

LA CONSULTA LIBRE, PREVIA E INFORMADA EN EL ECUADOR



CENTRO DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

— CDES—



Centro de Derechos Económicos y Sociales –CDES–, Quito.

Portete E12-79 y José Abascal, Quito-Ecuador

593 253733

cdes@cdes.org.ec

www.cdes.org.ec

Joaquín López Abad

La consulta libre, previa e informada en el Ecuador- Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES –, 2016.

56p.- (Derechos colectivos/ pueblos indígenas/ industrias extractivas/ supervisado por Miguel Luzuriaga)

Esta obra cuenta con el apoyo de Rainforest Foundation Norway.

© 2016, Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES.

Autor: Joaquín López Abad

Supervisión de investigación: Miguel Luzuriaga

Editor: Miguel Luzuriaga

Fotografía: Unión de Afectados y Afectadas por las Operaciones de Texaco

ISBN 978-9978-335-08-2



Este texto puede usarse libremente, sin fines comerciales, siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, deben guardar el espíritu de libre acceso al contenido.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión de CDES.

Autor

Joaquín López Abad

Coautor

Francisco Ochoa Carrasco

Colaboración

Carolina Andrea Feican

Tabla de contenidos

Contenidos	Página
1. Introducción	3
1.1. El Ecuador como un Estado plurinacional y multicultural.	3
1.2. Contexto social y económico ecuatoriano.	5
1.3. Voluntad política para una verdadera CLPI	9
2. Análisis del contexto jurídico para la CLPI en el Ecuador	11
2.1. Tipos de consulta que reconoce la Constitución de la República del Ecuador	12
2.2. Marco Jurídico de la Consulta Previa, Libre e Informada	14
2.2.1. Bloque de Constitucionalidad	14
2.2.2. Instrumentos internacionales	15
2.2.2.1. Convenio 169 de la OIT	15
2.2.2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	16
2.2.3. Precedentes Jurisprudenciales: Sentencia de la Ley de Minería	17
2.2.4. Normativa Legal y Reglamentaria	20
2.2.5. Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa	21
3. Análisis de las características de la Consulta Previa	24
3.1. Debe ser previa	24
3.2. Debe ser libre	25
3.3. Debe ser informada	26
4. Parámetros del Derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada	27
4.1. Propósito	27
4.2. Procedencia	29
4.3. Objeto	29
4.4. Quién o quienes son objeto de la consulta	30
4.5. Cómo se debe consultar	31
4.6. Efectos de la consulta	32
5. Casos emblemáticos relacionados a la CLPI en Ecuador	33
5.1. Caso Pueblo Sarayacu vs Ecuador	33
5.2. Proyecto Mirador, provincia de Zamora Chinchipe	35
5.3. Proyecto Loma Larga, provincia del Azuay.	36
5.4. Caso Íntag, provincia de Imbabura	38
5.5. Caso Yasunidos	41
5.6. Caso ARCO	44
6. Criminalización de la protesta social	45
6.1. La Protesta Social en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	46
6.2. 1.1. Casos de Criminalización de la Protesta Social 2008-2015	48
7. Conclusiones	49
8. Bibliografía	51

1. Introducción

"Los sueños y las pesadillas están hechos de los mismos materiales, pero esta pesadilla parece ser nuestro único sueño permitido: un modelo de desarrollo que desprecia la vida y adora las cosas"

Eduardo Galeano

La consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo reconocido por múltiples organismos que permite alcanzar el desarrollo sustentable de los pueblos, entendido el desarrollo sostenible como la aspiración profunda de un pueblo a vivir en armonía con sus territorios. Los territorios son la diversidad, sabiduría y vida de los pueblos indígenas, per se valiosos para la humanidad en la construcción de una civilización planetaria.

