los derechos políticos se suspenderá, además de los casos que determine la ley, por las razones siguientes: 1. Interdicción judicial, mientras ésta subsista, salvo en caso de insolvencia o quiebra que no haya sido declarada fraudulenta. 2. Sentencia ejecutoriada que condene a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹² “2. Participar en los asuntos de interés público.” (Constitución del Ecuador, 2008).



5¹³, en los asuntos de acceso al servicio público, esquematizado en la meritocracia Art. 61 numeral 7¹⁴.

También se desarrollan instituciones y derechos de los ciudadanos a ejercer mecanismos de democracia directa frente a quienes ejercen el poder político, en este sentido tenemos el derecho a presentar iniciativa popular normativa¹⁵ (Art 61 numeral 3), la revocatoria de mandato¹⁶ (Art 61 numeral 6), el derecho a que el pueblo se consultado¹⁷ (Art 61 numeral 4).

Es decir que el constituyente amplió el catálogo de derechos de participación en la constituyente del 2008, buscando de esta manera un complemento frente al sistema representativo liberal desgastado, y el rechazo del pueblo a los representantes tradicionales, en este sentido se reconoce un papel protagónico la participación del pueblo frente a las actividades y planes que tiene el Estado como institución y los representantes políticos y administrativos como ejecutores de las actividades estatales.

1.5. Derechos Colectivos en la Constitución de 2008.

“El paso decisivo se produce en enero de 1492 cuando Isabel de Castilla toma la espléndida ciudad de Granada, heredera del califato de Córdoba, y diez meses después el genovés Cristóbal Colón” (Dussel, 2007, p. 190), inicia la exploración de nuevas tierras realizada por la Corona

¹³ “5. Fiscalizar los actos del poder público.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁴ “7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁵ “Art. 103.- La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁶ “Art. 105.- Las personas en goce de los derechos políticos podrán revocar el mandato a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse sólo un proceso de revocatoria del mandato.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁷ “Art. 104.- El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.” (Constitución del Ecuador, 2008).



Española, “y el primer paso dado por los invasores en tierras del Abya Yala, después en donde tomaron posesión de las tierras y hombres de América que en buen romance significa usurpación, genocidio, etnocidio e impunidad” (Pérez Guartambel, 2006, p. 45), es donde comenzó a implantarse la visión occidental mediante la violencia y el genocidio más grande de la historia.

Desde entonces se aplicó, “él “yo conquisto” al Indio Americano siendo este el antecedente práctico político, un siglo antes del “yo pienso” teórico, ontológico cartesiano” (Dussel, 2007, p. 193), es así que se viene vulnerando y tratando de borrar toda esa riqueza cultural de los pueblos ancestrales; mediante la violencia y el extractivismo no solo borrando una forma de civilización y desarrollo alternativo en armonía con la naturaleza.

Implantando una filosofía y religión ajena de los pobladores, “la cual consistía en una “colonización epistémica”, provocando indiferencia hacia aquellos saberes que no relevan de los marcos teóricos dados por la modernidad y por desarrollo” (Dávalos, 2014, p. 340), estos saberes que por derecho natural tenían estos pobladores, además de la potestad de elegir la forma de vida que ellos querían junto con su madre, la Pachamama. Es decir, durante siglos vieron, como violentaron los derechos de sus semejantes y de su madre tierra, por parte de los “blancos” y después de los descendientes de ellos, resultado de una mezcla históricamente violenta, en contra de mujeres y niñas al servicio del invasor.

En épocas contemporáneas después de la conquista, viene la evolución de la misma, con la globalización del capitalismo aberrante, con sed de recursos a cambio del trabajo y la explotación del más débil, siendo esto sinónimo de crecimiento económico, se convierte en la apología del capital, en el horizonte utópico hacia el cual necesariamente hay que llegar, a condición de que, obviamente, “se dejen libre los mercados y que el Estado respete las reglas del juego del sector privado, en la teología del neoliberalismo, la parusía del crecimiento económico sólo puede provenir de la mano invisible de los mercados” (Dávalos, 2014, p. 136).

De esta manera, en la historia reciente se observó diversas formas de abuso sobre las clases pobres, generalmente indígenas, así también de la poca tierra que les quedaba, en las periferias, se internó un nuevo conquistador, encarnado ahora con una piel de progreso y desarrollo, llamadas transnacionales, las cuales despojaron de sus territorios a una gran cantidad de comunidades indígenas, devastando no solamente su riqueza cultural sino también con su riqueza natural



(ambiental), dejando a su paso contaminación, pobreza y vulneración de derechos fundamentales individuales y colectivos.

Esto sucedería hasta no mucho tiempo atrás, donde, en la historia contemporánea seguían institucionalizados todo este tipo de atropellos en contra de los pueblos y comunidades indígenas, es por esto, que aquellos que no tenían voz, aquellos que no eran entendidos en su propia tierra, en su propia comunidad; comenzaron a mostrar su descontento, a revelarse, tanto así que, ya comienzan a darse las primeras organizaciones de indígenas en Ecuador, como lo era la FEI por la década del 40, posteriormente la CONAIE, es por esto, que en el siglo anterior precisamente en el década de 1990, emerge el primer levantamiento indígena, en donde incorpora a la historia del Ecuador, al movimiento indígena como un actor político y social importante a nivel nacional, quienes protagonizaran una serie de cambios estructurales y sociales importantes, que tan necesarios se hacía para poder ser visibilizados en la historia y política del Ecuador, a los 500 años de resistencia y con los atropellos y despojos sufridos.

La principal lucha, la visibilidad en las esferas públicas, en un primer momento, con el reconocimiento, del Ecuador no como un Estado homogéneo, sino más bien diverso, pluricultural, un Estado Plurinacional en donde convergen no solamente una forma de ver al mundo, como lo plantean visiones tradicionales acerca del Estado, sino más bien que se debía reconocer la diversidad, y se planteaba desde una visión decolonizadora económica, social, jurídica y cultural.

Luis Macas uno de los protagonistas en el levantamiento del 90, manifestaba:

Nuestra demanda contempla el pedido de reforma al artículo 1 de la Constitución Política del Estado, reconociendo al país como Estado plurinacional, ya que consideramos que nos identificamos como nacionalidades indígenas, que formamos parte de un Estado plurinacional... Esta demanda se orienta, al mismo tiempo, al reordenamiento constitucional y la creación de leyes e instrumentos jurídicos que permitan nuestro derecho a la autodeterminación ... El derecho que demandamos a la autodeterminación, consiste en crear un régimen (autogobierno) que nos permita tener competencia legal sobre la administración de los asuntos



internos de nuestras comunidades, en el marco del Estado nacional (Macas, 1992, p. 25).

No obstante, la bandera principal de lucha de los indígenas después del levantamiento, fue evidentemente el reconocimiento de la diversidad, que en ese entonces se hacía visible dentro de la estructura tradicional del Estado-Nación, en donde reclamaban que ellos tenían derecho a ser actores de las decisiones políticas nacionales, pero, desde una perspectiva diferente, tenían sus propias formas de organización y decisión, de donde vendrán la opiniones que deberán ser tomadas muy en cuenta para la articulación de políticas generales a nivel nacional, y no solamente, vistos como históricamente se hizo con las minorías y los diferentes, aquellos que tenían que acoger lo que el poder y la hegemonía mandaba, sino más bien una construcción colectiva y articulada, tomando en cuenta que no somos homogéneos sino más bien somos diversos, somos plurinacionales.

Convirtiéndose la lucha por el reconocimiento de la Plurinacionalidad un problema político, lo cual conlleva a futuro, el protagonismo en la palestra de la política nacional, la diversidad de pedidos justos por parte de los pueblos ancestrales e indígenas; es cuando los indígenas, ven la necesidad del acceso a cuotas de poder político para que el debate del reconocimiento de plurinacionalidad del Estado pueda ser viable, entonces comienzan a tener protagonismo político, así en el año de 1995 comienzan articularse con diversos movimientos sociales de izquierda y sindicatos de trabajadores para tener acceso a puestos políticos, en la asamblea convocada por el entonces presidente Duran Ballen, es cuando emerge el Movimiento Plurinacional Pachakutik, teniendo acceso a la palestra política dentro de la legislatura y también ganando espacios seccionales, se logra ratificar al Ecuador como suscriptor del Convenio número 169 de la OIT que reconoce los derechos de los pueblos ancestrales.

No siendo esto suficiente, son protagonistas para la convocatoria a Asamblea Constituyente en el año 1998, a través de una organización sólida de sus bases y la forma participativa de tomar sus decisiones, en donde su fin último era el reconocimiento de un Estado Plurinacional ya no era suficiente el reconocimiento de la pluriculturalidad, pero siendo fallida estas aspiraciones de los indígenas; ya que el poder económico arrasó en representantes a través de la democracia representativa, más bien se prescribió e institucionalizó el presidencialismo para “tener una gobernabilidad democrática del Estado”. Dejando de lado el pedido de los indígenas;



porque las élites económicas y políticas de la época pre suponían que tratar esos temas era un peligro para la estabilidad del Estado, ya que se estaba replanteando la idea tradicional del Estado-Nación, solamente logrando el reconocimiento de los derechos colectivos en la Constitución.

En el 99 después del fracaso político en la Asamblea Constituyente respecto del reconocimiento del Estado Plurinacional, efectivamente se fortalecieron los frentes organizacionales tanto de la sociedad civil y como de las organizaciones de base indígenas, con su brazo más fuerte, la CONAIE, para generalizar en el debate político nacional, el cambio de paradigma respecto de la estructura formal tradicional del Estado; y la transformación de las nociones de política y democracia, es tanto así que se manifiesto:

A diferencia de lo ocurrido en Ecuador, en anteriores procesos políticos de las últimas dos décadas, hay que reconocer que gran parte del impulso e inspiración del actual proceso de reforma política proviene de los sectores organizados de la sociedad. Han sido precisamente las asambleas ciudadanas, organizaciones populares, indígenas, mujeres, obreros, empresarios y estudiantes quienes han llevado la iniciativa para reestructurar al actual sistema político (Mejia Acosta , Andrés; Wray Reyes , Norman, 1997, p. 31).

No obstante, a finales del 90 comienzos del nuevo milenio, el movimiento indígena tiene gran protagonismo en la vida pública estatal, dejando de lado la participación en las estructuras caducas de la democracia representativa, aliados con organizaciones sociales, pueden tener acceso a un diálogo directo con las elites del poder, para constituir mesas de diálogo, para desde su punto de vista, opinar y debatir medidas económicas, tomadas por el gobierno de la época, resultando así más efectivas la participación directa sobre políticas públicas mediante la organización social y la presión que genera la misma.

La incorporación de instituciones jurídicas de democracia directa y formas de participación ciudadana en la Constitución de 1998, fue el resultado de lo antes acontecido en la historia del Ecuador, en donde juegan un papel fundamental las organizaciones sociales de izquierda, principalmente y por supuesto el movimiento indígena, ya institucionalizado y



organizado, dichas instituciones prescritas en la carta magna de 1998 entre otras las principales son: Consulta Popular (103-108), revocatoria de mandato (109....), es importantísimo también la integración de una figura tan importante para los pueblos y nacionalidades indígenas, la figura de la consulta previa libre e informada (88 y 248), por parte del Estado en grandes proyectos de política pública especialmente de carácter extractivo (Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos y Derechos Colectivos (CONAIE - Fundación Tukui Shimi), 2009).

Durante la última década del siglo pasado y comienzos de este siglo, el movimiento indígena ha sido protagonista en el andamiaje político institucional del Ecuador. Es así que cronológicamente el movimiento indígena ha sido partícipe del levantamiento de la OPIP en el 90, marcha por la reforma agraria del 94, elecciones del 96, caída de Bucaram en el 97, participó de la Asamblea Constituyente del 98, caída de Mahuad en el 2000, levantamiento de los Forajidos en abril del 2003 (Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos y Derechos Colectivos (CONAIE - Fundación Tukui Shimi), 2009).

El protagonismo en todos estos años, desemboca en el consenso nacional del 2007, y la convocatoria a Asamblea Constituyente en Montecristi, en donde forman parte como ideólogos y partícipes de la nueva estructura del Estado. En donde tienen aportes muy importantes, como lo es ahora el efectivo reconocimiento del Ecuador como un país diverso plurinacional; es decir, en la nueva constitución existe el reconocimiento precisamente en el artículo primero, a la plurinacionalidad como elemento constitutivo del Estado, esto significa que ya no se toma al Estado como la antigua y caduca institución formal de la época de la Revolución Francesa del Estado-Nación, sino más bien existe el reconocimiento que dentro de la organización y conformación real del Estado Ecuatoriano, existe la convivencia con otras nacionalidades ancestrales, que son producto mismo, de la diversidad de cosmovisiones y culturas que convivimos dentro de este territorio llamado Ecuador, tomado así desde la lógica de nación, ya no como la tradicional del vínculo jurídico político que existe en el paradigma tradicional del Estado-Nación.

Además esta nueva definición de Estado Plurinacional, emerge precisamente desde la cosmovisión contra hegemónica del páramo Andino y los pueblos selváticos de la Amazonia, en donde la nacionalidad no sólo se refiere a este vínculo jurídico político sino más bien a algo más profundo como esos enraizamientos culturales, religiosos espirituales, que se resumen, en la relación que existe entre los miembros de esa nacionalidad y la forma espiritual que les relaciona



y le une con ella, haciéndolos uno solo con la madre naturaleza (la Pachamama); de esta manera nace el concepto de Sumak Kawsay un concepto kichwa que significa:

Tener una tierra y un territorio sano y fértil; significa cultivar lo necesario y de forma diversificada; preservar, cuidar mantener limpio los ríos, los bosques el aire, las montañas, etc; significa tener un territorio manejado colectivamente, una educación en base a valores propios y una comunicación constante; significa también regirse por un código de ética y el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás, además implica decidir de manera colectiva la prioridades de cada pueblo o comunidad (Chuji, 2014, p. 231).

Surgiendo así esta nueva concepción de la relación y convivencia entre diversos y diferentes, quienes estamos habitando esta heredad de tan pequeño territorio llamado Ecuador, en donde convivimos diferentes nacionalidades y culturas, con el respeto máximo de todas y todos; y cada uno de los derechos fundamentales y deberes que tenemos y exigimos se hagan efectivas como ciudadanos ecuatorianos.

Otro de los logros de las luchas históricas, que vinieron batallando, tanto las nacionalidades indígenas, miembros de organizaciones sociales y activistas ambientales, durante la historia última de nuestro país, fue el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, una visión revolucionaria que nace precisamente en el Ecuador, con la constitución de Montecristi; es decir se tomó en cuenta los saberes ancestrales indígenas desde la cosmovisión originaria, para entender que la naturaleza no era un objeto o ser ajeno a la de los seres humanos, como lo plantea el paradigma occidental tradicional capitalista que es el que gobierna en todo el mundo, “entendiendo que estos conceptos se han ido construyendo bajo la práctica, la enseñanza y de manera oral; estos conceptos de vida que se han insertado en el debate público y en algunos textos constitucionales como una opción de vida” (Chuji, 2014, p. 231).

Se tomó en cuenta esta visión integradora de los pueblos indígenas originarios y de los ancianos de estas nacionalidades (Yachaks, Taytas y Mamas), quienes ven a la naturaleza de forma diferente en donde la misma es parte de ellos es un ser más y sustancial de la comunidad, es decir



la naturaleza, ya no es vista como un objeto necesario para la satisfacción de necesidades básicas de los seres humanos, sino es un ser más que forma parte de la comunidad a quien se debe respetar y proteger.

Entendiendo este concepto revolucionario por parte de legislador constituyente, se prescribe en la constitución una norma revolucionaria en donde se le otorga derechos a la naturaleza, es así que la naturaleza pasa de ser un objeto a ser un sujeto más, que tiene derechos y puede hacer efectivos los mismos, se los puede ejercer de manera general con legitimidad general o amplia, es decir cualquier ciudadano quien identifique que se están vulnerando los derechos de este nuevo sujeto puede hacerlos efectivos y ejercerlos a nombre de la naturaleza; esto es reconocido en los artículos 71¹⁸ y 72¹⁹ de la Constitución del Ecuador.

En el proceso de Montecristi, la CONAIE participó de manera importante en la Asamblea Constituyente de 2008, “y produjo una serie de documentos, análisis y propuestas que fueron llevadas por sus representantes y por sus aliados políticos a la Asamblea Constituyente” (Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos y Derechos Colectivos (CONAIE - Fundación Tukui Shimi), 2009, p. 94). Bajo el paradigma del garantismo y la progresividad de derechos, tomando en cuenta la lucha histórica de los pueblos y nacionalidades indígenas, reconociendo de esta forma la diversidad que existe dentro de nuestro país y la necesidad de respetar sus formas y prácticas propias respecto de su cultura y organización democrática, se ve necesario el reconocimiento de los derechos colectivos de manera más amplia a diferencia de la anterior constitución.

Así en este sistema amplio de garantías jurisdiccionales, de política pública y normativas, refuerza la posibilidad de ejercicio de derechos y sus mecanismo.

¹⁸ “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.” (Constitución del Ecuador, 2008).

¹⁹ “Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.” (Constitución del Ecuador, 2008).



Como mecanismos se reconocen todas las formas de organización social necesarias para desarrollar “procesos de autodeterminación”, incidir en las decisiones públicas y ejercer el control social en todos los niveles de gobierno y entidades que presten servicios públicos (Navas Alvear , 2014, p. 108).

En este marco se reconocen en la constitución de 2008 un catálogo más amplio de derechos colectivos²⁰, como el derecho a la consulta previa, libre e informada (artículo 57 núm. 7), además derechos como no ser objeto de racismo respecto de su cultura, etnia, origen o identidad (artículo 57 núm. 2), el fortalecimiento, mantenimiento o desarrollo de su identidad, tradiciones y formas ancestrales de organización (artículo 57 núm. 1), los derechos al reconocimiento y una reparación integral colectiva por razones de xenofobia, racismo y discriminación (artículo 57 núm. 3), el reconocimiento de tierras comunitarias (artículo 57 núm. 4), mantener la posición de sus tierras y territorios ancestrales (artículo 57 núm. 5), participación del uso, usufructo y administración de los recursos renovables dentro de sus territorios (artículo 57 núm. 6), conservar y promover sus prácticas en el manejo de la biodiversidad y su entorno natural (artículo 57 núm. 8), reconocimiento de sus formas propias de organización social y convivencia dentro de sus territorios (artículo 57 núm. 9), reconocimiento de sus prácticas propias de justicia “Justicia Runa” (Yuquilema Yupangui, 2015) (artículo 57 núm. 10), el derecho a no ser desplazados de sus territorios (artículo 57 núm. 11), mantener y proteger sus saberes ancestrales y conocimientos colectivos así también sus saberes en el campo de la medicina natural (artículo 57 núm. 12), mantener, recuperar, proteger, preservar y desarrollar su patrimonio cultural e histórico (artículo 57 núm. 13), derecho a una educación intercultural bilingüe (artículo 57 núm. 14), derecho a una consulta prelegislativa respecto de sus derechos colectivos (artículo 57 núm. 17).

De esta manera, frente a la vulneración histórica que han tenido los pueblos y nacionalidades indígenas, dentro y fuera de sus territorios por parte del Estado y de los grandes poderes económicos, los derechos colectivos constituyen un contrapeso frente a estas vulneraciones de derechos por parte de particulares y del Estado; además, se constituyen en garantías, es por esto que frente a las luchas históricas de los indígenas, la Constitución de 2008,

²⁰ “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos” (Constitución del Ecuador, 2008).



reconoce y amplía el catálogo de derechos colectivos, como también se reconoce al Ecuador como un estado Plurinacional.

A manera de conclusión podemos mencionar que, la democracia en su sentido filosófico amplio, no solamente reconoce que el pueblo es quien ejerce el poder, sino que este poder debe ser ejercido a favor del bien común, es decir, de todos quienes son parte del soberano son quienes se beneficien de los planes y actividades adoptadas por el Estado, de esta forma es imperativo para quienes son delegados o representantes, en las funciones del Estado, deberían anteponer el interés general sobre el particular, no obstante una de las críticas a la democracia representativa liberal, es que quienes ejercen el poder en representación del soberano, llegan a formar pequeñas elites dominadas por partidos políticos o grupos económicos y sociales de poder que adoptan decisiones desde una realidad ajena a la de la mayoría.

Frente a este centralismo y divorcio entre diferentes realidades y necesidades, la participación de los diferentes actores es necesaria para la construcción de planes y políticas públicas que beneficien a todos y todas, en este sentido, lo que busca la democracia participativa es que los diferentes actores desde sus realidades y necesidades específicas, sean partícipes en la construcción y planificación de planes estatales, es por esto que los ciudadanos tienen un papel protagónico frente al Estado en una democracia participativa, en donde el pueblo es quien se empodera de las diferentes acciones que se adopten, buscando de esta manera que estas acciones tengan un beneficio común y general frente a intereses particulares.

En este mismo sentido se reconocen a los derechos colectivos, estos son quienes garantizan la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas, frente a la políticas estatales que afecten sus territorios y a sus formas de vida, también se reconoce y garantiza, sus propias formas de organización comunitaria y participativa en la toma de decisiones, como actores fundamentales, frente a los planes que se quieran implantar dentro de sus territorios, manifestando de esta forma la realidad de sus comunidades y sus necesidades, frente a imposiciones desde afuera.



Capítulo Dos: Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad.

2.1. Definición.

El bloque de constitucionalidad, es una institución jurídica, con una data relativamente nueva, la cual estudia nuevas fuentes dentro del derecho constitucional, con una visión de protección, garantía y reconocimiento de derechos fundamentales, con un enfoque integrador y complementario, entre la norma suprema y tratados, convenios y demás instrumentos de derechos humanos, “rompiendo así con la tradición jurídica identificada con el legalismo, la cual es contraria a los postulados del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, modelo que actualmente adopta el Estado Ecuatoriano” (Caicedo Tapia , 2009, p. 7). En donde, se pueden desarrollar de manera más clara y mejor estos valores y principios, y el contenido esencial de dichos derechos y la aplicación de garantías, para la tutela efectiva de los mismos, por parte de los organismos estatales y los operadores de justicia; bajo principios de dignidad humana, entendido este, como ese valor intrínseco que gozan todos los seres humanos, respecto del respeto y la tutela de sus derechos fundamentales, “y además desde una perspectiva que los derechos humanos tiene dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad, es decir; se proscribe, desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos” (Ávila Santamaría, 2008, pp. 65-66).

Es necesario para la construcción y formulación de una definición correcta, analizar la evolución histórica del bloque de constitucionalidad y su construcción teórica, para explorar sus diferentes etapas de evolución, y las formulaciones y acepciones que actualmente se tiene de esta categoría jurídica, tan importante en el campo del neoconstitucionalismo y las garantía de derechos.



El concepto de bloque de constitucionalidad aparece en Francia, “con la expresión del bloc de constitutionnalité, el cual se aplica en el control propio de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios” (Rubio Llorente, 1989, p. 15); el mismo que está constituido por el texto constitucional, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República (Riofrío Martínez-Villalba, 2006).

Posteriormente se adopta esta categoría jurídica en el ordenamiento español en 1981:

Mediante los pronunciamientos del máximo órgano constitucional. Esfuerzo de naturaleza jurisprudencial que otorga valor constitucional a determinadas normas que distribuyen competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Aunque podemos distinguir que la naturaleza de este bloque es distinta, sirviendo únicamente como parámetro para determinar la constitucionalidad de normas de inferior jerarquía sin establecerse una naturaleza uniforme y continua (Caicedo Tapia , 2009, p. 8).

De esta manera, en otros países del Continente Europeo (Austria, Italia y Alemania) siguen este ejemplo garantista de derechos, de Francia y España, con una visión más integral dentro del tema de derechos fundamentales, ya que se incluye dentro del bloque de constitucionalidad normas de carácter supranacional como convenciones de derechos humanos, tratados de límites y normas de integración además de las constituciones nacionales.

En nuestra región, Colombia es pionera en los años 90, en el desarrollo sobre el tema de garantías y derechos constitucionales, con el accionar y el desarrollo jurisprudencial de su Corte Constitucional, en este sentido su jurisprudencia ha ido construyendo esta institución del bloque



de constitucionalidad, para dar valor y legitimidad de ciertas normas y principios supranacionales (Arango Olaya , 2004), como por ejemplo, “le da valor a las normas de tratados de derecho humanitario, tratados que reconozcan derechos fundamentales e intangibles; así como también, le dan valor determinante a la jurisprudencia de otros sistemas de protección de derechos que contengan un estándar de protección mayor al nacional” (Caicedo Tapia , 2009, p. 8).

En el derecho comparado, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, en donde podemos observar cómo se ha trabajado con precedentes jurisprudenciales y en el estudio del bloque de constitucionalidad, desde los valores de progresividad y plena garantía de derechos fundamentales, una de las sentencias primarias que trato, tanto la aplicación de derechos consagrados en normas supraconstitucionales y por ende se trató el bloque de constitucionalidad son las sentencias T-409 de 1992 M.P Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón y C 574-92 M.P Ciro Angarita Barón en donde se estableció que, “los convenios sobre derecho internacional humanitario tiene carácter prevalente sobre la legislación nacional” (Arango Olaya , 2004, p. 81).

A partir de la mencionada jurisprudencia, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la Carta (Colombiana) como la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integrados en la normatividad a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad. Esta disposición consagra la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno (Arango Olaya , 2004, p. 81).



La Corte Constitucional Colombiana, interpretó este artículo como lo que hoy por hoy integra el bloque de constitucionalidad, respecto de las normas supranacionales en concordancia y complementando, de lo que reza en el ordenamiento jurídico nacional y especialmente a los valores y principios de la Constitución.

Después con el carácter progresivo de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional Colombiana, a finales de los 90; especialmente, amplió la integración del bloque de constitucionalidad, en donde se incluían los tratados limítrofes, derechos especiales de protección de la mujer embarazada, derechos de carácter económicos y sociales, temas de violaciones a derechos humanos como los desplazados y genocidio; también convenios como los de la OIT, respecto de la contratación colectiva y especialmente en lo que tiene que ver con derechos colectivos consagrado en el convenio 169 de la OIT²¹, de forma especial al derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la consulta previa, libre e informada²², de manera obligatoria en los procesos en la toma de decisiones sobre los asuntos que puedan afectar a los pueblos indígenas y tribales (Arango Olaya , 2004).

Es decir según los avances de la Corte Constitucional, y la integración que ha venido evolucionando del bloque de constitucionalidad, es sentido estricto está compuesto por, el preámbulo de la Constitución de Colombia, la Constitución, tratados limítrofes, ley estatutaria (regula estado de excepción), tratados de Derecho Internacional Humanitario, tratados de Derecho Internacional (derechos intangibles), artículos de los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificados y la doctrina elaborada por Tribunales Internacionales (casos en concreto) (Arango Olaya , 2004).

²¹ Sentencia T-606 -01 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² Sentencia T-955 de 2003 MP Álvaro Tafur Galvis.



Con todo esto la Corte, le dio significado a lo que es el bloque de constitucionalidad, considerando que, “Los derechos y deberes consagrados en la Constitución se debe interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Sentencia T-1635-00, 2000). Entonces, cuando se trata de derechos fundamentales, no solo nos debemos referir a los valores y principios constitucionales, sino más bien referirnos a este sentido integrador e integral del bloque constitucionalidad, y su integración tanto nacional y supranacional para la garantía e interpretación progresiva de derechos.

Con esta corriente del neoconstitucionalismo y el garantismo, en el Ecuador, se comienzan a abordar temas de interés como, los del bloque de constitucionalidad, desde la carta de 1998 y los diferentes fallos del ya desaparecido Tribunal Constitucional, y en la actualidad con la Constitución del 2008 en mayor grado. En el Ecuador en el año 2004 aparece por primera vez una definición de bloque de constitucionalidad en la Resolución No. 001-2004-DI del Tribunal Constitucional, en donde se manifiesta que:

“En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerárquica.”²³

Se observa entonces, como dentro del sistema ecuatoriano ya se crean cláusulas de remisión a tratados, convenios y demás instrumentos internacionales, en lo que se refiere al efecto integrador y progresivo de los derechos humanos. Con todo este antecedente podemos dar una definición clara, de lo que en la actualidad entendemos como bloque de constitucionalidad, en sus

²³ Resolución No. 001-2004-DI Tribunal Constitucional



sentido amplio e integrador respecto del desarrollo, protección, reconocimiento y garantía de derechos fundamentales tanto individuales como colectivos.

El bloque de constitucionalidad es el instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentra en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano (Caicedo Tapia , 2009, p. 12).

El bloque de constitucionalidad siendo una institución jurídica, de relevancia en el sistema jurídico constitucional ecuatoriano, ha sido estudiado por autores en el país, los cuales señalan, que, “el bloque de constitucionalidad, comprende el conjunto de normas que aunque no constan en la constitución formal, son parte de esta, pues se le reconoce tal papel” (Acosta, Alberto; Martínez , Esperanza , 2010).

El Bloque de Constitucionalidad Ecuatoriano, “es una institución jurídica adoptada jurisprudencialmente, integrada por los instrumentos internacionales de derechos humanos, que desarrollan, en forma progresiva, los valores, principios y reglas de la Constitución” (Caicedo Tapia , 2009, p. 22).

2.2. Naturaleza Jurídica.

Debemos partir de que, el bloque de constitucionalidad tiene su fundamento en el desarrollo y garantía de derechos fundamentales, desde un enfoque integrador y de aplicación de valores y principios, que complementan a los que se encuentran reconocidos en la Constitución,



es decir para la plena y directa aplicación de estos, en beneficio de mayor desarrollo de la justicia y de la dignidad humana, como fin último del derecho, dentro de los ordenamientos jurídicos en vigencia tanto a nivel nacional como internacional.

Es decir, esta institución jurídica, parte de una naturaleza jurídica constitucional, en el sentido complementario a los sistemas constitucionales, desde la visión tanto formal como material, en el goce de todos los derechos reconocidos y su desarrollo en los sistemas jurídicos, ya que este bloque de constitucionalidad, desde una visión democrática y legítima parte de la carta fundamental y la soberanía representada en los poderes del Estado, quienes en su ejercicio ratifican acuerdos y convenios internacionales de derechos humanos, con una finalidad de respeto y garantía de derechos, de todos los ciudadanos quienes están sometidos al sistema jurídico integral, es decir tanto nacional como internacional.

Por lo señalado tiene una naturaleza constitucional, “ya que los sistemas jurídicos y los derechos, en general; tiene un inicio y un final que se vislumbra en una unidad de sentido normativo, general, abstracto, impersonal y coercitivo es decir el derecho constitucional” (Londoño Ayala, 2015, p. 48).

El derecho constitucional contemporáneo necesita desarrollarse, debido a los cambios y el complejo entramado de intereses comprometidos con el orden jurídico, que necesitan de contenidos que no solo se encuentran en el texto formal de la Constitución (Londoño Ayala, 2015), es decir que el derecho constitucional y los derechos fundamentales en general, para su pleno desarrollo material, para todos los ciudadanos que son parte del consenso social y son a los que se les dota de garantías, tanto para que no exista vulneraciones cuanto para su exigencia, cuando estos se encuentran reconocidos dentro de las constituciones como valores o principios, o en el caso



extremo, de no estar reconocidos o desarrollados plenamente, mediante cláusulas de remisión podemos recurrir a otras normas que no están dentro de la constitución, mediante estas cláusulas que integran el bloque de constitucionalidad, con ese enfoque integrador sobre derechos fundamentales.

En este sentido, normas fundamentales y normas adjuntas al plexo Constitucional inicial son la unidad Constitucional del sistema jurídico que forma el Bloque de Constitucionalidad que constituye, edifica, produce e interpreta el orden normativo. Es así, que el Bloque de Constitucionalidad, por ser el mecanismo jurídico fundacional del sistema, ha de considerarse como constitucional y por tanto revestir la naturaleza propia de los actos de consenso que formulan la existencia formal y material del sistema jurídico (Londoño Ayala, 2015, p. 51).

2.3. Características.

2.3.1. Es Bloque.

Por cuanto se constituye como una forma jurídica, que comporta una pluralidad organizada de normas jurídicas con sentido y referencia; con sentido, “porque indican una serie de valores y principios que configuran la pretensión de corrección del sistema de normas; con referencia porque apuntan a regular y dirigir relaciones y situaciones entre los distintos intereses jurídicos cimentados por el orden normativo” (Londoño Ayala, 2015, p. 82).

2.3.2. Es fuente.

Ya que es fundamento del sistema jurídico, ya que se refiere a la constitución y es su caso por las cláusulas de inserción y remisión, se acude a otras normas que no están dentro de la Constitución, y configuran un punto de partida de la creación, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico.



Es decir las formas e instrumentos jurídicos “no pueden bajo ningún pretexto prescindir de la referencia a las categorías constitucionales porque si así sucediera, su percepción decaería o se anularía, en vista de que su vigencia normativa y su calificación de jurídica serian negadas por el derecho Constitucional” (Londoño Ayala, 2015, pp. 83-84).

2.3.3. Es una fuente hermenéutica.

“el Bloque de Constitucionalidad es el criterio interpretativo que impera la adopción de los contenidos que habrán de elaborarse para definir los contornos del sistema jurídico” (Londoño Ayala, 2015, p. 86).

2.3.4. Principio de dignidad humana.

Este principio define “la condición del hombre en cuanto entidad ontológica y jurídica, que se caracteriza por entrever condiciones que le son inherentes” (Londoño Ayala, 2015, p. 87). Es un principio transversal a la hora de creación, aplicación e interpretación de valores y principios del ordenamiento jurídico.

2.3.5. Principio pro homine (pro Hombre).

Significa en favor del hombre, planteado dentro del sistema jurídico, es decir, toda “decisión jurídica ha de corresponder favorablemente a la dignidad humana del ser humano y que toda duda que se genere en la dinámica de la producción, aplicación e interpretación del derechos habrá de beneficiar las posiciones iusfundamentales de los sujetos normativos” (Londoño Ayala, 2015, pp. 90-91).

Es decir el principio supone que cuando “hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de



los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos” (Ávila Santamaría, 2008, p. 57).

2.3.6. Principio de Unidad Constitucional.

Es el postulado que concibe el conjunto de las normas constitucionales como un sistema armónico y unitario que forman una totalidad. “Este principio obliga a no contemplar las normas constitucionales como entes aislados, sino a captar de la interpretación de cada una de ellas la unidad del sistema del que han surgido, en el que se integran y del que constituyen una parte” (Londoño Ayala, 2015, p. 125).

2.3.7. Principio de la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales reconocen posiciones básicas para la existencia y reconocimiento del individuo, garantizando su tratamiento como verdadera persona humana, y no como persona en el sentido técnico jurídico clásico, que lo redujo a simple titular de derechos subjetivos asegurados por el ordenamiento normativo, categoría en la que no se involucra el postulado de la dignidad humana como cimiento de las relaciones sociales y del Estado (Londoño Ayala, 2015).

Es decir este núcleo esencial de los derechos fundamentales “es el reducto medular invulnerable que no puede ser puesto en peligro por autoridad o particular alguno de manera que postula la idea de un contenido mínimo irreductible del derecho que, por serlo, se erige en una barrera infranqueable” (Londoño Ayala, 2015, p. 205). “Entonces tal bloque de constitucionalidad podrá limitar y delimitar el derecho fundamental, en la medida en que no contravenga su contenido esencial” (Riofrío Martínez-Villalba, 2006, p. 240).



2.3.8. Vinculante.

Es vinculante porque se deriva del pacto de consenso que edifica el “Derecho Constitucional del ordenamiento jurídico por parte de los sujetos normativos el cual plantea el respeto por las formas y contenido del ordenamiento jurídico y la sanción para aquellos sujetos normativos que transgredan el pacto de vinculatoriedad al sistema constitucional” (Londoño Ayala, 2015, p. 283).

2.3.9 Obligatorio.

Es obligatorio ya que:

Es prescriptivo, es decir delimita instituciones normativas destinadas a proteger y exigir la integridad y materialización del Derecho constitucional en los procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho, mediante principios, valores y reglas que formulan un antecedente jurídico que postula una sanción en el evento en que los sujetos normativos se aparten de las categorías sustanciales e institucionales del Bloque de Constitucionalidad (Londoño Ayala, 2015, p. 284).

2.4. Clasificación.

2.4.1. Sentido Estricto.

Es aquel que concede “legitimidad, validez y eficacia a las disposiciones normativas que conforman el sistema jurídico, por tal razón se entiende que forman parte integral e imprescindible de la Norma Fundamental, componiendo una estructura unitaria que define el derecho Constitucional que rige el ordenamiento normativo” (Londoño Ayala, 2015, p. 338).

Es decir el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, son todas aquellas normas de carácter supra nacional que son ratificadas por los Estados, con un enfoque integrador, las cuales



pasan a tener un rango constitucional, en lo que respecta a derechos fundamentales, de esta manera dándoles un valor de progresividad y validez a las normas del ordenamiento jurídico nacional.