Al hablar de la CLPI es fundamental hablar de territorio y básicamente tenemos dos nociones, la primera es una visión utilitaria del territorio, en la cual el hombre es el "dueño" de la tierra y como dueño hace y deshace dependiendo de lo que considere más "razonable" para esta forma de ver el territorio un metro cuadrado de tierra es un metro cuadrado de tierra, aquí o allá, maximizando su bienestar en el presente. Una segunda noción considera al territorio como un sistema vivo en la que el hombre "pertenece" a la tierra, es una visión que implica respeto y humildad, cada espacio es especial y cumple un papel esencial en las interacciones, esta visión considera al territorio como un encuentro de tiempos pasado, presente y futuro, en este sentido el ser humano no es un "dueño" sino más bien un "hijo" del territorio y guardián de lo sagrado que contiene el territorio. Esta mirada es explícita cuando en 1854 el presidente de los Estados Unidos, Franklin Pierce, envía una oferta al jefe Seattle, de la tribu Suwamish, para comprarle los territorios del noroeste de los Estados Unidos que hoy forman el Estado de Washington. A cambio, promete crear una "reserva" para el pueblo indígena. El jefe Seattle escribe una carta que manifiesta esta otra forma de estar en el mundo, haciéndole frente al modelo industrial y colonizador del territorio del presidente, diciendo:

"Sabemos que el hombre blanco no comprende nuestras costumbres. Para él una porción de tierra tiene el mismo significado que cualquier otra, pues es un forastero que llega en la noche y extrae de la tierra aquello que necesita. La tierra no es su hermana sino su enemiga, y cuando ya la conquistó, prosigue su camino."

En América Latina, la lucha por ese cambio de mirada desde los pueblos ancestrales, continúa hasta la actualidad. Esa lucha que se mantiene, es una lucha antigua considerando la injusticia histórica especialmente durante la colonia al ser desposeídos de sus recursos, sus territorios y sus sueños, los pueblos indígenas del Ecuador y de América Latina en las últimas dos décadas se han organizado y movilizado intensamente para una construcción participativa que defina su desarrollo político, económico, social y cultural, muchos derechos han sido conquistados y queda mucho trabajo por hacer para que los derechos puedan materializarse.

1.1.El Ecuador como un Estado plurinacional y multicultural.

El Ecuador se compone de un gran número de nacionalidades que habitan dentro de la circunscripción territorial ecuatoriana, hacen que el país se autodenomine como una república plurinacional, en donde las comunidades y pueblos son reconocidos por la constitución y la ley. Con una población de 14.483.499 personas, de las cuales la población indígena reúne a 1'018.176 habitantes que representa el 7,03% de la población. (SNI, 2015) que podríamos decir es mediana frente a la población indígena que tienen países como Bolivia (62%), Guatemala (41%) o Perú (24%).

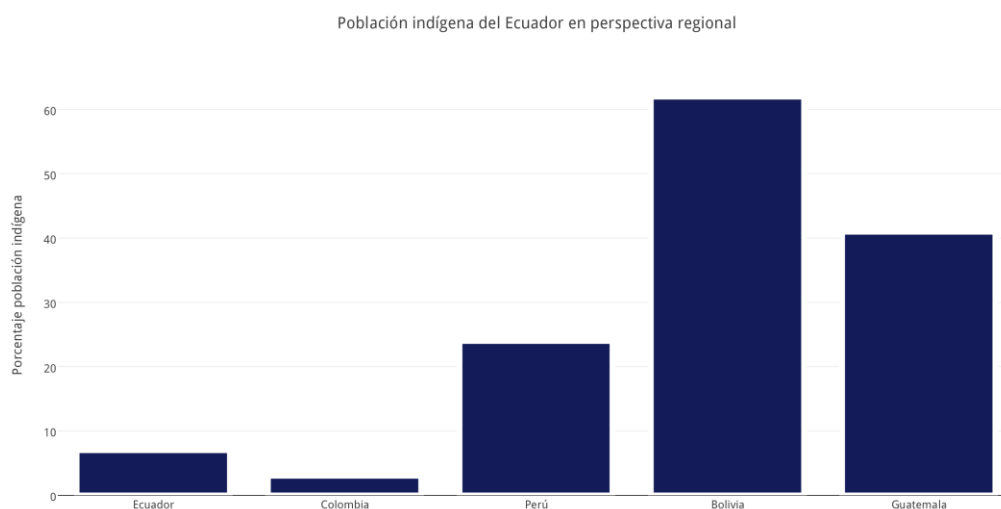


Figura 1. Población indígena del Ecuador en contexto latinoamericano. Fuente, SNI, 2015