Además conforman este bloque de constitucionalidad, y están en este rango, por el hecho de que una vez formen parte del bloque de constitucionalidad, no podrán ser reformados por los parámetros formales de una ley ordinaria de carácter nacional, por la relevancia de su contenido en materia de derechos, entonces el bloque de constitucionalidad en estricto sentido, al igual que las normas jurídicas, principios y valores, no pueden ser reformados por los procedimientos que se establecen para estos efectos en relación con normas de otro nivel jerárquico, “no podrán ser sometidas a modificaciones atendiendo a la dinámica normal, sino que serán reformadas bajo la dinámica de los principios y valores que se estipulan para una reforma de carácter constitucional” (Londoño Ayala, 2015, pp. 338-339).

“Entonces el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como entidad normativa de naturaleza iusfundamental, se convierte en soporte de producción, adjudicación e interpretación, indispensable y necesario para la coherencia y consistencia del sistema jurídico” (Londoño Ayala, 2015, p. 339).

Según la doctrina, se entiende que forman el Bloque de Constitucionalidad, en sentido estricto por: el texto constitucional, el preámbulo de los textos constitucionales, tratados y convenios internacionales, ley estatutaria de los estados de excepción, jurisprudencia de la corte constitucional y derechos innominados.

2.4.2. Sentido Amplio.

El Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, “tiene como función principal servir como parámetro evaluador de la legitimidad de las normas que componen el sistema jurídico,



parámetro que no es parte de la constitución en estricto sentido, sino es un referente hermenéutico” (Londoño Ayala, 2015, p. 475).

Entonces el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, se lo entiende como esa herramienta hermenéutica, que sirve para el desarrollo y garantía de los derechos fundamentales en la creación, aplicación e interpretación de normas y la aplicación de las mismas.

Es decir, el bloque de constitucionalidad en sentido amplio se define como un componente importante de la interpretación de la actividad normativa (Londoño Ayala, 2015). El mismo que según la doctrina está conformado por: leyes orgánicas y estatutarias, jurisprudencia de estancias internacionales y el soft law.

2.4.3. Sentido Integrado.

El Bloque de Constitucionalidad en sentido integrado, hace referencia al sentido unitario e integrador que componen los Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto y amplio, es decir que los dos deben ser tomados en cuenta a la hora de la creación, aplicación e interpretación de valores, principios y normas a la hora de la garantía y desarrollo de derechos fundamentales.

De esta manera se entiende al bloque de constitucionalidad como una institución jurídica integradora, que contiene de manera general los diferentes tratados, convenios y convenciones de derechos humanos, además está integrada por la norma constitucional de cada país que buscan la protección, garantía y reconocimiento de derechos y garantías fundamentales, que los estados deben observar como parámetro de constitucionalidad frente a su derechos interno.

2.5. Control de Convencionalidad.

Dentro de la tutela de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la competencia recae en su órgano máximo contencioso que es la Corte Interamericana



de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, dentro de su función interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la jurisprudencia que ha ido desarrollando la Corte IDH; para el desarrollo y protección integral tanto de los derechos humanos, como en el respeto de la convención por parte de los estados, que ha ido construyendo mediante jurisprudencia el concepto del Control de Convencionalidad, tiene como fin que los Estados parte acaten las disposiciones de la convención y principalmente, para la garantía de los derechos humanos, y estos adapten sus legislaciones internas de acuerdo a este desarrollo, reconocimiento, protección y garantía. “Esto quiere decir que las autoridades internas de un Estado están obligados a aplicar el Derecho en conformidad y armonía con la normativa internacional en materia de derechos humanos, obligadas en función de sus ratificaciones” (Guerra Coronel, 2016, p. 73).

El concepto del Control de Convencionalidad es entonces quien vela que los países parte de la convención, respeten y acaten los términos de esta, con énfasis principalmente en lo que respecta a derechos humanos, en este sentido la Corte IDH, considerando que esta institución jurídica, no se encuentra desarrollada taxativamente dentro del convención, le ha ido desarrollando y nutriéndose progresivamente mediante su jurisprudencia, para fortalecer al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es decir la Corte IDH, también para el desarrollo del concepto de Control de Convencionalidad ha tomado como fundamento principalmente la Convención Americana de



Derechos Humanos en sus artículos 1 numerales 1 y 2²⁴, artículo 2²⁵ y artículo 29²⁶ y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artículos 26²⁷ y 27²⁸. En este sentido vemos como el Control de Convencionalidad, se fundamenta en el desarrollo y garantía de los derechos humanos, para esto los Estados parte, deberán adoptar en sus legislaciones internas, medias o de otro carácter, en lo pertinente a desarrollo y garantía de derechos, por el hecho mismo de las obligaciones que los Estados asumen de acuerdo al principio del derecho internacional “Pacta Sunt Servanda”.

La Corte IDH, comienza a desarrollar y darle características propias al Control de Convencionalidad, “con una visión de protección integral y complementaria a los sistemas internos de los Estados parte, dando cumplimiento a las obligaciones jurídicas derivadas de normas de DDHH, de esta forma demanda mecanismos que garanticen al sujeto depositario del derecho, su

²⁴ “Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1984).

²⁵ “Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1984).

²⁶ “Artículo 29.- Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1984).

²⁷ “26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 2005).

²⁸ “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 2005).



debida protección y ejercicio” (Benavides Casals , 2017, p. 368), con la jurisprudencia que a lo largo de este tiempo ha desarrollado en casos sobre derechos humanos.

En este sentido el Control de Convencionalidad aparece por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*²⁹, en donde señala:

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también sometidos a ella, los que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de la leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006a, párr. 124).

Es decir, el control de convencionalidad nace como una institución jurídica; que, tiene como función principal, la obligación que tienen los Estados por acatar las normas sobre derechos humanos desarrollados en la Convención, en este sentido los funcionarios del Poder Judicial, son

²⁹ Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concede amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1974. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.



los llamados a realizar el control de convencionalidad, para que prevalezcan los derechos desarrollados dentro de la convención, frente al ordenamiento interno de los Estados, así tutelando por la correcta aplicación y garantía de los derechos fundamentales.

La Corte IDH sostiene que, si por un lado los jueces tienen que aplicar el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, esto no es una obligación frente a derechos humanos; y más, si ha ratificado y sí es parte de un tratado de derechos humanos, por lo tanto los “jueces internos que forman parte del aparato del Estado, estos tienen la obligación de velar por el cumplimiento y el fortalecimiento de las disposiciones de la Convención, por ende verificar que las disposiciones de derecho interno no la contravengan” (Guerra Coronel, 2016, p. 76).

Es decir los jueces de los Estados también deben realizar el control de convencionalidad ex officio, verificar de manera inmediata y sin que se le solicite, en el marco de sus competencias, siguiendo las regulaciones procesales pertinentes, la verificación si existe compatibilidad o si se contraviene la Convención por parte del ordenamiento jurídico doméstico.

Dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú³⁰, menciona, “que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus

³⁰ Los hechos del presente caso se contextualizan luego del autogolpe de Estado de 1992. Mediante el Decreto Ley No. 25640 del 21 de julio de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la recién creada Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió, en base a los resultados de evaluaciones, dos resoluciones para las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales se encontraban las 257 víctimas. Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo presentaron un recurso de amparo que fue desestimado.



respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006b, párr. 128).

Queda claro que, “el deber de los jueces es ejercer el control ex officio, es decir motu proprio, como expresión del deber estatal que comparten estos” (García Ramírez, 2011, p. 145), en este sentido los jueces tienen la responsabilidad de verificar que el ordenamiento interno no contravenga la Convención, en el sentido que deberá asegurar la real protección y garantía de los derechos humanos, queda claro que los jueces conocen el derecho (*jura novit curia*), es decir no es necesario dentro de este ejercicio que las partes afectadas invoquen sus derechos, ya que el juzgador conoce el ordenamiento tanto nacional como supranacional, y aplicará a favor de los derechos y además observando los tratados y convenciones internacionales.

Además el control de convencionalidad, no recae en una responsabilidad única y limitada a los juzgadores, sino más bien se expande a todos los órganos vinculados a la administración de justicia, en este sentido en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*³¹ “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención

³¹ Los hechos del presente caso se iniciaron el 2 de mayo de 1999, cuando el señor Montiel Flores se encontraba fuera de la casa del señor Cabrera García, junto a otras personas, en la comunidad de Pizotla, Municipio de Ajuchitlán del Progreso, estado de Guerrero. Aproximadamente 40 miembros del 40 Batallón de Infantería del Ejército Mexicano entraron en la comunidad, en el marco de un operativo contra otras personas. Los señores Cabrera y Montiel fueron detenidos y mantenidos en dicha condición a orillas del Río Pizotla hasta el 4 de mayo de 1999. Ese día fueron trasladados hasta las instalaciones del 40 Batallón de Infantería, ubicado en la ciudad de Altamirano, estado de Guerrero. Fueron golpeados y maltratados durante su privación de libertad. Posteriormente, ciertos miembros del Ejército presentaron una denuncia penal en contra de los señores Cabrera y Montiel por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y siembra de amapola y marihuana, iniciándose la respectiva investigación penal. El 28 de agosto del 2000, el Juez Quinto de Distrito del Vigésimo Primer Circuito de Coyuca de Catalán dictó sentencia mediante la cual condenó a pena privativa de libertad de 6 años y 8 meses de duración al señor Cabrera García y de 10 años al señor Montiel Flores. Esta decisión fue objetada a través de diversos recursos judiciales y se modificó parcialmente a su favor. En el 2001, los señores Cabrera y Montiel fueron liberados para continuar cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio, debido a su estado de salud.



Americana evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010, párr. 225).

Encontramos entonces que no solamente los jueces, están llamados a observar las normas de la Convención, también están llamados todos los órganos vinculados a la administración de justicia, a que se cumplan con las normas sobre derechos humanos. No obstante el control de convencionalidad se amplía de manera integral al Estado, en este sentido quienes ejerzan autoridad pública, esto se puede observar en el caso *Gelman Vs. Uruguay*³²

[...] La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitado por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que particularmente en casos graves de violaciones a las Normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de

³² Los hechos del presente caso se dieron en el contexto de un golpe de Estado que comenzó el 27 de junio de 1973, y se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985, en donde se implementaron formas de represión a las organizaciones de izquierda. Se crearon operaciones militares paralelas a quienes las llamaron operación Condor. María Claudia García Iruetagoiena Casinelli, embarazada de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976, junto a su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, por comandos militares uruguayos, trasladados a un centro de detención clandestino, posteriormente separados en donde Gelman fue torturado y ejecutado en 1976. En 1989 sus restos fueron descubiertos. María Claudia García fue trasladada a Montevideo, en donde dio a luz a una niña que le fue sustraída en diciembre de 1976. Sin saber de su paradero o restos.

La niña fue abandonada en el seno la familia Tauriño, en el 2000 Maria Macarena Tauriño tiene contacto con su abuelo Gelman, que en pruebas de ADN sale compatible en un 99,998%, estos hechos no fueron ni investigados ni sancionados por Uruguay, por la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. La cual fue una amnistía a los crímenes del régimen militar.



cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2011, párr. 239).

La Corte IDH, señala que dentro de la esfera de los derechos humanos, hay barreras que no son susceptibles de decisión, así sea bajo un esquema de legitimación democrática; en ese sentido, más bien insta a todos los órganos del Estado, en especial a quienes tienen y están investidos de autoridad pública, al respeto al Derecho Internacional de Derechos Humanos, en este caso al desarrollo y respeto a las normas de la Convención Americana; más bien ellos son los llamados a respetar, desarrollar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Así se considera al control de convencionalidad, respecto de toda autoridad pública y del Poder Judicial, “como una forma de entender la primacía del Derecho Internacional Público (es decir la primacía de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), sobre el derecho nacional, sometiendo el actuar estatal, un control y efectos determinados externamente” (Benavides Casals , 2017, p. 370). En este mismo ámbito, conviene advertir que el control de convencionalidad deberá ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligados todas las autoridades (García Ramírez, 2011).

En este sentido la Corte IDH, en el desarrollo del control de convencionalidad, mediante su jurisprudencia, ha tenido un avance progresivo, ya que en primer lugar tenían la obligación de aplicar este control los Jueces, después se amplió en el sentido práctico; es decir, ya no era responsabilidad solamente de los jueces, sino además los órganos vinculados a la administración de justicia, en función de que, eran quienes conocían de vulneraciones y la incompatibilidad práctica entre las normas internas y las de aplicación en razón de la Convención Americana, por último desde una visión integral y unitaria del Estado, y quien es el llamado a proteger, garantizar



y desarrollar los derechos humanos y en especial los tratados, convenios y convenciones que haya ratificado, es responsabilidad de todos los órganos del Estado, respetar las obligaciones contraídas a nivel del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Esto queda claro en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*³³ “Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de sus competencias todas las autoridades y órganos de un Estado Parte de la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014b, párr. 497).

La Corte IDH observando que el control de convencionalidad, por su pertinencia en temas de derechos humanos, sostiene que este parámetro, no solamente debe ser practicado respecto de la Convención Americana sino debe extenderse a otros tratados de derechos humanos, en este sentido se ha dado una interpretación progresiva hacia otros tratados, esto queda evidenciado en el caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala*³⁴:

[...] Asimismo este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Para, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar porque los efectos de las disposiciones de

³³ El presente caso nace en el contexto de la detenciones arbitrarias y expulsiones colectivas sumarias de personas migrantes Haitianas y Dominicanas por parte de las autoridades administrativas de República Dominicana, en los cuales se encontraban niños y niñas sin observar el proceso normado en la legislación interna. Aparte de una negativa en los procesos de nacionalización de personas que nacieron en territorio Dominicano.

³⁴ Los hechos del presente caso se refiere a la desapariciones forzadas de 26 personas registradas en un documento de inteligencia militar guatemalteco.



dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012b , párr. 330).

La Corte IDH, es muy clara cuando evidencia que el control de constitucionalidad no debe ser exclusiva de la Convención, sino más bien observando el valor fundamental que tienen otros tratados, convenios y convenciones sobre derechos humanos, es necesario que todos los órganos del Estado y los órganos de administración de justicia, deben tener muy presente todos los tratados internacionales de derechos en la aplicación de sus funciones, ya que el control se debe aplicar ex officio, para que no se menoscabe ningún derecho que este contrariando en la legislación doméstica conforme el desarrollo y la protección de estos tratados y convenios.

Sobre el modelo de control de convencionalidad la Corte IDH ha manifestado lo siguiente, en el caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*³⁵:

[...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y demás órganos vinculados a la administración de

³⁵ El caso se genera en el proceso de investigación y proceso penal seguido en contra del señor Likiat Ali Alibux, ex ministro de Finanzas y Recursos Naturales, quien fue condenado por el delito de falsificación el 5 de Noviembre del 2003.



justicia en todos los niveles (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014, párr. 124).

Los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas contribuyentes a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la Convención. De ahí resulta un argumento a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esa facultad de los tribunales, implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos, para alcanzar el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que éste se vale, entre ellos las sentencias nacionales (García Ramírez, 2011, p. 147).

Es claro como la Corte IDH no impone un modelo de control de convencionalidad en los Estados parte, más bien nos recuerda lo importante del control de convencionalidad no recae en quien lo aplique, sino que todos los órganos del Estado y en especial los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia siempre deben prestar especial importancia a los derechos humanos (tratados, convenios y convenciones) y los postulados de la Convención Americana. Con todo esto nos da a entender que, “depende ya de cada uno de los Estados la manera en que ejercen ese control de convencionalidad; que es potestad de los Estados el adoptar diferentes mecanismos que consideren adecuados para que dicho control se realice adecuadamente” (Guerra Coronel, 2016, p. 80).

Una de las competencias de la Corte IDH es la de interpretar la Convención Americana, en ese sentido dentro del Control de Convencionalidad y la eficacia interpretativa que tiene respeto del desarrollo del Sistema Internacional de Derechos Humanos. La Corte IDH; en este sentido, le da un valor fundamental e importante a la jurisprudencia que va desarrollando, de manera



progresiva sobre el alcance y protección de los derechos humanos; es decir, que el control de convencionalidad tienen un carácter vinculante, esto lo expresa en el caso Radilla Pacheco Vs. México³⁶.

[...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea; el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009, párr. 339).

La Corte IDH explica que, no solamente para hacer el control de convencionalidad se deben observar las normas de la Convención Americana, sino además tener presente la interpretación que la Corte IDH, siendo el órgano facultado para su interpretación y generar de esta manera jurisprudencia adecuada, por este motivo el poder judicial, deberá resolver con base en la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, el ordenamiento jurídico interno y los tratados, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Durante tiempo la Corte IDH, ha ido desarrollando el control de convencionalidad, como la estructura del que está constituido y el efecto que genera esta interpretación jurisprudencial, parte de ello lo ha realizado mediante jurisprudencia en el caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile³⁷

³⁶ Los hechos del presente caso se refieren al señor Rosendo Radilla Pacheco, quien era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero. El 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero.

³⁷ El presente caso se genera en el año cuando los señores Ricardo Jaime López Allendes y Karen Atala Rifo deciden terminar su matrimonio fruto del cual existen tres niñas M, V y R las cuales quedan de mutuo acuerdo que la



“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012a, párr. 284).

En este sentido no solo es necesario que las normas de los ordenamientos tengan armonía con la Convención, además que las decisiones judiciales y administrativas también lleven armonía tanto con la Convención como con la jurisprudencia que desarrolla la Corte IDH, respecto del grado de aplicación y desarrollo de los derechos humanos.

Apreciamos que el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano; ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación nacional se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante (García Ramírez, 2011, p. 128).

Dentro de las definiciones, respecto del alcance de este control de convencionalidad, que desarrolló la jurisprudencia de la Corte IDH, también podemos encontrar que, las opiniones consultivas, nos ayudan también a clarificar el alcance y desarrollo de los derechos humanos, son recomendaciones que el Sistema Interamericano realiza a los países partes, para de esta manera

madre la tuición y cuidado de las niñas, en noviembre del 2002 la señora Emma de Ramón compañera sentimental Atala comienza a convivir con ellas. En enero del 2003 el padre de las niñas interpone una demanda por tuición o custodia, la cual le es negada en primera instancia y en apelaciones, pero, en mayo de 2004 la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso presentado por el padre a quien se le concedió la custodia definitiva.



precautelar el cuidado y garantía de los derechos humanos, es decir que forman parte de los parámetros del control de convencionalidad.

Esto se ha manifestado en la Opinión Consultiva OC 21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.³⁸

Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado que los diversos órganos de Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señala en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humano, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Opinión Consultiva OC 21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 2014, párr. 31).

Es decir, el control de convencionalidad debe ser observado de manera integral y en relación a los derechos humanos, debe estar inmerso en los parámetros de aplicación, reconocimiento, protección y garantía de derechos fundamentales, en este proceso de aplicación del control de convencionalidad, como la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia, deben ser observadas las normas de la convención y la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, no obstante deben ser tomadas en cuenta las recomendaciones que se generan dentro de las opiniones

³⁸ Se dan por la el pedido de Opinión Consultiva por parte de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, respecto de la situación legal de niñas y niños migrantes y la aclaración de sus obligaciones frente a este grupo de seres humanos de acuerdo a los convenios internacionales.



consultivas, que se generan en el marco no contencioso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y de esta forma tener un sistema integral en lo que a derechos fundamentales se refiere.

El control de convencionalidad es una institución jurídica que tiene como finalidad la protección, garantía y desarrollo de derechos fundamentales, pero de manera específica la adopción y el cumplimiento de las decisiones y postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en este sentido este control de convencionalidad no sólo se refiere al cumplimiento por parte de los Estados del articulado de la Convención, sino más bien de manera integral, también del desarrollo jurisprudencial que realiza su órgano jurisdiccional, como lo es la Corte IDH, además de las observaciones y sugerencias de los informes que realiza la Comisión IDH; todas estas en pro de los derechos humanos y evitar la vulneración de los mismos.

2.6. Convenio No. 169 OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

En el marco de esta investigación es necesario remitirnos al convenio (169 OIT), para el estudio de los derechos colectivos fundamentales de los pueblos y nacionalidades indígenas y tribales, específicamente el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, que se desarrollará conforme el avance de esta investigación.

El Ecuador ratificó este convenio como garantía y protección sobre derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de la conferencia convocada en Ginebra, Suiza por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad



el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión, y que fue publicado en el registro oficial 206 del siete de junio de 1999. (Yuquilema Yupangui, 2015).

En este sentido, a noviembre del 2014, el convenio 169 de la OIT ha sido ratificado por 22 países, la mayoría de la región (Latinoamérica): “Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela, de la OIT, además de Dinamarca, España, Fiji, Nepal, Noruega, los Países Bajos y la República Centroafricana” (Organización Internacional del Trabajo , 2014), reconociendo de esta manera el pluralismo cultural y social de los pueblos, nacionalidades y comunidades que habitan dentro del territorio nacional, además del derecho que tienen a participar y decidir sobre sus territorios ancestrales y temas que puedan afectarles, frente a medidas en el campo administrativo como legislativo. En este convenio se reconoce un derecho colectivo importante y el cual es motivo de esta investigación, como es el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada.

Este convenio en sus disposiciones y principios generales sobre el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada reconoce que, es deber de los Estados “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6). En este sentido se hace referencia a que el Estado tiene como deber primordial consultar a los pueblos, comunidades y nacionalidades, sobre medidas legislativas y administrativas adoptadas por los gobiernos mediante políticas públicas; no obstante, el Estado debe crear procedimientos apropiados a las realidades particulares de las comunidades, pueblos y nacionalidades, para desarrollar y garantizar de manera óptima el desarrollo de este derecho colectivo, solo así se entenderá como un procedimiento apropiado para garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada.



Dentro del convenio también se desarrolla que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6). También se cae en la cuenta que el objetivo principal de la consulta previa, libre e informada, es obtener el consentimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades o llegar a acuerdos, después de realizar y respetar todo el proceso de buena fe y de acuerdo a las costumbre y tradiciones ancestrales.

En los temas de territorios el convenio 169 de la OIT, se enfoca especialmente sobre, la disyuntiva que existe respecto de los recursos naturales, que existen dentro de estos territorios ancestrales, los mismos que son propiedades comunitarias, pertenecientes a los pueblos, nacionalidades y comunidades, y por otro lado la contraparte, que es la titularidad de los recursos naturales que pertenecen al Estado, este tiene el deber de “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 15). Es decir, se debe realizar una consulta previa, libre e informada, en los pueblos afectados, para que conozcan los efectos y si estos perjudicarán sus territorios en su ejecución.

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

Dentro del desarrollo normativo sobre derechos de los pueblos indígenas, es importante como la organización de las Naciones Unidas construyó esta declaración, el 13 de septiembre de 2007, en donde también se desarrolla el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser



consultados. Esta declaración tiene características más específicas en el marco de consultar y adoptar las decisiones de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En el marco de este compendio de tratados, se desarrolla este derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, en los siguientes términos “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, art.19). En este sentido se observa que se deberá aplicar la consulta, pero además obtener el consentimiento de los pueblos y nacionalidades afectadas tanto en medidas administrativas como legislativas, es decir se reconoce y garantiza el derecho a la consulta previa, libre e informada así como la consulta prelegislativa.

Dentro de los proyectos extractivos de recursos naturales, dentro de sus territorios también la declaración hace referencia en el sentido que, el Estado deberá tener el consentimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas para poder ejecutar actividades de extracción de recursos naturales dentro de sus territorios “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, art.32). Es decir surge la necesidad, de obtener el consentimiento mediante la garantía de este derecho colectivo fundamental, respecto de medidas adoptadas por los Estados, en un primer momento participando en el debate de políticas públicas que puedan afectarlos, y en un segundo momento garantizando la aplicación del derecho a la



consulta previa, libre e informada, para lo cual se tomará en cuenta el consentimiento de los pueblos, nacionalidades indígenas.

2.8. Jurisprudencia de la Corte IDH: Casos Pueblo Saramaka Vs. Surinam y Pueblo Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador.

La Corte IDH dentro de su competencia hermenéutica de la Convención y en su función de garantizar, proteger y desarrollar derechos fundamentales, ha creado jurisprudencia acerca del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de pueblos y nacionalidades indígenas, en este sentido existen dos casos paradigmáticos: el caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam³⁹ y Pueblo Kichwa de Sarayacu Vs. Ecuador⁴⁰.

En el desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos es deber de los estados partes observar a los pronunciamientos que emite la Corte IDH respecto de la Consulta previa, libre e informada, respecto de los derechos colectivos, en el cual se garantiza a los pueblos y comunidades a participar dentro de los planes que van construyendo los gobiernos respetando sus formas propias de organización como deber del Estado a consultar y brindar información clara y constante, además de transmitir las observaciones que en la comunidad se tienen acerca de estos proyectos.

[...] La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha

³⁹ Este caso se genera a la vulneración de derechos colectivos a una comunidad tribal en la región superior del Río Surinam la comunidad Saramaka, dentro de estos derechos la vulneración por parte del Estado, ya que no adoptó las medidas para garantizar su derecho al uso y goce de su territorio ancestral.

⁴⁰ Este caso se genera en la República de Ecuador ya que el Estado vulneró el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada y entregó una concesión petrolera en territorio del pueblo Kichwa de Sarayacu.



comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber del Estado requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007, párr. 133).

Es decir, que los territorios que les pertenecen a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, no están sujetas a la libre voluntad del Estado, cuando se quieran ejecutar programas y políticas públicas, en el sentido que, es un derecho colectivo de estos pueblos y nacionalidades, el ser consultados, con una constante relación con el Estado, además de eso el Estado deberá tomar las medidas necesarias para que esta relación sea de buena fe y de acuerdo a sus costumbres y tradiciones dentro del campo cultural, social y organizacional y sus métodos para tomar decisiones.

Considerando que el reconocimiento a ser consultados se refiere además.

[...] El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012c, párr. 159).

Se nota claramente que el derecho de los pueblos, nacionalidades y comunidades a ser consultados, parte de un entendimiento a la pluralidad de culturas y en este caso de nacionalidades, dentro del plano democrático participativo, ya que el Estado tiene el deber de consultar y acatar las decisiones que se tomen, en el marco de la participación y la discusión dentro de los pueblo y comunidades, en este sentido la Corte IDH señala:

[...] Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, que debe responder



al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012c, párr. 186).

La Corte IDH además ha desarrollado el alcance que tiene la consulta previa, libre e informada, afirma:

[...] Asimismo la corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007, párr. 134).

Entendido que el consentimiento como resultado de la consulta previa, libre e informada es vinculante para el Estado cuando se trata de proyectos de gran escala que vayan a tener impactos dentro de los territorios de los pueblos, nacionalidades y comunidades.

La Corte hace un análisis más profundo sobre el consentimiento en ese sentido recurre a informes sobre relatorías especializadas de la ONU respecto de la afección que tienen los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas con la planificación y desarrollos de proyectos a gran escala dentro de sus territorios, desarrollando lo siguiente:

[...] El Relator Especial de la ONU determinó que: es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007, párr. 135).



En conclusión frente a las diversas vulneración de derechos colectivos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, los Estados deben observar dentro y fuera de sus legislaciones, los diferentes tratados, convenciones y convenios internacionales además la jurisprudencia internacional, es decir de manera general el bloque de constitucionalidad y también aplicar un control de convencionalidad; a los diferentes actos normativos y administrativos que se adopten frente a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatoriano y montubios, ya que existe diferentes instrumentos jurídicos que garantizan y protegen los derechos de estos pueblos, nacionalidades y comunidades, evitando de esta forma vulneración de derechos y el desarrollo pleno de derechos tanto individuales como colectivos.



Capítulo Tres: La Consulta Previa, Libre e Informada en Ecuador.

El derecho colectivo de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, a la consulta previa, libre e informada en el Ecuador, es un tema que está en el debate público entre el Estado y el movimiento indígena, ya que tiene por lo menos veinte y dos años, “ya que las primeras disputas políticas y teóricas se dieron a partir de las exigencias del movimiento indígena por el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT y de los derechos colectivos en la Constitución del Ecuador” (Simbaña, 2012, p. 5).

En este sentido, se reconoce a la consulta previa, libre e informada como un “derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados antes de que se realice un proyecto en su territorio, o se implemente una medida administrativa o legislativa que los pueda afectar” (Sociedad Colombiana de Consultoría, 2020), es decir entonces que la consulta, además de ser un derecho fundamental constituye un mecanismo de participación frente a las decisiones administrativas adoptadas por el Estado que pueda afectar sus territorios.

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

Las medidas administrativas, se refieren a las políticas públicas, planes, programas y proyectos de la administración pública⁴¹, con lo cual incluye, entre otras medidas,

⁴¹ “Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.” (Constitución del Ecuador, 2008).



los planes de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables, que puedan afectar directamente a los derechos colectivos (Carrión, 2012, p. 26).

La consulta previa libre e informada nace como un derecho fundamental colectivo de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, no obstante además es una garantía y mecanismo de democracia participativa, ya que ellos deben participar y tener acuerdos con el Estado, de acuerdo a sus necesidades y realidades, frente a la adopción de medidas tanto administrativas como legislativas. En este sentido en la discusión misma del convenio 169 de la OIT, se enfrentaron dos posiciones frente a la participación.

Mientras los representantes de los Estados y de los empleadores estaban de acuerdo en reconocer un derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pudieran afectarlos, los representantes de los trabajadores respaldaron la versión más exigente, propuesta por el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, que defendía el derecho de estos pueblos a tener el control sobre las decisiones relativas a su desarrollo (Lopera, Gloria Patricia; Dover, Robert, 2013, p. 84).

El convenio 169 de la OIT, reconoce el derecho a la consulta previa libre e informada como un derecho colectivo; y, para su aplicación efectiva, “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 5). De esta manera se reconoce, la garantía del respeto a la consulta previa como un derecho fundamental pero además, la participación de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas en temas que les afecten o que a ellos les concierne.



El derecho a la consulta previa, libre e informada, se analiza desde una doble dimensión, por un lado, es un mecanismo de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y, por otro, se configura en un derecho colectivo reconocido tanto por la Constitución ecuatoriana, como por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El derecho de consulta previa, libre e informada, es ser un derecho colectivo y de participación que tiene importancia social y política, y cuya vigencia implica el reconocimiento de su alcance y contenido de acuerdo a la normativa nacional e internacional (Carrión, 2012, p. 25).

En similar criterio la Corte Constitucional Ecuatoriana reconoce a la consulta previa libre e informada como:

Un derecho colectivo que se encuentra consagrado en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución de la República, en donde se reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, el derecho a ser consultados previamente de forma libre, informada y en un plazo razonable sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (Sentencia N. 001-17-STC-CC, 2017, p. 30).

En Ecuador, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada está reconocido y garantizado desde la perspectiva de la participación activa de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, en los temas que conciernen a estructurar políticas públicas dentro de sus territorios cuando estos pudieran afectarlos; además al ser un



Estado Plurinacional⁴², reconociendo que, dentro del territorio nacional convivimos diferentes nacionalidades y culturas, este debe respetar y fortalecer los sistemas democráticos comunitarios, así también sus prácticas y su autodeterminación; entonces la génesis de la expresión consulta previa, fórmula de compromiso entre la participación y la autodeterminación (Lopera, Gloria Patricia; Dover, Robert;, 2013, p. 84), de esta forma para la aplicación correcta e idónea del derecho colectivo a la consulta previa, es necesario desarrollar ciertos principios fundamentales como por ejemplo el de buena fe, y aplicar procedimientos apropiados respetando las prácticas ancestrales propias de cada pueblo, nacionalidad o comunidad.

Es necesario acotar que, la Constitución del Ecuador reconoce además de la consulta previa, libre e informada a pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubios (artículo 57 numeral 7), otros tipos de consulta, que es necesario anotar, para identificar y diferenciar entre las mismas, ya que gozan de características específicas, y al mismo tiempo solventar confusiones que se puedan dar entre estas características, que puedan compartir entre las diferentes consultas que reconoce el ordenamiento jurídico.

En la Constitución Ecuatoriana, en el artículo 57 sobre derechos colectivos de pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, reconoce el derecho colectivo a la consulta prelegislativa en su numeral 17, la misma que en palabras de la Corte Constitucional del Ecuador señala que, “la consulta prelegislativa es un auténtico derecho constitucional colectivo y no solo un elemento formal” (Sentencia N. 001-17-STC-CC, 2017, p. 31).

⁴² “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.” (Constitución del Ecuador, 2008).



Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador, considera que:

La consulta prelegislativa como derecho colectivo está dirigida exclusivamente hacia las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos por la aplicación de una ley (Sentencia N. 001-17-STC-CC, 2017, p. 31).

Otro tipo de consulta reconocida en la Constitución del Ecuador es, la consulta ambiental, la misma que podemos encontrar en el artículo 398, la misma que se ha desarrollado y clarificado dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Ecuatoriana, quien señala:

Esta difiere de la previa y prelegislativa; toda vez que ésta se direcciona hacia la comunidad frente a una decisión estatal que pueda afectar al ambiente, es decir en este tipo de consulta se enmarca toda la ciudadanía.

Aquellos denota la naturaleza difusa de este tipo de consulta puesto que no solo esta direccionada hacia pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatoriano y montubios sino esta direccionada hacia toda la población en general que se pudiere ver afectada en materia medioambiental por una decisión o autorización estatal; debiendo este valorarla de acuerdo a los criterios establecidos en la ley y en instrumentos internacionales de derechos humanos (Sentencia N. 001-17-STC-CC, 2017, p. 32).

Se observa que puede existir una confusión entre la consulta de carácter ambiental y el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, hay que diferenciar que la primera tiene un carácter general (toda la ciudadanía que puedan ser afectados ambientalmente), la segunda se refiere específicamente a un derecho colectivo, es decir solamente debe ser aplicado o puede ser



exigido por las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, que se vean afectados tanto cultural, social y ambientalmente dentro de sus territorios.

Finalmente la Constitución del Ecuador reconoce el artículo 104, un mecanismo de democracia directa, como la consulta popular, que es entendida como un derecho constitucional de participación, y un mecanismo de democracia directa, en donde el pueblo como soberano, toma decisiones específicas y deliberaciones como un cuerpo electoral y legislativo, en el marco constitucional que así lo reconoce. Tratadistas también la definen como; “el acto por el cual el cuerpo electoral o el conjunto de ciudadanos con derecho a voto aprueba o desaprueba ciertas decisiones de los órganos legislativos del Estado” (Borja, 1999).

Retomando el estudio de la Consulta previa, libre e informada, cuando hablamos del principio de buena fe, por parte del sujeto consultante (Estado), el Convenio 169 de la OIT ordena de manera imperativa “ Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6). En este sentido también la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencia refiriéndose a este principio.

[...] La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales que son contrarias a los estándares internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012c, párr. 186).



Similar criterio comparte la Corte Constitucional Ecuatoriana afirmando: “la obligación de actuar de buena fe, por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes” (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010).

Este principio se encuentra reconocido en la legislación nacional dentro del instructivo para la aplicación de la Consulta Prelegislativa que se desarrolla mencionado que “durante el proceso de consulta, la Asamblea Nacional y las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los titulares de los derechos colectivos, vinculados a los temas sustantivos a ser consultados, actuarán con honradez, probidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, en clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.” (Instructivo de Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, 2012, art. 3).

Entendiendo; que, este principio se basa en la confianza que se debe generar por parte de los sujetos quienes actúan dentro del proceso y desarrollo de la consulta, no obstante es un principio en donde, el Estado es quien debe actuar de manera transparente, sin intervenir dentro de las comunidades a través de sus órganos administrativos y coercitivos durante el desarrollo del proceso, y así garantizando de manera efectiva el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Otro principio fundamental es aplicar procedimientos apropiados, respetando las prácticas, costumbres y tradiciones ancestrales propias de cada pueblo, nacionalidad o comunidad, dentro de este marco el Convenio 169 ordena que se debe “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez



que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6).

El Estado al ser quien aplica, los mecanismos para garantizar el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, “debe acordar con las comunidades los procedimientos, tiempos, espacios y contenidos de la consulta, garantizando que escojan a sus representantes de manera autónoma; construir la metodología culturalmente adecuada y en conjunto con los pueblos indígenas” (Grueso Castelblanco, 2011, p. 21).

La Corte IDH, dentro de su desarrollo jurisprudencial respecto de este principio, de creación de procedimientos apropiados respetando las costumbres y tradiciones de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas señala:

[...] Que la expresión “procedimientos apropiados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] naturaleza de las medidas consultadas”. Así, tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012c, párr. 202).



La Corte Constitucional Ecuatoriana también se ha pronunciado sobre este tema, sosteniendo que:

El respeto a la estructura social y a los sistemas de autoridad y representación de los pueblos consultados. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 54).

El respeto por parte de los Estados consultantes, al principio de aplicación del procedimientos apropiados de consulta, tiene que ver, en la aplicación misma del derecho a la consulta previa, ya que los lineamientos y matrices preestablecidas por los órganos del Estado, deben tener una dinámica de adaptación y respeto, a cada una de las costumbres y tradiciones de cada pueblo, nacionalidad y comunidad indígena, es decir no debe haber una imposición por parte del Estado, para que exista un verdadero y efectivo desarrollo del derecho colectivo de consulta previa.