En el Ecuador existen 13 nacionalidades indígenas distribuidas en las tres regiones del país. Cada nacionalidad mantiene su lengua y cultura propias. Es muy importante considerar la existencia de pueblos sin contacto voluntario con la sociedad nacional, como los Tagaeri, los Taromenane, y los Oñamenane, ubicados en las provincias de Orellana y Pastaza en la Amazonia. Aquí un listado de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador:

REGION	PROVINCIAS
COSTA	
Awá	Carchi, Esmeraldas, Imbabura
Chachi	Esmeraldas
Epera	Esmeraldas
Tsa'chila	Pichincha
Manta - Huancavilca - Puná	Manabí, Guayas
AMAZONIA	
AI Cofán	Sucumbíos
Secoya	Sucumbíos
Siona	Sucumbíos

Huaorani	Orellana, Pastaza, Napo
Shiwiar	Pastaza
Zápara	Pastaza
Achuar	Pastaza, Morona
Shuar	Morona, Zamora, Pastaza, Napo, Orellana, Sucumbíos, Guayas, Esmeraldas.
Kichwa Amazonia	Sucumbios, Orellana, Napo y Pastaza
SIERRA	
Karanki	Imbabura
Natabuela	Imbabura
Otavalo	Imbabura
Kayambi	Pichincha, Imbabura, Napo
Kitukara	Pichincha
Panzaleo	Cotopaxi
Chibuleo	Tungurahua
Salasaca	Tungurahua
Kichwa Tungurahua	Tungurahua
Waranca	Bolívar
Puruhá	Chimborazo
Kañari	Azuay, Cañar
Saraguro	Loja, Zamora

Tabla 1. Nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador. Fuente: SIISE, 2016

Este hecho fundamentalmente hace que el pueblo ecuatoriano tenga distintas visiones de lo que significa el desarrollo, es decir, diferentes formas de estar en el mundo, de relacionarse con el territorio y darle sentido a su vida. Parte del conflicto se origina en imponer una forma de desarrollo, sea llamado *sumak kawsay* o buen vivir, ese imaginario de desarrollo no está vivo en todos los pueblos y nacionalidades y quizá el extractivismo no es un camino para acceder a esa visión de desarrollo.

1.2.Contexto social y económico ecuatoriano.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Y según señala el primer artículo la Constitución de la República del Ecuador: " La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad" es deber y responsabilidad de los ciudadanos ejercer esa autoridad, sin embargo, es el Estado el que debe generar un buen clima de diálogo abriendo los espacios para que los ciudadanos se involucren y participen ejerciendo su poder. La economía del país históricamente se ha basado en la extracción, producción y comercialización de materias primas, y aunque sectores populares se han pronunciado por no continuar en el camino del extractivismo, el gobierno del economista Rafael Correa Delgado, contrario al discurso que se presenta en los medios ha impulsado una nueva era extractivista en el Ecuador, especialmente la industria minera a gran escala y por la proliferación de campos de extracción petrolera en el Amazonía.

Como nación, Ecuador se ha planteado con su nueva Constitución Política del 2008 un desarrollo basado en el "Sumak Kawsay" o "Buen Vivir" un concepto traído desde la tradición ancestral andina que muchas comunidades indígenas lo sostienen y practican en la actualidad.

"Sumak significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y kawsay, es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis, el sumak kawsay significa la plenitud de la vida" (Kowii, 2009, en Murcia, 2012). Y esto representa una propuesta importante porque el concepto implica una dinámica, una construcción colectiva y el desarrollo de la comunidad, frente al individualismo que ha generado un modelo de desarrollo opresivo y destructor de los ecosistemas planetarios.

En un contexto global, el Ecuador tiene un índice de desarrollo humano del 0.732 en el año 2014, (PNUD, 2015) ocupando el puesto número 88 en el listado que contiene a 188 países, es necesario reconocer que sí han existido aportes en el área de la salud y la educación y la planificación.

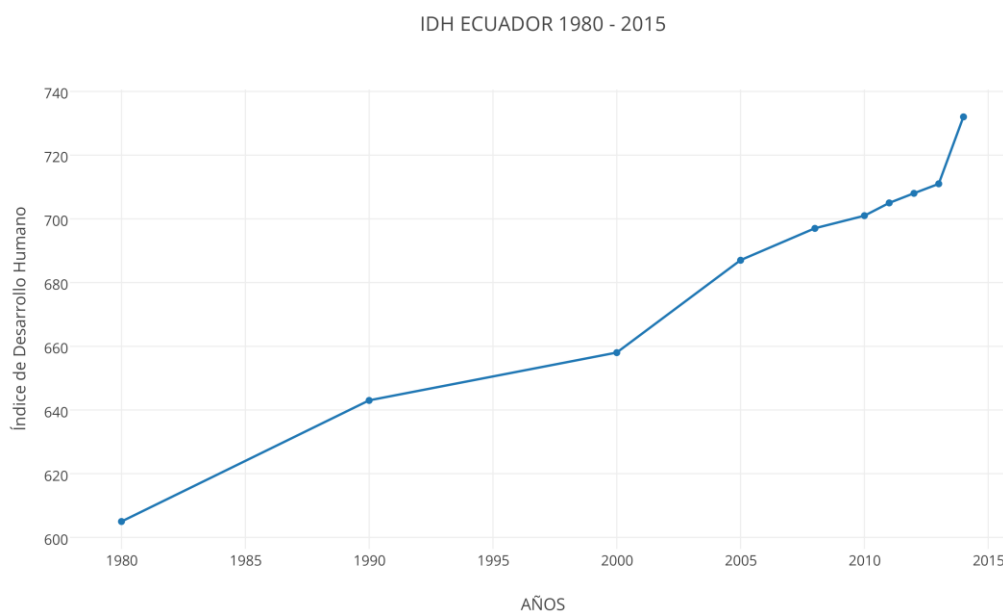


Figura. 2 Evolución IDH, Ecuador 1980 - 2015. Fuente: PNUD, 2015

Muchas organizaciones sociales de base incluídas las indígenas como la Conferderación de Nacionalidades Indígenas del Ecaudor, entre muchas otras organizaciones de base social, impulsaron una Asamblea Constituyente que terminó por fabricar un texto que el pueblo ecuatoriano aprobó en el año 2008 como la nueva Constitución Política de la República del Ecuador que reconoce explícitamente el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas frente a todo proyecto o acción que pueda influir en sus territorios, incluido el derecho a la consulta prelegislativa. Esta Constitución es un avance en el reconocimiento de derechos como, por ejemplo, que el Ecuador sea el primer país en el mundo que reconoce en su Constitución a los "derechos de la naturaleza" establecidos en el artículo 74:

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.

Esta declaración de derechos constitucionales generó grandes expectativas en el movimiento ambientalista ecuatoriano y ante los ojos del mundo, ya que deja a un lado la visión utilitarista de la naturaleza, para pasar de un antropocentrismo, a no sólo a un biocentrismo, sino un holocentrismo cuando menciona el respeto de "(...) sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. " El hecho de que exista este reconocimiento de la "Pachamama o la Madre tierra como titular de derechos han confluído en el agotamiento de un modelo y el resurgir de un pensamiento" (Murcia, 2012) La declaración de estos derechos es sobretodo una propuesta que tiene sentido y trascendencia, per disonante con la realidad social, económica y política del país actual.