La consulta previa, libre e informada al ser una institución jurídica y un mecanismo de participación frente a medidas administrativas por parte del Estado y un derecho colectivo está configurada por elementos sustanciales tales como:

La libre determinación como elemento primordial para el respeto y ejercicio de los derechos colectivos; el respeto a la territorialidad, derecho sustentado en la reconstitución de los territorios ancestrales, el reconocimiento a la preexistencia las naciones y pueblos indígenas originarios y el derechos ancestral sobre sus territorios; el respeto y reconocimiento a las estructuras orgánicas, lo que implica la restitución de autoridades indígenas originarias y el fortalecimiento de las



capacidades organizativas; el respeto y reconocimiento de las normas y procedimientos propios a través del ejercicio de la democracia comunitaria (Bascopé Sanjinés, 2010, pp. 46-48).

Entendiendo que el derecho colectivo a la consulta previa libre e informada, nace como un mecanismo de participación, control e intervención; y como un derecho colectivo fundamental, frente a medidas tanto administrativas como legislativas adoptadas por los órganos estatales dentro de sus territorios, en este sentido amparados en principios reconocidos, como el de plurinacionalidad y autodeterminación, el Estado, siempre debe actuar de buena fe, respetando las formas de organización y toma de decisiones de acuerdo a sus costumbres y tradiciones ancestrales; además es quien debe implementar, escuchar y acatar las decisiones, argumentos y cuestionamientos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, frente a estas medidas dentro de sus territorios.

3.1. La Consulta Previa, Libre e Informada en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se reconoce el derecho colectivo de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, a ser consultados de manera previa, libre e informada, por parte del Estado en planes a gran escala, que vayan a afectar dentro de sus territorios, respecto de temas ambientales y culturales, la constitución reconoce los derechos colectivos en el artículo 57.⁴³

En específico en su numeral 7, se reconoce, el derecho que tienen todos los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, a“ la consulta previa libre

⁴³ “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:” (Constitución del Ecuador, 2008).



e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá a la Constitución y a la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 57).

Se observa claramente el derecho a la consulta previa, libre e informada que tiene los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, a ser consultados de buena fe y con un plazo razonable, sobre los planes que tiene el Estado, en política extractiva, que afecten el medio ambiente y el patrimonio cultural estos pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, dentro de sus territorios.

La Constitución cuando se trata del consentimiento, el cual debe ser otorgado después de las deliberaciones y la participación de los miembros de las comunidades de manera asamblearia, conociendo de manera transparente tanto los beneficios como las consecuencias de los planes que se quieran implementar dentro de sus territorios; se remite a leyes internas del Ecuador.

En el ordenamiento jurídico interno del Ecuador respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, la Constitución nos remite a tres importantes leyes que abordan el desarrollo normativo acerca de este derecho colectivo, como es la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, la Ley de Minería y el Código Orgánico del Ambiente.

Estas normas desarrollan de manera más específica el derechos a la consulta previa, libre e informada en el Ecuador, primero tenemos la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, la cual



desarrolla este derecho en sus artículos 81⁴⁴ y 82⁴⁵, los cuales ordenan el procedimiento y las medidas a adoptar por parte del Estado en aplicación de este derecho colectivo, en el mismo sentido que la Constitución.

No obstante, en lo que se refiere al consentimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades, la ley ordena que “si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana.” (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, 2010, art. 83).

⁴⁴ “Art. 81.- Consulta previa libre e informada.- Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable. Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley.” (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, 2010)

⁴⁵ “Art. 82.- Consulta ambiental a la comunidad.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, para lo cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes.” (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, 2010)



En la Ley de Minería, de manera similar el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada en armonía con la Constitución del Ecuador, se desarrolla en su artículo 87⁴⁶ y 90⁴⁷, dentro del mismo se observa que respecto del consentimiento de las comunidades ordena “En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial”. (Ley de Minería, 2009, art. 87). Es necesario precisar, que en los artículos que respecta a procesos de participación, consulta e información (artículo 87) de la Ley de Minería, se nota claramente que se deja de lado como destinatarios de estos derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Teniendo como referente el artículo noventa de la ley minera, en lo que se refiere a un proceso especial para consultar a los pueblos, la misma norma nos remite al artículo 398⁴⁸ de la Constitución, el mismo que se refiere a la consulta ambiental de carácter general y no tiene nada

⁴⁶ “Art. 87.- Derecho a la información, participación y consulta.- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada. Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero. En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial. Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras. Para todo proceso de consulta, el ministerio de finanzas, proporcionará el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial.” (Ley de Minería, 2009).

⁴⁷ “Art. 90.- Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.- Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.” (Ley de Minería, 2009).

⁴⁸ “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 adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008).



que ver con el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, en este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado:

La primera impresión que genera la norma en cuestión es la implementación de una excepción a toda actividad minera que se pretenda desarrollar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En efecto, es evidente que la voluntad del legislador fue dotar de un procedimiento especial a las consultas y actividad minera que se desarrolle en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; sin embargo, esta intención adolece de un grave problema que podría acarrear una eventual vulneración a derechos colectivos. Primero, la ausencia de un acto normativo que desarrolle dicho procedimiento; y segundo, lo más grave, somete dicho procedimiento de consulta al artículo 398 de la Constitución.

Tal como lo mencionó esta Corte en líneas anteriores, la remisión que hace el artículo 90 de la Ley de Minería a la consulta prevista en el artículo 398 de la Constitución, es errónea, puesto que se trata de una consulta en materia ambiental atinente a la comunidad en general, y bajo ningún sentido se relaciona con los derechos colectivos y las consultas previas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, pp. 47-48).

Por último en el Código Orgánico del Ambiente (CODA), de igual manera y en concordancia con la Constitución del Ecuador, desarrolla el derecho colectivo a la consulta previa,



libre e informada en sus artículos 8 numeral 4⁴⁹ y 184⁵⁰; de la misma forma se observa respecto del consentimiento ordena que “ si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la Autoridad Ambiental Competente”. (Código Orgánico del Ambiente, 2017, art. 184).

Se observa que en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador, la consulta previa, libre e informada es reconocida como un derecho colectivo, no obstante en su aplicación y garantía del mismo derecho, se la toma como un procedimiento administrativo, ejecutado por las instituciones sectoriales (ministerios), en el sentido de que es un requisito a cumplir, para que no exista vulneración de este derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Con respecto a las decisiones adoptadas de manera participativa por parte de los pueblos, nacionalidades y comunidades, en decir el consentimiento y el carácter vinculante de la consulta, previa libre e informada y las decisiones adoptadas, no son observadas ni respetadas por parte del Estado, ya que según las leyes secundarias que desarrollan este derecho de los pueblos y comunidades indígenas, afroecuatoriana y montubias, a las que nos remite la constitución, las cuales regulan el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada respecto del

⁴⁹ “Art. 8.- Responsabilidades del Estado. Sin perjuicio de otras establecidas por la Constitución y la ley, las responsabilidades ambientales del Estado son:

4. Garantizar la participación de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, normas y de la gestión ambiental, de conformidad con la Constitución y la ley;” (Código Orgánico del Ambiente, 2017).

⁵⁰ “Art. 184.- De la participación ciudadana. La Autoridad Ambiental Competente deberá informar a la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como de los posibles impactos socioambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar. La finalidad de la participación de la población será la recolección de sus opiniones y observaciones para incorporarlas en los Estudios Ambientales, siempre que ellas sean técnica y económicamente viables. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la Autoridad Ambiental Competente. En los mecanismos de participación social se contará con facilitadores ambientales, los cuales serán evaluados, calificados y registrados en el Sistema Único de Información Ambiental.” (Código Orgánico del Ambiente, 2017).



consentimiento, se observarán las resoluciones motivadas por parte de las autoridad competente y de los ministerios del rango, sobre las decisiones legítimas sobre sus territorios, es decir sobre las verdaderas necesidades y realidades de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas.

3.2. Características.

El derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, al ser una institución jurídica importante para la supervivencia de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, tiene sus características propias, las mismas que son previa, libre e informada.

3.2.1. Previa.

Una de las características fundamentales del derecho a la consulta previa, libre e informada, es su aplicación anterior (previa) a las medidas administrativas y legislativas, para garantizar la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades y el conocimiento de las consecuencias, que las medidas puedan acarrear en sus territorios; además, obtener o no el consentimiento consensuado por parte de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas.

El Convenio 169 de la OIT, desarrolla esta característica, cuando menciona que al aplicar el derecho a la consulta previa, libre e informada “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6), “la consulta previa, libre e informada debe ser anterior a la adopción y la aplicación de estas medidas” (Grueso Castelblanco, 2011, p. 21). En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala esta característica cuando la aplicar el derecho a la consulta mediante sus sistemas representativos, este debe ser “antes de adoptar y aplicar medidas



legislativas o administrativas que los afecten.” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, art. 19).

Respecto de las características que forman parte de este derecho colectivo, la Corte Constitucional Ecuatoriana, ha desarrollado pautas mínimas para la aplicación de la consulta previa, libre e informada, en donde señala, “el carácter previo de la consulta, ya que, todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera” (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 54).

En este sentido lo previo “tiene que ver con el tiempo suficiente (sin limitación o injerencia externa) que permita la recopilación de la información suficiente y el debate de los temas a ser consultados” (Carrión, 2012, p. 28), el Estado es quien debe “fortalecer y transparentar los impactos y consecuencias de las medidas que adopten, la consulta previa realizada tanto en un acto administrativo, debe realizarse en todas las fases previas a su adopción y todas las fases de ejecución del proyecto o aprobación de las normas” (Carrión, 2012, p. 28).

Se considera que la consulta debe ser también permanente “porque no basta que se haga de forma previa, sino que la consulta debe efectuarse de forma continua permitiendo la participación en todos los niveles como la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen” (López Abad , 2016, p. 26).

Dentro de los temas extractivos esta característica es fundamental, ya que es una necesidad llevar a cabo el proceso de consulta previa, “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes dentro de territorios indígenas” (Sociedad Colombiana de Consultoría, 2020, p. 6); ya que una de las críticas al Estado y a las grandes empresas petroleras y mineras es que en muchos casos no se efectuó la consulta previa,



libre e informada ya que las poblaciones afectadas se enteraban de las actividades al inicio de las obras; en otros casos fueron las empresas quienes efectuaron estas consultas como meros actos informativos (Schiling-Vacaflor, Almut; Flemmer, Ricarda, 2013).

Entendiendo que la característica de previa, se refiere a la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada, como una característica temporal de acceso y participación sobre la información que brinda el Estado, sobre las consecuencias y las afectación en el plano ambiental, territorial y cultural, de esta manera con las deliberaciones y debates comunitarios, construir la decisión que se adopte, por lo tanto el consentimiento, será en base a información clara y que beneficie a la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, afroecuatoriana y montubia.

3.2.2. Libre.

El convenio 169 de la OIT señala que se deben “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6). Es decir, en el Convenio se garantiza que los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, participaran libremente, ante los entes administrativos del Estado, frente a medidas que les puedan afectar.

Afirma la Corte Constitucional Ecuatoriana, al desarrollar esta característica que debe existir:

Definición previa y concertada del procedimiento, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente



convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 54).

Considerando que los titulares del derecho a la consulta, “no deben ser objeto de ningún tipo de coerción, intimidación, presión y manipulación externa como ciertos incentivos monetarios, mecanismos de fragmentación de las comunidades y tácticas de división” (López Abad , 2016, p. 26), ya que el Estado es el garante del cumplimiento de esta característica en todo el proceso de consulta, lo cual implica, “el respeto a los procesos internos de cada pueblo, nacionalidad o comunidad indígena desde sus tradiciones propias” (Carrión, 2012, p. 28).

El derecho a la consulta previa, libre e informada tiene, como una de sus características, es que sea llevada de manera libre por parte de las comunidades, pueblos o nacionalidades como sujetos parte de esta consulta frente al Estado, quien es el que aplica y garantiza este derecho para obtener o no el consentimiento, para la implementación de medidas administrativas que puedan afectarles, en este sentido esta característica tiene relación íntima con el principio de buena fe por parte del sujeto consultante, es decir que no intervenga en las organizaciones comunitarias, con ofrecimientos, coerción o amenazas tanto a los miembros de estas organizaciones, como a los líderes de las mismas.

3.2.3. Informada.

Esta característica del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, tiene que ver con la transparencia en la información y las condiciones de esta, la cual se les brinda a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, respecto de las medidas administrativas que puede adoptar el Estado y que puedan afectarlos, es decir con todos los elementos necesarios para la toma de una decisión (Grueso Castelblanco, 2011).



La Corte Constitucional afirma, acerca del carácter público e informado de la consulta, “que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios” (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010).

Esto tiene que ver también con “el acceso oportuno a la información amplia y necesaria para conocer el alcance de las medidas a ser adoptadas” (Carrión, 2012, p. 28). Es decir “de esta manera sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, la información debe ser objetiva y completa” (López Abad , 2016, p. 27).

Respecto de esta característica James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas señaló:

Uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que ésta sea informada, es decir, que los pueblos indígena, sus comunidades y al menos un número significativo de sus miembros tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones de la reforma constitucional, solicitar información adicional o asesoramiento técnico. Dicha información presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen, e irá acompañada de toda la documentación relevante, especialmente los instrumentos internacionales relevantes (Relator Especial de Naciones Unidas , 2009, pàrr. 46).

La Corte Constitucional Ecuatoriana, en un razonamiento análogo afirma que:

El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT, la



consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes. (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 54)

Respecto de esta característica mínima, Carrión (2012), señala que:

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

La información que se proporcione tiene que necesariamente presentarse en el lenguaje originario de las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades consultadas pero, además debe hacérselo de forma comprensible y lenguaje accesible para garantizar que la información pueda ser comprendida por todos y todas (p. 29).

Es decir que la consulta previa, libre e informada al ser un derecho colectivo que tiene que ser aplicado y garantizado por los Estados frente a las comunidades, está compuesta por particularidades y características mínimas, estos lineamientos se han desarrollado dentro de los ordenamientos jurídicos internos como en los instrumentos internacionales los mismo que deben ser acatados y respetados por el sujeto consultante, es decir que debe gozar de una anterioridad (previa), también no debe haber ningún tipo de interferencia, coerción o amenaza (libre) además de brindar transparentemente la información oportuna y necesaria (informada), acerca de las medidas administrativas adoptadas por parte del Estado.



3.3. Parámetros.

3.3.1. Propósito y Objeto.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, art. 19).

En coincidencia a este mismo punto en discusión, el Convenio 169 de la OIT señala que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 6).

El propósito fundamental del derecho a la consulta previa, libre e informada es la participación directa de las comunidades pueblos y nacionalidades, sobre medidas administrativas que adopte el Estado, fundamentalmente las que afecten dentro de sus territorios, para garantizar este derecho colectivo es primordial que el Estado llegue en un primer momento a celebrar acuerdos y fundamentalmente a obtener el consentimiento por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, respetando y garantizando su permanencia en estos territorios y el principio de plurinacionalidad.

En armonía con este tema López (2016) afirma, citando a Tamariz (2013):

La consulta es de gran relevancia e importancia en especial para las comunidades indígenas y nacionalidades titulares de derechos colectivos garantizados por el



Estado. A través de la consulta se cumple con el deber primordial del Estado de defender el patrimonio natural y cultural, protegiendo el medio ambiente, promoviendo la participación ciudadana, garantizando el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y garantizando la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

La Consulta previa es un derecho colectivo creado como una garantía a los pueblos indígenas para que permanezcan viviendo de acuerdo a su propia organización política y social en sus territorios. Este derecho está profundamente relacionado con el derecho al territorio y la libre determinación consagrado en la carta magna que también reconoce que el Ecuador es un Estado Plurinacional (p. 28).

Tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT, y respetando el derecho a la libre determinación, el principal objetivo de la consulta previa, libre e informada es obtener el consentimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, respecto de medidas administrativas que se vayan a adoptar, por parte del Estado, es decir, “a través de la consulta no se intenta, captar un permiso o un acuerdo sino la oportunidad de que los pueblos interesados puedan participar activa y libremente en la formulación, evaluación y dirección de los programas que puedan afectarlos” (López Abad , 2016, p. 29).

Dentro de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, nos aclara cuando es obligación del Estado obtener el consentimiento previo, libre e



informado, en los siguientes casos: cuando se requiera el desplazamiento o traslado de sus tierras y en caso de depositar material peligroso en sus territorios.⁵¹

La Corte IDH clarifica sobre el carácter vinculante del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas sobre medidas adoptadas por parte del Estado en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam señala:

[...] Asimismo, La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007, párr. 134).

Es decir que respetando el derecho a la libre determinación de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, y el Estado Plurinacional que reconoce la Constitución del Ecuador, es uno de los propósitos de la consulta previa, libre e informada, es la participación activa de los pueblos indígenas en la formulación, evaluación y dirección de medidas que vaya a adoptar el Estado y que puedan verse afectados dentro de sus territorios respecto de su cultura y medio ambiente.

En este sentido el principal objetivo de la consulta previa, es el obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, respecto de medidas administrativas adoptadas por el Estado, este consentimiento es obligatorio especialmente en medidas o proyectos a gran escala que amenacen

⁵¹ Art 10 y 29 numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas



de manera inminente temas relacionados con territorio, cultura y medioambiente, de acuerdo a los tratados internacionales, y a la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, la misma que es vinculante para los estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.3.2. Procedencia.

Dentro de los derechos colectivos reconocidos en el artículo 57 de la Constitución del Ecuador, específicamente en su numeral 7, nos señala los presupuestos para la procedencia del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas; cuando señala que “ La consulta previa, libre e informada, dentro de una plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente;” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 57).

Al respecto señala López (2016), citando a Tamariz (2013):

La consulta procede no sólo cuando exista peligro inminente sino cuando haya impacto o lesión a la comunidad o al ambiente, como consecuencia de la actividad que pretendan realizar las autoridades o las empresas privadas concesionarias de una obra pública o de recursos naturales. De manera que la intención es tutelar el derecho de las comunidades para conocer los proyectos y actividades, de manera que puedan expresar sus opiniones (p. 30).