Otro aspecto importante fue la propuesta Yasuní ITT, que anunció el presidente Rafael Correa ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que consistía en el compromiso del Ecuador para mantener indefinidamente inexploradas las reservas de 846 millones de barriles de petróleo en el campo ITT (Ishpingo, Tambococha-Tiputini) equivalentes al 20% de las reservas del país, localizadas en el Parque Nacional Yasuní. Esta iniciativa permitiría evitar la emisión de 407 millones de toneladas de dióxido de carbono, el principal gas que genera cambio climático global. A cambio, el Estado ecuatoriano recibiría como un aporte de la comunidad internacional el 50% de los recursos que percibiría el Estado en caso de optar por la explotación petrolera, un valor aproximado de USD\$ 3600 millones que serían entregados en un plazo de 12 años. Luego de una cuestionada campaña internacional para recolectar esos fondos, en agosto del 2013 el presidente Rafael Correa anunció la eliminación de la iniciativa Yasuní-ITT, porque, según dijo, el mundo "ha fallado", "la iniciativa se adelantó a los tiempos, y no pudo o no quiso ser comprendida por la comunidad internacional" señalando que "El factor fundamental del fracaso (del proyecto) es que el mundo es una global hipocresía". (Diario El Universo, 15 de agosto 2013). Esta iniciativa fracasada dejó un mal sabor de boca a todos los ecuatorianos frente a la decisión de ejecutar actividades petroleras en el zona más biodiversa del planeta, producto de esta decisión se produjo un intenso debate sobre la coherencia de las políticas de Estado frente al modelo propuesto que aún no ha terminado y que ha traído fragmentación en los sectores sociales, represión a los defensores de los derechos de la naturaleza que en su momento fueron celebrados y que hoy parecen desvanecerse frente a la decisión económica.

Desde la presidencia de Rafael Correa delgado, el gobierno ha gozado de una bonanza económica debido al incremento del precio del petróleo, mayor recaudación de impuestos a través de un Servicio de Rentas Internas SRI fortalecido, entre otras causas. El precio del petróleo ha subido de manera sostenida en la última década a excepción del año 2009 en el cual sufrió una caída importante (USD\$ 61.06), cabe destacar que durante los años 2011, 2012 y 2013 el precio estuvo sobre los USD\$100 generando importantes ingresos para el aparato estatal. Sin embargo, las crisis de los mercados en el 2015 también afectó el precio del barril que bajó a USD\$ 49.49, niveles por debajo del 2005.(Figura 3) (OPEP, 2015) Esta súbita baja en los precios del petróleo deja al gobierno con una grave carencia de recursos que se han estimado en una disminución de USD\$ 7.000 millones dólares al presupuesto nacional del Estado, cifra importante tomando en cuenta que el presupuesto tiene ingresos permanentes de USD\$ 24.412.253.454, esta disminución representa un importante 29% que hace que por un lado el gobierno busque financiamiento extranjero con urgencia y, por otro, busca denodadamente inversión extranjera, ya que parte de esta inversión, son las regalías y pagos anticipados que deben realizarse por las actividades petroleras y mineras, algunos pagos anticipados ya se han hecho, otros, el gobierno gestiona a que se los haga lo más pronto posible. Al finalizar este informe en enero de 2016, el precio del barril de petróleo se ubica en aproximadamente USD\$31 poniendo en una situación económicamente compleja al Ecuador.

PRECIO DEL PETROLEO COTIZACIÓN DE REFERENCIA OPEP 2012-2015

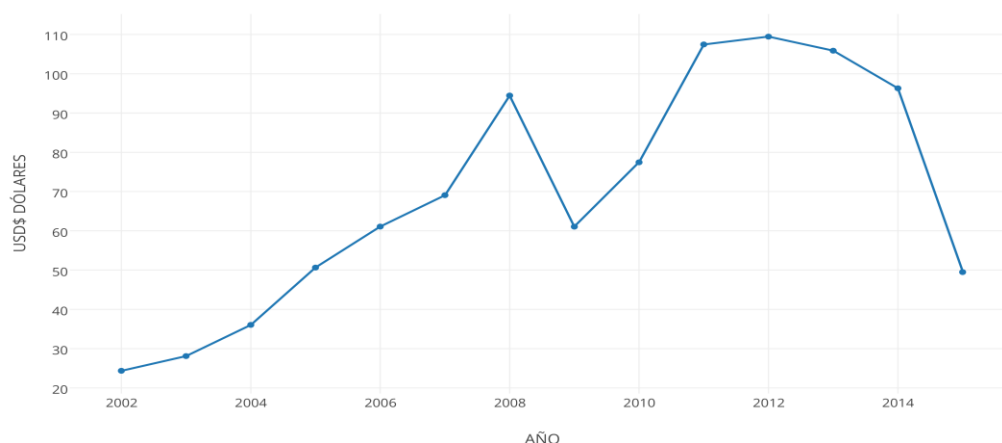


Figura 3. Precios del petróleo promedio, año a año. Fuente: OPEP, 2015

Hay que puntualizar que los precios establecidos en la Figura 3. no son directamente aplicables en el Ecuador, y son promedios globales ya que el Ecuador tiene un petróleo de menor calidad, el costo es más bajo. En una entrevista televisiva en Teleamazonas, Salvador Quizhpe, líder indígena y Prefecto de la provincia de Zamora Chinchipe afirmó que el gobierno del presidente Correa, ha realizado contratos petroleros por concepto de prestación de servicios indicando que las petroleras chinas le cobran al Estado 40 dólares por barril, cuando otras empresas lo harían a 12 o 15 dólares. Manifestando explícitamente que “Ahí existe corrupción” (ECUADORENVIVO, 2015). Pero más allá de la nula o poca renta que genera hoy el petróleo y a cambiado las expectativas económicas del gobierno actual eso es necesario ver la inminente realidad: un gobierno está tan ávido de recursos, que opta por vender -al mejor postor y lo más pronto posible- los recursos no renovables del Ecuador.

A pesar de los importantes avances en el derecho que ha generado la Constitución de 2008, en el Ecuador se vive un profundo malestar por la distancia entre el texto constitucional y la realidad. LA CLPI aún no ha sido materializado en la legislación secundaria, ni en la institucionalidad estatal, ni en presupuesto público; por lo tanto, no existe en la práctica. Proyectos especialmente de explotación minera y varias leyes ya aprobadas no han tenido consideración a los pueblos indígenas, sus aspiraciones y derecho legítimo de construir su destino.

Parte importante del problema radica en que la Constitución, otorga y a la vez restringe derechos estableciendo ciertos "candados jurídicos" difíciles de abrir por parte de quienes exigen sus derechos. Por ejemplo, se establece que los recursos naturales no renovables son parte del sector estratégico (Art. 313) y es el Estado el responsable de su gestión. Siendo una de las raíces del conflicto que "...los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las aguas cubiertas por el mar territorial..." (Art. 408) pertenecen al patrimonio inalienable, inembargable e imprescriptible del Estado, y ya que estos bienes se encuentran debajo de territorios y comunidades indígenas, la forma de llegar a estos recursos es irrumpiendo en el territorio y la vida de sus pobladores, que como es lógico se da en el suelo, no en el subsuelo. Dicho de manera directa: las comunidades y pueblos indígenas podrán ser dueños del suelo sobre el que se asienta su territorio, pero no del subsuelo. De ésta forma, el territorio comunitario o indígena vive una ficción difícil de entender: son dueños de la tierra, pero no de lo que está debajo de ésta y será el Estado o los intereses del capital global quienes decidan sobre el futuro de éstos territorios.

Tenemos así que la no materialización de la CLPI en el Ecuador es producto de varias situaciones, entre las más importantes están:

- I. Falta de legislación específica y procedimientos.
- II. Falta de institucionalidad que regule el proceso.
- III. No existe presupuesto.
- IV. Concesiones mineras y concesiones de agua no fueron consultadas desde un inicio, esto generará malestar y rebeldía en la población.
- V. Aprobación de Ley minera, Ley de Recursos Hídricos y Ley de Tierras sin consulta genera rechazo en las organizaciones directamente afectadas.
- VI. Los canales de diálogo se han ido cerrando cada vez más y la voluntad política es casi nula.

En resumen, el Ecuador se plantea una nueva forma de desarrollo con el concepto de Sumak Kawsay, la nueva Constitución del 2008 es un triunfo en el reconocimiento de derechos, pero que en la parte ejecutiva ha sido muy difícil de garantizarlos. En la parte económica, los últimos años se han caracterizado por un importante flujo de capital gracias a los altos precios del petróleo; pero hoy, se presenta como "época de vacas flacas" y pone al gobierno en serios apuros, y se retoma la posibilidad de las actividades mineras y petroleras como una sólida, incoherente con el discurso de cambio de la matriz productiva. Su conveniencia, siempre en entredicho, está por verse.