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, también señalan, los casos que procede el derecho a la consulta previa, libre e informada, siendo estos cuando exista: la explotación de los recursos naturales que se encuentren en tierra donde habitan pueblos indígenas, la aprobación de cualquier proyecto que afecte sus



territorios u otros recursos naturales o programa de prospección, la utilización de territorios indígenas para actividades militares, los traslados de las tierras que ocupan pueblos indígenas y su posterior reubicación y almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

En este sentido restringidos los supuestos de procedencia de la consulta previa, libre e informada, son respecto de temas únicamente que tiene que ver con afecciones al medio ambiente y a su cultura, dentro de sus territorios; en proyectos extractivos de recursos no renovables, es decir no se observan la procedencia cuando se trata de medidas administrativas (planes de inversión y desarrollo a gran escala) en general que el Estado pueda adoptar dentro de estas comunidades.

3.3.3. Sujetos de Consulta

En el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de los pueblos, derechos y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, se observan dos sujetos que intervienen en la aplicación de este derecho, en este sentido un sujeto consultante que en este caso le corresponde como un deber indelegable de garantizar y desarrollar al Estado, y un sujeto beneficiario de este derecho fundamental, como lo son los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias. La constitución del Ecuador en su artículo 57 numeral 7⁵², el

⁵² “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.” (Constitución del Ecuador, 2008).



Convenio 169 de la OIT en su artículo 6⁵³ y lo en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 19,⁵⁴ señala que el sujeto consultante es el Estado.

El Estado al ser el sujeto consultante, es quien deberá desarrollar y ejecutar los procesos necesarios para garantizar este derecho fundamental de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, “no obstante celebrar las consultas no implica decidir cuáles son las organizaciones o instituciones que representan a los pueblos indígenas o tribales; de ellos es de donde debe emerger esta decisión y son ellos quienes deberán informar los nombres de sus representantes” (López Abad , 2016, p. 32). Es decir el sujeto consultante será quien garantiza este derecho, el Estado, “desde su esfera nacional a través de sus instancias competentes de acuerdo a las disposiciones, leyes y reglamentos” (Bascopé Sanjinés, 2010, p. 48), deberá en un primer momento socializar la consulta, para que las comunidades, pueblos y nacionalidades, de acuerdo a sus sistemas representativos y organizativos propios, debatan y deliberen respecto de la consulta previa, libre e informada, y en un segundo momento tomar decisiones respecto de las medidas que plantea el sujeto consultante.

Este deber del Estado se da porque en el pasado quienes realizaban este proceso eran las empresas interesadas en los proyectos especialmente en materia extractiva, como una forma de

⁵³“Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (Convenio 169 de la OIT, 1999).

⁵⁴ “Artículo 19 Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006).



legitimar y cumplir con los requisitos respecto de sus actividades en los territorios, pero en estos procesos no se cumplían en lo mínimo con los principios de la consulta previa, libre e informada ni siquiera con los de la consulta ambiental (Carrión, 2012).

Coincidiendo al respecto la constitución con los instrumentos internacionales, en donde se desarrolla el derecho a la consulta previa, libre e informada se puede observar que quienes son los actores directos, beneficiarios de esta derecho y garantía fundamental son los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afectados o en riesgo de ser afectados por la adopción de medidas por parte del Estado, dentro de sus territorios originarios (Bascopé Sanjinés, 2010).

Para identificar y definir quienes son garantizados y amparados por este derecho colectivo, es decir los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas o tribales el Convenio 169 de la OIT a definido los siguientes criterios:

“a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.



3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.” (Convenio 169 de la OIT, 1999, art. 1).

Afirmando Carrión (2012), que:

La consulta que el Estado realiza como sujeto legítimo consultante, a los sujetos consultados, debe realizarse a través de las instituciones propias u organizaciones representativas de acuerdo a mandato constitucional y a lo establecido en los instrumentos internacionales. En este sentido, el Estado no puede imponer un modelo de institución ni determinar de forma unilateral cuales son las organizaciones por medio de las cuales realizar la consulta a los pueblos, sino los propios pueblos deben definir las instituciones representativas que gozan de legitimidad para realizar la consulta. Si el proceso de consulta no logra realizarse con las instituciones legitimadas para el efecto, no se estarían cumpliendo con los requisitos establecidos en el Convenio 169 de la OIT (p. 27).

El respeto al principio de autodeterminación y plurinacionalidad por parte del Estado como garante y sujeto consultante, deberá ser responsable de garantizar y respetar el derecho a decidir mediante sus propias costumbre y tradiciones sobre democracia participativa y comunitaria de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, quienes vayan a representar dentro del proceso y garantía del derecho colectivo a la consulta previa libre e informada.

En conclusión el derecho a la consulta previa, libre e informada, debe ser analizada desde dos perspectivas, es decir como un mecanismo y una garantía frente al Estado; por un lado esa prerrogativa que tienen los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas a participar



activamente en la formulación, fiscalización y ejecución de medidas administrativas que puedan llegar a afectar o a causar una afectación inminente dentro de sus territorios.

El respeto y garantía por parte del Estado, asume como sujeto consultante a acatar decisiones adoptadas por parte de los pueblos nacionalidades y comunidades indígenas, siempre y cuando se respeten las características constitucionales y los estándares de los instrumentos internacionales de este derecho (previo, libre e informado), además de obtener el consentimiento, como objetivo fundamental de la consulta, específicamente sobre medidas de inversión y desarrollo a gran escala que puedan llegar a afectar tanto cultural como ambientalmente dentro de sus territorios.



Capítulo Cuatro: Análisis de la Sentencia del Caso del Pueblo Waorani. (No. 16171-2019-00001).

Para el desarrollo del presente análisis, es necesario partir de la realidad jurídica del país, se tiene como referencia la sentencia del caso 16171-2019-00001, una acción jurisdiccional de protección, por vulneración del Derecho Colectivo a la consulta previa, libre e informada; que nace de la propuesta planteada por la nacionalidad Waorani del Ecuador, a través de su coordinadora nacional CONCONAWEP, especialmente; y demandado al Estado Ecuatoriano.

4.1. Antecedentes.

La Nacionalidad Waorani de la provincia de Pastaza, desde el año 2015, ha logrado visibilizarse con un mapeo de la ubicación, física y territorial dentro de los territorios ancestrales amazónicos en el Ecuador, indicando que no se trata solo de tierras si no que esta nación Waorani tiene su territorio definido, de pertenencia y permanencia ancestral, intactos, que los asisten, determinando 15 comunidades Waorani, que se encuentran afectadas por el bloque 22 próximo a licitarse como son: Obepare, Daipare, Awenkaro, Teweno, Kenaweno, Toñampare, Damointaro, Nemompare, Kiwaro, Tzapino, Tepapare, Gomataon, Akaro, Tarangaro, Kemono, Titepare, dentro del Cantón Arajuno (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

La CONCONAWEP con su estatuto considera, que todas las comunidades y organizaciones asentadas en su territorio, son parte de la federación de la nacionalidad Waorani, garantiza que cada miembro se rija por su derecho propio y consuetudinario. Desde el año 2010 el Estado ecuatoriano ha anunciado rondas de licitación petrolera en una superficie de 1.3 millones de hectáreas dentro de las cuales estarían territorios de 7 nacionalidades indígenas como Achuar, Andoa, Quichwa, Sapara, Shiwiar, Shuar, Waorani y los pueblos aislados Tagaeri y



Taromenane, en el año 2012 licitan 13 bloques en la onceava ronda de la empresa Petroamazonas, mostrando interés las empresas TECPETROL, Andes Petroleum, REPSOL, en enero del 2016 se suscriben dos contratos de exploración y explotación con las empresas China National Petroleum Corporation (CNPC) y China Petrochemical Corporation (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 14).

Resurgiendo la intención del Estado, de licitar los bloques de la Ronda Suroriente, la organizaciones indígenas afectadas objetan al proyecto por una resolución de las nacionalidades y pueblos indígenas de Orellana, Pastaza y Morona Santiago firmada el 7 de febrero del año 2012, por los Presidentes de la nacionalidad Achuar, los Quichwas de Sarayacu, la nacionalidad Shiwiar, Shuar, Sapara, el pueblo ancestral de Huito, la CONFENIAE y CONAIE. En abril del año 2012 el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables ofrece un proceso de consulta previa, mediante decreto del 19 de julio del año 2012 número 1247, el cual entró en vigor a través del Registro Oficial 759 publicado el 2 de agosto de 2012 en el que se reglamenta, la consulta previa para los procesos de licitación de los bloques hidrocarburíferos, en este decreto presidencial no reúne disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Del decreto 1247 restringe derechos colectivos de consulta previa, libre e informada, reduciendo a un procedimiento formal, no garantista que desvirtúa el espíritu y propósito de la consulta, omite incluir información respecto de los posibles perjuicios sociales, irrespetando los mecanismo autónomos y diferenciados de los pueblos indígenas, con respecto a medidas a ser adoptadas, tampoco menciona tema alguno sobre el consentimiento previo de las comunidades. Tratándose de una consulta no vinculante, desconociendo el propósito del alcance la consulta previa, ya que el decreto 1247 no fue sometido a consulta o participación de las comunidades o



pueblos que resultan afectados, pretendiendo restringir este derecho constitucional prescrito en el artículo 57 numeral 7 de la norma suprema.

En febrero del año 2018, el presidente de la República Lenin Moreno, reabre la ronda petrolera del suroriente, para el segundo semestre de ese año con la modalidad de contratos de participación, menciona el ministro de hidrocarburos Carlos Pérez García, para octubre del año 2018 realizar en Quito, el treceavo encuentro anual de energía, minería y petróleo con perspectivas de inversión, considerados estratégicos para el país, insistiendo en la ronda petrolera suroriente y la licitación de los bloques 86 y 87, en la que la CONAIE a través de su vocero rechazaron dicha licitación por considerar que se estaban vulnerando sus derechos, en especial a la consulta y consentimiento libre previo e informado. En mayo de 2018, las comunidades Waorani de Pastaza reunidas en asamblea decretan su autodeterminación, respaldando a las autoridades ancestrales en las que declaran el territorio libre de actividades extractivas, la no venta del territorio, y consideran innecesarios los procesos de consulta por no garantizar su real objetivo que es el otorgar su consentimiento, lo que habría llevado a dividir, confundir y el malestar dentro de las comunidades (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Con esta acción constitucional se indica la violación de los derechos colectivos, con la mal llamada consulta previa para la ronda petrolera 11 teniendo falencias, consecuencias y amenazas, en el proceso de aplicación de la consulta que no tiene estándares internacionales; calificando de ineficaz y contraria a la constitución, y la obligación del Estado, en un enfoque de derechos humanos, como son los derechos de la naturaleza, autodeterminación consagrados en la Constitución en los numerales 1,7 y 9, al ser una amenaza respecto al territorio de las comunidades como determina la constitución en el artículo 57 numerales 1,4,5,8,9,11,12 y 13; y,



los derechos de la naturaleza, y del numeral 7 del artículo 57, indicando que el proceso de consulta no cumple los estándares a decir en el decreto 1247, referente a la consulta previa en cuanto carece de estos estándares de tratados internacionales, irrespetando el consentimiento, la interculturalidad, la estructura interna de la comunidad y excluyendo de este proceso a sus autoridades ancestrales como los Pikenani, pretendiendo que con una sola reunión afirmar el mecanismo de consulta para acelerar la explotación petrolera (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 16).

De este proceso se desarrolla que el Estado Ecuatoriano implementó procedimientos desde 25 de julio del año 2012 con talleres de socialización, así como audiencias públicas como en el caso de la comunidad Toñampare y Kiwado, dirigida por una facilitadora del Ministerio de Ambiente, que en tan solo seis horas, se realizaron dos audiencias y se tomó la decisión acerca de la explotación petrolera en el bloque 22, afirmando que en menos de un mes se realizó el procedimiento de consulta previa. Indicando que los titulares del derecho no deben ser limitados, como manipulados, existiendo intimidación, presión con la realización de reuniones de las que no se informaron detalladamente con recursos lingüísticos propios acerca de los temas de licitación, exploración y explotación de los recursos no renovables, desprendiéndose del resultado del resultado de registro y asistencia, no es de respaldo para promover la extracción petrolera de la nacionalidad Waorani (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Llegando a concretar en la petición de la demanda constitucional, los accionantes en representación de la Comunidades y Pueblos Indígenas directamente afectadas, a que se regule ese derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares internacionales, garantizando la ejecución de procesos y protocolos culturalmente adecuados



según cada pueblo costumbres, normas y tradiciones indígenas con metodología tradicional para la toma de decisiones de cada pueblo, en base al marco internacional observado en la sentencia de la Corte IDH del caso del pueblo de Sarayaku vs. Ecuador, para lo cual han promovido la prevención para abstenerse de nuevas licitaciones, concesiones y asignaciones en proyectos extractivistas hasta que no se cumpla con los estándares del derechos a la consulta y consentimiento previo.

En el análisis de la presente sentencia es necesario observar los testimonios que constan dentro del caso en concreto, por parte de expertos que conocen y han investigado acerca de costumbres ancestrales y formas de organización dentro de los territorios y de las comunidades Waorani, en este sentido se hace un informe donde se analiza la aplicación y ejercicio del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada en el proceso de licitación del bloque 22, en la ronda Suroriente de actividades de extracción petrolera:

Testimonio de la Antropóloga Catalina del Carmen Campo Imbaquingo, la misma que señala, que dentro de una investigación en la parroquia Curaray, zona que se encuentra el bloque 22 y las comunidades Waorani afectadas por el proceso de extracción de hidrocarburos en la cual analiza tres aristas:

Una de antecedentes que tiene un acercamiento de la cultura Waorani, un segundo que es el estudio comparativo en sí mismo con las variables de relacionamiento con el territorio, salud, educación, actividades productivas, autonomía, relacionamiento con las empresas petroleras, y organización sociocultural; y un tercer momento se centra en el análisis de los elementos de la consulta previa y de los elementos



cultural y territorial de la misma para específicamente el territorio Waorani (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 29).

En este contexto cabe observar que, dentro de este testimonio y de la investigación realizada por parte de la antropóloga Campo, los estudios y resultados que ha obtenido después de la convivencia en territorio acerca de su cultura y tradiciones ancestrales, así también y no menos importante, la organización social y cultural y la forma de adoptar medidas y tomar decisiones por parte de sus autoridades ancestrales, legitimadas mediante la democracia comunitaria, en este sentido señala que la organización tradicional Waorani es una organización clánica en donde hombres y mujeres tienen ejercicios de poder y relacionamiento de toma de decisiones que no se da en una cita (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Además señala acerca de las autoridades, dentro de esta estructura clánica son los Pikenani

Que en la organización sociocultural el Pikenani es una figura de sabiduría que no solo nos habla del conocimiento del territorio, esta facilidad de movilizarse en el territorio y de estas relaciones de paz y conflicto que se tienen en los territorios Waorani está muy relacionado con el tema clánico, el Pikenani habita en una comunidad, pero tiene una jefatura e importancia clánica, es una autoridad clánica, mientras que la comunidad tiene un presidente que no necesariamente es un Pikenani y es el interlocutor con occidente con nosotros los cowore, que no necesariamente es quien toma la decisión, la toma de decisiones como qué es un compilado de lo que se vive en el cotidiano y no tiene temporalidad y al final es procesado por los Pikenani, el tema clánico es interesante no es como nosotros nos juntamos tomamos un café y resolvamos esto, para los Waorani la toma de



decisiones tienen como un equiparamiento de género entre hombres y mujeres y se da en estos espacios (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 30).

Entendido de esta manera que la organización social y cultural de los Waorani no tiene ninguna relación con las formas de organización social y cultural occidental, es decir no se maneja la democracia representativa, más bien la organización clánica y su forma de vivir en constante movimiento por los diferentes territorios, les lleva a que las decisiones sean tomadas de manera participativa dentro de las comunidades, estas decisiones son consensuadas y adoptadas por sus autoridades, las mismas que se legitiman por sus conocimientos del territorio y de la madre tierra que son los Pikenani, mas no los que por el formalismo frente al Estado, como son los representantes de la NAWE la cual nace a partir de una necesidad de tener un interlocutor para que pueda conversar con el Estado y la petrolera, a partir de ellos hay un financiamiento grande de Maxus y un apoyo técnico para formar esta organización y elegir a varios Waorani, los eligen unilateralmente para que sean los que representan a nivel organizativo (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Por otro lado representando al Estado como legitimado pasivo, sus delegados argumentaron que, el Estado Ecuatoriano en legítimo derecho a dar contestación a la acción constitucional en su contra a través de sus representantes legales correspondientes, como en el Ministro de Energía y Recursos Naturales no Renovables, argumenta que han venido cumpliendo con los parámetros determinados en la legislación tanto nacional como internacional, para cumplir con todo respecto de la consulta previa, libre e informada en la licitación del bloque 22, se argumenta que respecto a la consulta, que en 30 días no se pudo recoger los criterios de las comunidades y que se debían observar correctamente los parámetros nacionales como internacionales, sosteniendo que todos han aplicado este procedimiento en territorio al realizar un



diagnóstico socioambiental con temas referentes a la cultura con las comunidades asentadas en territorio, así como identificando a los actores siendo ellos los legitimados, considerando que para él informe socioambiental existían dos entidades en territorio la NAWE y la CONCONAWEP, habiendo realizado sus primeros acercamientos con la primera organización para ingresar al territorio sin causar daños a la comunidad, frente a los actos que se realizaron para la consulta, en donde se entra para iniciar el diálogo y aplicar la consulta mediante acuerdos con la comunidad (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

En el argumento por parte de la defensa del ministerio del Ambiente indica que el Estado ecuatoriano no ha vulnerado el derecho a la consulta previa y el derechos a la autodeterminación indicando que la Secretaría de Hidrocarburos ha desvirtuado hasta la saciedad con la reproducción de videos y afirma que el ministerio del Ambiente participó del componente ambiental en este proceso de consulta previa para la ronda suroriente bloque 22, en la que participaron en tres audiencias en las comunidades de Arajuno, Toñampare y Kiwado, en donde se les había explicado la normativas referentes a la constitución y al decreto 1247, correspondiendo a este ministerio el apoyo técnico ambiental en el proceso de consulta previa en el que se había explicado sobre las actividades de explotación, normas técnicas, etapas, características ambientales de la industria hidrocarburífera a realizarse a futuro refiriéndose a la Ley de Gestión Ambiental que regía en el año 2012 (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Con los antecedentes, los testimonios que son resultado de investigaciones por parte de expertos y los argumentos del Estado mediante sus representantes y delegados, de esto podemos señalar que nace un problema jurídico en concreto, ¿ existe o no vulneración del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, en el marco de su aplicación en la ronda petrolera suroriente, específicamente a la comunidades Waorani dentro del bloque 22?.



Para dar respuesta a esta interrogante y al problema jurídico generado en este caso en concreto, se analizará los argumentos y la motivación en el marco de las sentencias emitidas por el tribunal de garantías penales del Cantón Pastaza y de la sala multicompetente de la corte provincial de Pastaza, en torno al problema jurídico antes planteado dentro del caso del pueblo Waorani.