La falta de diálogo por parte de la Asamblea Nacional en la gestación de la Ley de Minería, la Ley de Recursos Hídricos y la Ley de Tierras y los reclamos por organizaciones indígenas como la CONAIE evidencia un profundo malestar, el desarrollo económico nacional y el capital global ha prevalecido sobre los derechos indígenas y comunitarios. La relación entre el Estado ecuatoriano y las organizaciones indígenas históricamente no ha sido una relación feliz y hoy son precarias. No es fácil dilucidar una salida armoniosa a un problema que cruza ejes económicos, sociales y ambientales complejos.

1.3. Voluntad política para una verdadera CLPI

"Podemos equivocarnos, pero en Ecuador va a mandar el pueblo ecuatoriano, no mestizos disfrazados de indígenas"
Rafael Correa

En el manejo político, el ejecutivo no ha dado muestras de que exista la voluntad política para que la CLPI se materialice en la sociedad. El Presidente del Ecuador, Eco. Rafael Correa Delgado, ha tenido un discurso con gran contradicción ya que el gobierno propone un modelo de desarrollo socialista, que se contrapone con la realidad en la que empresas de capitales chinos, canadienses, etc. que a la final son parte del capital global generan un importante contingente productivo basado en la industria extractivista, que por sí mismo no genera un beneficio social sostenido. El ejecutivo tiene una actitud confrontativa en medios y redes sociales, como por ejemplo el 3 de diciembre de 2015 en la red Twitter, el Eco. Rafael Correa dice: *"Podemos equivocarnos, pero en Ecuador va a mandar el pueblo ecuatoriano, no mestizos disfrazados de indígenas"*, por un lado, apartándose de los grupos políticos que lo llevaron al poder y por otro, demostrando contradicción, cuando en numerosas ocasiones él mismo se ha presentado con vestimenta o indumentaria indígena de los pueblos Shuar o Kichwa, siendo mestizo. Y aunque este tipo de situaciones parezcan pequeñas, están a la orden del día y calan hondo en el imaginario colectivo alimentando la violencia social.

La CLPI en el Ecuador tiene algunos elementos que podrían hacer que este derecho se materialice, algunos informes con sus recomendaciones instan al Estado a hacerlo como por ejemplo:

Las observaciones y recomendaciones hechas al Ecuador por el Comité contra Toda Forma de Discriminación Racial (CERD) 2012. El cual destaca la aprobación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural de 2011, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 y el Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural, aunque sobre este documento señala la escasa participación de los pueblos y nacionalidades en su elaboración. Ya sobre CLPI, el Comité lamenta la ausencia de avances en la aprobación de una Ley de Consulta por parte de la Asamblea Nacional, aunque recuerda que de acuerdo al convenio 169 de la OIT, no es excusa la falta de norma para la aplicación de los derechos consagrados, así como el desarrollo económico no puede justificar la violación de derechos humanos al ejecutar los proyectos.

El Informe del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) manifiesta una preocupación particular respecto al Decreto Ejecutivo 1247 del 19 de julio de 2012, que regula los procedimientos de consulta a los pueblos indígenas en relación a actividades hidrocarburíferas y que fue expedido "en ausencia de consultas con los pueblos y nacionalidades indígenas" y concluye con la siguiente recomendación: "El Comité insta al Estado parte a que en el ámbito de las actividades de exploración y explotación minera y de hidrocarburos, realice consultas que incluyan la expresión libre del consentimiento frente a la procedencia o no de un proyecto, espacios y tiempos suficientes para la reflexión y la toma de decisiones así como las medidas de salvaguarda de la integridad cultural y de reparación. Los procesos de consulta deberían respetar los protocolos de consultas comunitarias ya desarrollados y las decisiones que surjan de los mismos." (Melo, 2013 p:90 en Álvarez, 2013).

El Examen Periódico Universal (EPU), es un mecanismo aplicado por el Consejo de Derechos Humanos en 2007, hizo su análisis correspondiente en el Ecuador durante el año 2012. Anotamos que Alemania sugirió como parte de las recomendaciones "Establecer procedimientos de consulta claros para el ejercicio del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas de conformidad con la Constitución." En el examen los representantes de Ecuador repondieron diciendo:

"La Constitución del Estado ecuatoriano establece la consulta como un derecho de todos los ecuatorianos. En particular, en el caso de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades, establece una consulta previa, libre e informada, pero no su consentimiento. Además, es necesario indicar que el Ecuador reconoce la existencia de pueblos indígenas que viven voluntariamente aislados, lo cual implica la obligación de garantizar sus vidas, respetar y hacer respetar su libre determinación y voluntad de permanecer aislados y defender la validez de sus derechos, por lo que es inviable obtener su consentimiento." Lo cual tiene una fundamentación limitada ya que no reconoce lo que establece en Convenio 169 de la OIT y la Jurisprudencia de la CIDH.