4.2. Motivación y argumentos del Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Pastaza.

Dentro de la sentencia del tribunal de garantías penales con sede en el cantón Pastaza, podemos encontrar como los jueces realizan un análisis, sobre temas sustanciales respecto del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, el tribunal de garantías penales del Cantón Pastaza, hace alusión a la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cuando señala:

Que los indígenas tienen derechos, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos, por tanto son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, tienen derechos a la libre determinación, tienen derechos a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con asuntos internos y locales, tienen derechos a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado, dispones que si los Estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y ampliar medidas



legislativas y administrativas que los afecten para obtener su consentimiento libre, previo e informado (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 54).

En este estudio se llega a establecer que, existen dos instituciones que deben ser tomadas en cuenta a la hora de realizar y garantizar el derecho a la consulta previa libre e informada por un lado la autodeterminación, que para las nacionalidades indígenas, es como la libertad para los individuos, en concreto, es un derecho fundamental para su existencia, es decir este derecho está estrechamente vinculado a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, como requisito indispensable para la existencia permanente de dichos pueblos en el mundo entero, de esta forma todo esto relacionado con el principio que reconoce la constitución del Ecuador de plurinacionalidad.

Teniendo que no es menos importante el fortalecimiento y respeto a la instituciones democráticas representativas que tienen específicamente las nacionalidades y comunidades indígenas, es decir, el fortalecimiento de instituciones y estructuras de autogobierno de los pueblos indígenas, es un paso importante hacia su empoderamiento, con el fin de que asuman el control de sus propios asuntos en todos los ámbitos de la vida y para velar por que los procesos de desarrollo sean coherentes con sus propios esquemas culturales, valores, costumbre y cosmovisiones.

El tribunal señala que dentro del proceso de consulta previa, libre e informada a las comunidades del pueblo Waorani ubicadas dentro del bloque 22 no se consultó respetando estas instituciones representativas ya que:

Específicamente en las comunidades en las que se dice se han realizado la consulta previa, libre e informada, no existe registro alguno que demuestre que con los Pikenani-Awene (máximas autoridades) se haya conversado para el ingreso a las



comunidades, tampoco se realizó con ellas el cronograma para ejecutar las diferentes actividades relacionadas con la consulta previa, libre e informada, mucho menos se estructuró con ellos la metodología a aplicarse en este proceso, tampoco se observaron los tiempos culturales propios de estas comunidades al elaborar el cronograma; no se tomó en cuenta en cada una de las especificidades que tiene este importante grupo humano que es de reciente contacto (50 años), sino que se limitó a dialogar con la NAWA, que es una institución privada considerada como un interlocutor entre la nacionalidad Waorani y el estado-instituciones (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, pp. 57-58).

Entonces, en este caso en específico, no se respetó un principio sustancial de la consulta previa, libre e informada, ya que como sostengo en páginas anteriores, uno de los principios de este derecho fundamental es el respeto a la autoridades representativas propias de los Waorani, es decir no se consultó, ni se acordó con estas autoridades representativas propias, de acuerdo a sus costumbre y tradiciones, ni los tiempos, ni la metodología; y mucho menos se habló de acuerdos o del consentimiento acerca de la actividad que se iba a desarrollar en sus territorios.

Acerca de este tema la Corte Constitucional Ecuatoriana sostiene que:

Los representantes indígenas en los organismos oficiales, sea por la vía de elección popular o vía designación, no constituyen autoridades de los pueblos indígenas, en consecuencia, tampoco representan únicamente a los pueblos indígenas; siendo necesario tener presente que no por la presencia de representante indígenas en la Asamblea se puede afirmar erróneamente que los pueblos indígenas hayan sido consultados (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 26).



Es necesario recalcar el aporte de la Corte Constitucional de Ecuador, ya que en este caso en concreto, los órganos administrativos delegados por el Estado para garantizar este derecho colectivo, no han respetado el principio de respeto a las instituciones representativas propias de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, ya que solamente han tenido contacto con representantes de la NAWÉ, siendo esta una designación por parte de la nacionalidad Waorani, para ser representantes y delegados públicos con el Estado, más no autoridades, ya que sus verdaderas autoridades comunitarias ancestrales son los Pikenani.

El Tribunal Penal del Cantón Pastaza, desarrolla así también su análisis respecto de principios propios de la consulta previa, libre e informada como el de buena fe donde desarrolla:

Respecto del estándar de buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, la Corte IDH en el caso Sarayaku ha señalado que las consultas deberán ser llevadas a cabo de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuo, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agente o de terceros y es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración o de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. De la prueba



actuada se ha justificado que todo el proceso a lo que la SHE con la supervisión del MAE ha llamado consulta previa, libre e informada no se ejecutó de buena fe por cuanto las negociaciones para poder ingresar a las comunidades se las realizó con directivos de la NAWE, Cawetipe Yeti, presidente de la misma, es decir sin la participación de sus máximas autoridades. Además simplemente se hizo una socialización de temas relacionados con el nuevo modelo de gestión, socio político sobre la XI ronda de licitación en la amazonia (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 73).

Cabe enfatizar que en el proceso realizado por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, no se tomó en cuanto los procedimientos culturalmente adecuados, ya que solo se realizaron simples socializaciones, además no se informó acerca de las consecuencias que el proyecto conllevara si se ejecutaba, y se tomó contacto para un acuerdo y consentimiento con delegados de la NAWE, es decir con todo esto se vulneraron principios de la consulta previa, como el de la participación, y el respeto a sus propias instituciones representativas, no obstante esto también vulnera el principio de buena fe; ya que, al reconocer a autoridades que no son reconocidas por las nacionalidades, pueblo y comunidades, esto genera que exista una fragmentación en el tejido comunitario, incluso causando enfrentamientos entre pseudo dirigentes y las verdaderas autoridades en este caso los Pikenani.

Respecto de este principio, la Corte IDH, señala que:

[...] En este sentido la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con



miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012c, párr. 186).

Es importante que en los procesos de consulta previa, se respeten a las autoridades tradicionales ya que coincidiendo con el criterio de la Corte IDH, el reconocer autoridades paralelas es un actuar de mala fe, ya que existen divisiones o fragmentación de la organización comunitaria y social, en el sentido de que se reconocen a líderes que no son los encargados de tomar decisiones y son con quienes se llegan a los acuerdos, después surgen enfrentamientos, entre los representantes que no son líderes y los líderes ancestrales quienes son competentes después de escuchar a todos los miembros de las comunidades afectadas, si se llega o no a acuerdos o se rechazan las medidas.

Acerca de la característica de la consulta previa, que tiene que ser informada también se observa que no se cumplió por parte del Estado Ecuatoriano ya que cuando se refiere a informada, no solo se trata de socializar el plan o medida a aplicarse de manera general, sino a un intercambio claro y preciso de información, acerca de la medida y los posibles riesgos, ventajas y desventajas que esta pueda acarrear en los territorios, y las consecuencia culturales y ambientales dentro de estos. En este sentido Ruiz Modella (2012) citando a la Corte IDH afirma que se entiende por informada:

Debe ser informada en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes (p. 34).



Otro de los temas que se tocan dentro del razonamiento del Tribunal Penal de Pastaza es el de los procedimientos culturalmente adecuado que deben ser utilizados en el desarrollo del derechos a la consulta previa, libre e informada dentro de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, respecto de esto señala:

Una consulta adecuada y accesible, al respecto la Corte IDH ha señalado que, las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, en conformidad con sus propias tradiciones. Si bien no hay un único modelo de procedimiento apropiado, este debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como contextualmente la naturaleza de las medidas consultadas. De la prueba actuada se ha determinado que la SHE aplico un procedimiento común en todas las comunidades pues lo que hizo fue socializar los temas ya descritos, llenar hojas como constancia de las asistencia, recoger observaciones, obtener firmas, tomar fotos, elaborar informes, grabar las reuniones, sin tomas en consideración las tradiciones de la nacionalidad Waorani, olvidándose que es un pueblo de reciente contacto, que requiere una atención prioritaria del Estado por ser un grupo vulnerable que vive en el interior de la Amazonia, pues se trata de personas en situación de riesgo y que dentro de sus creencias culturales consideran al territorio como su existencia mismo, evidenciando a través de las investigaciones antropológicas realizadas en estas comunidades Waorani; debiendo además señalar que todo el procedimiento aplicado por el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables y el Ministerio del Ambiente en las comunidades Waorani duraron aparentemente un mes, violentando de esta manera la estabilidad cultural



y la organización política del pueblo Waorani (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 73).

A decir del Tribunal Penal de Pastaza, se nota claramente que hacen alusión a desarrollar la consulta con procedimientos culturalmente adecuados, los cuales no se cumplieron por parte de las entidades estatales, en este sentido como se mencionó en capítulos anteriores, es imperativo por parte del Estado quien consulta, llevar a cabo procedimientos que se adapten a las realidades y necesidades sociales y culturales de cada pueblo, comunidad o nacionalidad a quien se vaya a consultar, ya que al tener diversidad de prácticas sociales, culturales y organizativas, el Estado no puede estandarizar un tipo de procedimiento, ya que esto sería una imposición, y no se podría de esta manera decir que se llegó a un verdadero acuerdo u obtener el consentimiento previo, libre e informado.

En el caso en concreto no se respetó esta característica esencial de la consulta previa, ya que los funcionarios de la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador, ingresó con un procedimiento estandarizado para todas las comunidades, con una socialización, entrega de formularios, recepción de firmas y observaciones, el mismo que duró treinta días, para validar el proceso de consulta previa, libre e informada.

En este aspecto la doctrina nos señala, acerca de qué significa procedimientos culturalmente apropiados

El procedimiento de consulta previa, libre e informada deberá realizarse a través de métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan. No es suficiente la traducción a las lenguas nativas, es necesario un esfuerzo adicional para que la medida sea explicada en el



marco de la cosmovisión y la experiencia cultural del pueblo a ser consultado.

Definitivamente este principio concreta no sólo el derecho a la identidad cultural sino el principio de interculturalidad (Ruiz Molleda , 2012, p. 178).

La importancia de remarcar el principio de interculturalidad que realiza el autor, ya que para garantizar este principio de procedimientos culturalmente adecuados es necesario primero visibilizar la diversidad que existe en la interculturalidad, para de esta forma no caer en la estandarización de los procedimientos y de esta forma vulnerar un derecho colectivo, como lo es la consulta previa, libre e informada, ya que si se realiza el procedimiento de consulta sin aplicar un procedimiento que se deba a las realidades tanto culturales como sociales de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, no se podrá llegar a un acuerdo o un consentimiento legítimo. Por todo lo expuesto y notándose claramente la vulneración de principios y estándares mínimos del derecho a la consulta previa, libre e informada;

El tribunal de garantías penales de Pastaza resuelve:

1. Aceptar la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador, Coordinación de la Nacionalidad Waorani de Ecuador-Pastaza (CONCONAWEP); de los demás habitantes de las comunidades y asentamientos de Obepare, Daipare, Awenkaro, Teweno, Kenaweno, Toñampare, Damointaro, Nemompare, Kiwaro, Tzapino, Tepapare, Gomataon, perteneciente a la Nacionalidad Waorani, ubicadas en la parroquia Curaray, Cantón Arajuno, provincia de Pastaza. 2. Declarar la vulneración de derechos colectivos: a) Autodeterminación, y b) consulta previa libre e informada en las comunidades Waorani, ubicadas en la parroquia Curaray, Cantón Arajuno, provincia de Pastaza, asentadas territorialmente dentro de los que el Estado Ecuatoriano ha delimitado



como el bloque 22, derechos humanos consagrados en el artículo 57 numerales 1, 7 y 9 de la Constitución de la República y estándares internacionales descritos de manera amplia y suficiente en esta sentencia. 3. Como medida de reparación integral se dispone lo siguiente: el Estado Ecuatoriano a través de los organismos estatales competentes, realice la consulta previa, libre e informada en las comunidades Waorani que se encuentran ubicadas en lo que el Estado Ecuatoriano ha delimitado como bloque 22 aplicando la Constitución, los estándares establecidos por la Corte IDH, así como también por las reglas de consulta previa determinados por la Corte Constitucional del Ecuador y demás normas que no sean contrarias al bloque de constitucionalidad. 4. No procede ordenar medidas cautelares, en virtud de los derechos que se declaran vulnerados en este fallo. 5. En cuanto a las comunidades Titepare, Kemono, Taragaro y Akaro, se deja a salvo su derecho a concurrir a las instancias que crea pertinente para hacer valer los derechos que crean puedan tener (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 76).

4.3. Motivación y argumentos de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza.

La Corte Provincial Multicompetente de Pastaza, el 11 de julio del año 2019 emite la sentencia escrita número 0001-2019, código 16171, de la acción constitucional de protección referente al recurso de apelación subido de grado desde el Tribunal de Garantías Penales del Cantón Pastaza, dicho tribunal de apelación luego de observar los antecedentes y el contenido mismo de la sentencia recurrida y revisar tanto las exposiciones en ausencia de estrados de los legitimados tanto activos como pasivos, referente a los fundamentos de hecho y de derecho que han sido desarrollados en el tribunal de primer nivel, teniendo como premisa la estructura de la



sentencia de lo general para llegar a resolver el problema jurídico en concreto sobre la vulneración cometida.

El Pacto de San José de Costa Rica, referente a que todos tenemos derechos a ser oídos, artículo 25 referente a la protección judicial que ampara a la violación de derechos fundamentales, convención americana de derechos humanos en el cual obliga a los estados para el respeto de los derechos y libertades; el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que menciona acerca de la obligación de realizar consultas previas libre e informadas además de obtener su consentimiento.

Dentro de la motivación que desarrolla la Corte Provincial de Apelación de Pastaza, concretan referente a la violación de derechos, partiendo desde la presunción para identificar la existencia de diferentes cultura y grupos étnicos, constituir en una sociedad pluralista y democrática (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 31).

Necesaria e importante la reflexión que realiza este Tribunal de Apelación de Pastaza, ya que como en capítulos anteriores se desarrolla, que, respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, tiene íntima relación con el principio de plurinacionalidad e interculturalidad, ya que para la garantía y aplicación de este derecho colectivo es importante el reconocimiento de la pluralidad social, cultural y organizativa, de los diferentes pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, y así evitar una intromisión por parte de agentes del Estado, y la violación a características y componentes esenciales de este derecho fundamental.



Respecto de la interculturalidad y la convivencia armónica entre visiones diferentes entre la diversidad social y cultural que convivimos en Ecuador, la Corte Constitucional Ecuatoriana se ha pronunciado, afirmando que.

Con un criterio de que la interculturalidad es el diálogo entre nociones diferentes, entre las distintas formas de producir conocimiento, a las instituciones del Estado intercultural les corresponde conocer y considerar las nociones de los pueblos indígenas para superar la exclusión histórica. De hecho, si las nociones son contrapuestas se presentará un primer momento de tensión entre derechos de igual jerarquía o entre principios de igual valor. Precisamente, una interpretación intercultural será la vía para encontrar caminos para el pleno ejercicio de los derechos y la convivencia entre distintos (Sentencia N. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 24).

El tribunal reflexiona acerca de la vulneración al derecho colectivo a la consulta previa, libre informada por parte del Estado, en este sentido no señala específicamente, como la Constitución del Ecuador garantiza este derecho colectivo, en el artículo 57 numeral 7, y desarrolla sus principios y características.

El texto constitucional pone varios elementos a considerar como parte de este tipo de consulta entre los que podríamos detallar, el carácter previo, aplicación del derecho de libertad, información sobre el tema, plazo razonable, propósito, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recurso no renovables; posible afectación ambiental, posible afectación cultural, por ello la consulta resulta ser: obligatoria, oportuna, debe contar con el consentimiento y en caso de negativa se procederá conforme la ley. De lo detallado se puede indicar que



son varios los estándares que plantea la actual Constitución ecuatoriana para proceder a realizar dicha consulta, de hecho no solo nuestra carta magna sino también los instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos con valor jerárquico constitucional avalan dicho procedimiento; lo que da más peso y significa que la legislación debe desarrollar los mecanismos de ejercicio, defensa, protección y satisfacción del derecho a la consulta (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 34).

El aporte jurídico de alguna manera que hace el Tribunal Provincial de Pastaza, sobre el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, de esta forma menciona los estándares y los principios esenciales que el Estado como sujeto consultante debe cumplir para garantizar y desarrollar correctamente este derecho fundamental colectivo, en capítulos anteriores se desarrollaron todas y cada uno de estos principios, características y estándares internacionales, que deben ser cumplidos ya que tienen rango constitucional, ya que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, es decir que para el mejor protección y garantía de los derechos, en un sentido a favor del ser humano y en este caso no como individualidad sino como colectividad, se debe apreciar lo que más beneficie al ser humano y la garantía, protección y desarrollo de todos los derechos fundamentales.

En este sentido la Constitución reconoce la obtención del consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es decir ese consentimiento que se reconoce en los convenios y tratados internacionales, además en la jurisprudencia vinculante, de la competencia contenciosa que tiene la Corte IDH, en casos que ponga en peligro la subsistencia de esta diversidad de pueblo, nacionalidades y comunidades indígenas, en caso de proyectos de desarrollo e inversión a gran escala.



Respecto del consentimiento, la doctrina afirma que.

No debemos confundir el consentimiento, como objetivo orientador de todo proceso de consulta, con la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, en casos muy concretos en que se pone en peligro su subsistencia como pueblos indígenas. En este último caso, el Estado, además de consultar, deberá lograr el consentimiento, sin lo cual no podrá continuar. No obstante ello, los Gobiernos han desconocido la obligación del Estado de obtener el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas en determinados casos, o como llama la CIDH, el deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado (Ruiz Molleda , 2012, p. 37).

Lo que afirma el autor, es coincidente con lo que se plantea en este trabajo, ya que es importante recalcar, la importancia que tiene el consentimiento como objetivo fundamental de la consulta, y es importante diferenciar el consentimiento como objetivo y como obligación, en casos concretos que puedan poner en peligro la subsistencia de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, en este sentido la Corte IDH, ha desarrollado en su jurisprudencia, la obligación de obtener este consentimiento en casos de desarrollo e inversión de proyectos a gran escala, que pueda repercutir en la subsistencia de estos pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, en la ejecución de estos proyectos.

El tribunal tantas veces indicado hace referencia en su parte medular a la vulneración al derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada respecto de no respetar sus instituciones representativas.



El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Es por todo lo anterior que un de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de sus derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios. Está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 36).

Resaltando esta parte motiva de la sentencia emitida por la Corte Provincial de Pastaza, ya que, hace alusión a lo expuesto en líneas anteriores, en el sentido de que se toma a la consulta en su doble dimensión ya que lo entienden como un mecanismo de participación frente a políticas públicas del Estado que puedan afectar a pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, y por otro lado hace referencia a un principio fundamental de la consulta previa, que precisamente, para garantizar el principio de plurinacionalidad, es el Estado quien tiene la obligación, frente a este



derecho, de respetar las instituciones representativas y sus formas propias de procedimientos y sistema de consulta de los pueblos, comunidades y nacionalidades.

Considerando que la doctrina sostiene respecto de la participación y los mecanismos y procedimientos propios de las comunidades para realizar las consultas como un aporte en este marco.

Para asegurar una efectiva participación de los grupos indígenas o tribales el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones; de aceptar y brindar información, lo que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, el Estado debe consultar con el pueblo de que se trate, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la privación de la comunidad si este fuera el caso (Fundación para el Debido Proceso Legal, 2010, p. 7).

Por todo lo analizado en líneas anteriores la sala multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza resuelve:

6.1.- Declarar que se han vulnerado los derechos constitucionales colectivos, consagrados en el Art. 57 números 1, 7 y 9 de la Constitución de la República del Ecuador. 6.2.- En consecuencia se acepta el recurso de apelación parcial interpuesto por los legitimados activos Inés Viviana Nenquimo Pauchi, Coordinadora General del Consejo de Coordinación de la Nacionalidad Waorani de Ecuador-Pastaza



(CONCONAWEP), los Pikenani Omanca Enqueri Nihua, Gabriel Dica Guiquita Yeti, Memo Yahuiga Ahua Api, Huia Boyotai Omaca y Delegada Provincial de Pastaza de la Defensoría del Pueblo, Dra. Yajaira Curipallo Alava, disponiéndose que se incluya a los pobladores de las comunidades de Titepare, Kemono Taragaro y Akaro y que realicen sus actividades dentro del territorio comprendido en el bloque 22 en la consulta previa, libre e informada, para tal efecto las autoridades de tales comunidades identificaran plena y justificadamente a dichas personas y remitirán a las autoridades estatales respectivas el listado de aquellas, a fin de que sean tomados en cuenta en dichos procesos. 6.3.- A más de las medidas de reparación indicadas en la sentencia escrita impugnada, se dispone como medida de reparación al Ministerio de Recursos Naturales no Renovables y al Ministerio del Ambiente capacitar de manera suficiente a sus funcionarios respecto de los derechos de autodeterminación y consulta previa, a fin de que sean implementados en todos los procesos hidrocarburíferos, en donde se encuentren involucrados comunidades indígenas. 6.4.- Disponer, como medida de reparación integral la investigación, determinación de responsabilidades y sanción, en contra de los funcionarios del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, encargados del proceso de consulta previa, libre e informada. 6.5.- Negar el recurso de apelación propuesto por los legitimados pasivos apelantes (Ministerio del Ambiente y Procuraduría) (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, pp. 47-48).

A la conclusión que podemos arribar son que imperan las políticas extractivas adoptadas por el gobierno del Ecuador, en lo referente al proceso para garantizar el derecho colectivo a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, se puede observar en la sentencia número



16171-2019-00001, ha incurrido en violaciones tanto de forma como de fondo, en lo que se refiere a estándares internacionales básicos desarrollados tanto por convenios (169 de la OIT), tratados internacionales y jurisprudencia internacional como de la Corte IDH (Casos Saramaka vs. Surinam y Caso Sarayaku vs. Ecuador), respeto de la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas, en específico como entidades representativas, sus métodos propios en la toma de decisiones, es decir que el proceso debe adaptarse a las costumbres y tradiciones ancestrales, y no de manera contraria como es la imposición de una metodología ajena a las comunidades que se evidencio en el caso del pueblo Waorani.

Otra característica del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, garantiza la participación efectiva de los indígenas en medidas de política pública que puede afectar tanto a su territorio, ambiente y cultura, en el caso del Ecuador esta participación como derecho se complementa con principios determinados en la plurinacionalidad y autodeterminación, que inobserva el estado ecuatoriano, en este caso en específico (caso del Pueblo Waorani). Se evidenció también que a lo largo del proceso, las instancias administrativas del Estado solo observan a este derecho como una mera formalidad dejando de lado el objetivo principal como garantía constitucional que por un lado no menos importante es llegar a un acuerdo, pero principalmente es llegar al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas en respeto de sus derechos humanos.



Conclusiones y Recomendaciones.

1. La democracia participativa, debe marcar todas las actividades desarrolladas por parte del Estado, ya que esta puede, por un lado dar legitimidad a estas medidas o políticas adoptadas por parte de los representantes estatales, así como sustentar estas medidas con un carácter de conocimiento y realidad, en el sentido de que las políticas públicas o medidas tanto administrativas como legislativas, van a tener apego a las verdaderas necesidades de la ciudadanía, ya que los ciudadanos van a tener participación en la construcción y planificación de las mismas, dejando de esta manera la ineffectividad de políticas y medidas impuestas desde arriba por parte del Estado y sus representantes.
2. Dentro del sistema democrático representativo, que actualmente rige en los Estados Nación, es claro que una de las críticas más válidas y sustentadas es que la representación dentro de las funciones del estado elegidas mediante el voto, han formado o forman pequeñas élites políticas que detentan el poder, divorciándose de esta manera de la realidad de quienes delegaron esta representación; con este antecedente es necesario que se fortalezca la democracia participativa, por un lado para el empoderamiento y fiscalización de la élite política por parte de la ciudadanía y por otro lado como complemento a la democracia representativa, en el sentido de ampliar el espectro democrático estatal y de esta manera tomar medidas y políticas públicas acordes a la realidad y al momento coyuntural de todas y todos los ciudadanos y de las minorías que se dejan de lado en el sistema representativo tradicional.
3. En la Constitución del Ecuador (2008), al reconocer y ampliar el catálogo de derechos de participación, efectivamente lo que se busco es el empoderamiento y el protagonismo de los ciudadanos, en la toma de decisiones y medidas que se adoptaran por parte del Estado,



es decir que la política ya no tendría una suerte de imposición sino más bien gozaría de la aprobación, participación y fiscalización de la ciudadanía para su construcción y ejecución.

4. La constitución del Ecuador (2008), reconoció la lucha histórica de los pueblos nacionalidades y pueblos indígenas reconociendo al Estado, como plurinacional y ampliando el catálogo de derechos colectivos, dentro de estos se reconoció el derecho a la consulta previa, libre e informada; que es un derecho fundamental colectivo reconocido en convenios y tratados internacionales, además también este derecho colectivo busca la efectiva participación de las comunidades pueblos y nacionalidades, en lo referente a la adopción de políticas y medidas dentro de sus territorios salvaguardando tanto el patrimonio ambiental, territorial y cultural que históricamente han guardado y cuidado.
5. Tanto el bloque de constitucionalidad como el principio de convencionalidad son instituciones jurídicas importantes dentro del derecho internacional de los derechos humanos, en lo que se refiere a garantizar y desarrollar plenamente asuntos de derechos fundamentales, es decir dentro de los sistemas jurídicos nacionales y constitucionales estas dos instituciones complementan los sistemas ya que desarrollan de manera clara y precisa temas que en casos concretos en los ordenamientos jurídicos nacionales no están desarrollados de manera amplia, por lo tanto para una efectiva protección y garantía de derechos fundamentales es necesario la observancia del bloque de constitucionalidad y del principio de convencionalidad.
6. La consulta previa, libre e informada por parte del Estado, quien por obligación es el sujeto consultante, debe garantizar el pleno desarrollo de este derecho colectivo, quien por no caer en violaciones a convenios, tratados internacionales y jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, aplican este derecho como una mera formalidad y no se observa de manera



sustancial, dentro de los procesos de adopción y aplicación de políticas públicas a gran escala, que pueden llegar a afectar a las comunidades, pueblos y nacionalidades respecto de este derecho colectivo importantísimo para la supervivencia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, inobservando de esta manera todas y cada una de las características y estándares de este derecho colectivo, que se encuentran reconocidos y desarrollados por organismos internacionales de derechos humanos.

7. Al ser la consulta previa, libre e informada, un derecho colectivo, que busca precautelar la supervivencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, y garantizando de esta manera el pleno desarrollo de otros derechos colectivos y fundamentales, es importante observar desde una visión garantista que el objetivo principal de la consulta previa, libre e informada por el Estado, es obtener el consentimiento previo, libre e informado, de los pueblos, nacionalidades y comunidades, en este sentido este consentimiento es vinculante y obligatorio, en lo que se refiere a planes y proyectos a gran escala dentro de los territorios ancestrales, especialmente, cuando estos proyectos amenazan a su cultura, territorio y medio ambiente.
8. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto del consentimiento previo, libre e informado, no reconoce ni existe regulación y garantía en la legislación infraconstitucional, más bien lo que enuncia la Constitución y la legislación nacional que, en el caso de no tener aprobación de los consultados, se procederá con la ejecución de medidas y planes dentro de las comunidades, mediante acto administrativo motivado por las instancias estatales correspondientes involucradas como sujetos delegados por el Estado, entonces se deja de lado el objetivo principal de este derecho colectivo, que es obtener el consentimiento



previo, libre e informado; en temas particulares que se refieren a proyectos o medidas a gran escala que amenacen su supervivencia, vulnerando de manera grave no solo el derecho a la consulta previa, sino otros derechos colectivos y fundamentales.

9. Tomando como referente los acuerdos y tratados internacionales que han sido constitucionalmente reconocidos, para garantizar de manera plena el derecho a la consulta previa, debe desarrollarse por parte del Estado una normativa adecuada respetando los estándares y principios de la consulta previa, libre e informada especialmente en lo que concierne al consentimiento vinculante de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, todo ello en armonía con el desarrollo de los derechos fundamentales y colectivos, para la construcción de esta normativa se debe contar previamente con la participación, como protagonistas a los pueblos, comunidades y nacionalidades ancestrales, para la aprobación de esta legislación de acuerdo a los estándares y la realidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades.



BIBLIOGRAFÍA.

Normativa Citada.

Código Orgánico del Ambiente. (12 de Abril de 2017). Registro Oficial Suplemento 983. Quito , Ecuador.

Constitución del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial 449. Quito, Ecuador.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (28 de Abril de 2005). Registro Oficial 6. Quito, Ecuador.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (6 de Agosto de 1984). Registro Oficial 801. Quito, Ecuador.

Convenio 169 de la OIT. (7 de Junio de 1999). Registro Oficial 206. Quito, Ecuador.

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

Instructivo de Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional. (27 de Junio de 2012). Registro Oficial Suplemento 733. Quito , Ecuador.

Ley de Minería. (29 de Enero de 2009). Registro Oficial Suplemento 517. Quito , Ecuador .

Ley Organica de Participación Ciudadana. (20 de Abril de 2010). Registro Oficial Suplemento 175. Quito , Ecuador .

Precedentes Jurisprudenciales.



- CIDH. 2012a. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- CIDH. 2006a. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CIDH. 2010. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- CIDH. 2011. Caso Gelman Vs. Uruguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- CIDH. 2012b. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.
- CIDH. 2014. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.
- CIDH. 2014b. Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- CIDH. 2012c. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- CIDH. 2007. Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- CIDH. 2009. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.



CIDH. 2006b. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Sentencia N. 001-10-SIN-CC, Casos N. 0008-09-IN Y 0011-09-IN (Acumulados) (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Marzo de 2010).

Sentencia N. 001-17-STC-CC, Caso N. 0039-07-TC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de Enero de 2017).

Sentencia N. 16171-2019-00001, 16171-2019-00001 (Corte Provincial Multicompetente del Pastaza 11 de julio de 2019). Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Sentencia N. 16171-2019-00001, 16171-2019-00001 (Tribunal de Garantías Penales del Cantón Pastaza 12 de Junio de 2019). Recuperado el 5 de Julio de 2020, de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Sentencia T-1635-00, T-1635-00 (Corte Constitucional de la República de Colombia 27 de Noviembre de 2000).

Textos y Documentos.

Acosta, Alberto; Martínez , Esperanza . (2010). Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad. *Polis*, 437-441.

Andrade A, P. (2012). El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008. *Ecuador Debate*, 35-48.



- Arango Olaya , M. (2004). El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *PRECEDENTE*, 79-102.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Los principios de aplicación de los derechos. En M. d. Humanos, *Constitución y Justicia Constitucional* (págs. 39-72). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bascopé Sanjinés, I. (2010). *Lecciones aprendidas sobre Consulta Previa*. La Paz, Bolivia : Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social.
- Benavides Casals , M. A. (2017). El Control de Compatibilidad y el Control de Convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, 15(2), 365-388.
- Boaventura de Sousa Santos y Leonardo Avritzer. (2004). Introducción: para ampliar el canon democrático. En B. d. Santos, *Democratizar la democracia* (pág. 590). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1976). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. (J. F. SANTILLÀN, Trad.) Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
Recuperado el 01 de 04 de 2020
- Bobbio, N. (2009). *Democracia Representativa y Democracia Directa*. México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado el 07 de 04 de 2020
- Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino , Gianfranco;. (1998). *Diccionàrio de la Política* (11 ed.). Brasília: Universidade de Brasília. Recuperado el 01 de 04 de 2020
- Borja, R. (1999). *Derecho Político y Constitucional* . Quito : Imprenta de la Universidad Central.



- Buhlungu, S. (2002). Reinención de la Democracia Participativa en Sudáfrica. En B. d. Santos, *Democratizar la Democracia* (págs. 116-146). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Caicedo Tapia , D. A. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. *FORO*, 5-29.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Konrad Adenauer Stiftung.
- Chuji, M. (2014). Sumak Kawsay versus desarrollo. En A. L. Hidalgo-Capitán, A. Guillén Garcia, & N. Déleg Guazha, *Sumak Kawsay Yuyay. Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*. (págs. 231-236). Cuenca: PYDLOS.
- D.L. Sheth. (2004). Micromovimientos en la India: hacia una nueva política de la democracia participativa. En B. d. Santos, *Democratizar la democracia* (pág. 590). México: Fondo de Cultura Económica.
- Dávalos, P. (2014). El Sumak Kawsay ("Buen Vivir") y las cesuras del desarrollo. En A. L. Hidalgo-Capitán , A. Guillén García, & N. Déleg Guazha, *Sumak Kawsay Yuyay. Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay* (págs. 135-142). Cuenca: PYDLOS.
- de Benoist, A. (7 de mayo de 2014). *Alain de Benoist*. Obtenido de Alain de Benoist: http://alaindebenoist.s3.amazonaws.com/pdf/democracia_representativa_democracia_participativa.pdf



Dussel, E. (2007). *política de la liberación historia mundial y crítica*. Madrid: Editorial Trotta.

Recuperado el 01 de 04 de 2020

Engels, F. (2007). *EL Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Medellín, Colombia : Editores.

Engels, F. (2008). Principios del Comunismo. En F. Engels, *Principios del Comunismo*. Buenos Aires: Herramienta Ediciones.

Fundación para el Debido Proceso Legal . (2010). *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en Perú*. Washington: Fundación para el debido Proceso Legal.

Gallegos, F. R. (2005). Insurrección, legitimidad y política radical. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*(23), 83-92.

García Ramírez, S. (2011). El Control Judicial Interno de Convencionalidad. *IUS Revista del instituto de Ciencias Juridicas de Puebla, Mexico*, 123-159.

González, G. G. (2007). Un pensamiento que expone como necesarias las nociones de intersubjetividad y alteridad para el enriquecimiento de la persona o la sociedad. *A Parte Rei Revista de Filosofía*.

Grueso Castelblanco, L. R. (2011). *El Derecho de los Pueblos indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Bogotá, Colombia: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Grupo de trabajo sobre Derechos Humanos y Derechos Colectivos (CONAIE - Fundación Tukui Shimi). (2009). *Derechos Colectivos De los Pueblos y Nacionalidades. Evaluación de una década 1998-2008*. Quito, Ecuador: IWGIA 2009 .



- Guerra Coronel, M. A. (2016). El Control de Convencionalidad, una mirada a partir de los estándares de la Corte IDH y sus problemas de aplicación en Ecuador. *CÁLAMO. Revista de Estudios Jurídicos.*, 72-90.
- Gurza Lavalle , Adrián ; Isunza Vera , Ernesto;. (2015). Representación y participación en la crítica democrática. *Desacatos* 49, 10-27.
- Lizcano-Fernández, F. (2012). Democracia directa y democracia representativa. *Convergencia, revista de ciencias sociales*, 19(60), 145-175.
- Londoño Ayala, C. A. (2015). *Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Lopera, Gloria Patricia; Dover, Robert. (2013). Consulta Previa, ciudadanías diferenciadas y conflicto socioambiental. *Boletín de Antropología. Universidad de Antioquia* , 76-103.
- López Abad , J. (2016). *La Consulta Libre Previa e Informada en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES.
- Macas, L. (1992). Una reflexión sobre el levantamiento indígena de 1990. En ILDIS, *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*. Quito, Ecuador: Abya Yala.
- Mejía Acosta, Andrés ; Wray Reyes , Norman;. (1997). Asamblea Nacional para la reforma Política. Límites y Posibilidades. *CORDES*.
- Navas Alvear , M. (2014). Proceso constituyente, participación y un nuevo diseño democrático en la constitución ecuatoriana actual. *Confluente*, 6(2), 94-116.



Opinión Consultiva OC 21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de agosto de 2014).

Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio Núm. 169 OIT sobre Pueblo Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

Pérez Guartambel, C. (2006). *Justicia Indígena*. Cuenca: Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales .

Relator Especial de Naciones Unidas . (2009). *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile*.

Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2006). El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional. (UASB-Ecuador, Ed.) *FORO*, 227-244.

Rubio Llorente, F. (1989). El Bloque de Constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9-37.

Ruiz Molleda , J. C. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Santos, B. d. (2002). *Democratizar la democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.



Schiling-Vacaflor, Almut; Flemmer , Ricarda;. (2013). *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*. Berlin: Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Simbaña, F. (2012). Consulta previa y democracia en el Ecuador. *Portada*, 4-8.

Sociedad Colombiana de Consultoría . (7 de Junio de 2020). *olade.org*. Obtenido de <http://www.olade.org/publicaciones/consulta-previa-libre-e-informada-desafios-aplicacion-sector-hidrocarburos/>

Solano, V. (2018). *Democracia Participativa y Meritocracia ¿Entre la división de poderes y la participación ciudadana?* Cuenca, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Yuquilema Yupangui, V. (2015). *La Justicia Runa. Pautas para el ejercicio de la Justicia Indígena*. Quito, Ecuador: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. INREDH.