"El cumplimiento del derecho a la consulta a los pueblos indígenas es una deuda pendiente por parte del Estado ecuatoriano." (Melo, 2013 p:90 en Álvarez, 2013). Es evidente la falta de voluntad del Estado por emprender verdaderos procesos de CLPI. El Estado ecuatoriano necesita liquidez y ve en la nueva minería a gran escala y en las ya conocidas petroleras sus principales fuentes de capital rápido. Este "dinero rápido" será canjeado por un choque social que deteriora la paz social y la calidad de vida no sólo de aquellos que reclaman, sino de todos los ecuatorianos.

2. Análisis del contexto jurídico para la CLPI en el Ecuador

" 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 solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones."
(CIDH, Sentencia Caso Saramaka, 2007).

En el presente análisis intentaremos hacer un análisis jurídico y fáctico de un derecho colectivo fundamental reconocido tanto en el sistema jurídico nacional como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El derecho a la consulta previa, libre e informada es un principio jurídico que se encuentra reconocido, garantizado y desarrollado a través de varias cuerpos normativos, tratados internacionales y precedentes jurisprudenciales.

Las principales normas que tutelan este derecho son la Constitución de la República del Ecuador; el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI); la Sentencia 001-10-SIN-CC dictada por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, referente a los casos 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre la Ley de Minería; el Instructivo de Aplicación de Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional; y, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Sarayacu vs Ecuador donde se determinaron parámetros básicos sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada. Estos cuerpos normativos y jurisprudenciales establecen el marco jurídico general que determina los lineamientos de aplicación de este derecho en el Ecuador.

Se buscará despejar ciertas dudas que han surgido respecto al tipo de consultas que reconoce nuestro sistema jurídico, estableciendo la distinción que existe entre la consulta en materia ambiental que se efectúa a toda la comunidad según lo prevé el artículo 398 de la Constitución y el derecho a la consulta previa, libre e informada establecida en el Art. 57 Núm. 7 y 17, derecho colectivo cuya titularidad le pertenece a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias del Ecuador.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado los caracteres del derecho a la consulta, determinando que esta debe ser 'previa', 'libre ' e 'informada'. Además, nuestra Constitución de la Republica añade que la consulta debe ser efectuada dentro de un 'plazo razonable'. Dichos caracteres serán desarrollados y explicados con la finalidad de entender y comprender su contenido esencial.

Se analizarán los parámetros de la consulta relativos a tiempo, lugar y modo de la misma, buscando responder determinadas cuestiones como el propósito principal de la consulta, la procedencia de la consulta, el objeto de consulta, los sujetos de la consulta, la forma como se debe consultar y los efectos de la decisión que tomen los sujetos consultados.

En este contexto, para contrastar el contenido teórico del derecho a la consulta se analizarán tres casos emblemáticos y se examinarán los hechos fácticos con la finalidad de determinar si la consulta se realizó de acuerdo al marco legal y jurídico aplicable.

Finalmente, se realizará una clasificación y enunciación de algunos casos de criminalización de la protesta social que se han dado como consecuencia de la defensa de derechos constitucionales que están relacionados con el derecho a la consulta previa, libre e informada.

2.1. Tipos de consulta que reconoce la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas una gran serie de derechos colectivos. Estas prerrogativas, conocidas como derechos colectivos, tienen la característica de ser derechos humanos específicos, debido a que sus titulares son determinados grupos humanos. Los derechos colectivos son parte de los llamados derechos de tercera generación¹.

Los derechos colectivos se distinguen de otros derechos de tercera generación, conocidos también como derechos difusos, porque es relativamente posible determinar de forma concreta los sujetos que pueden reclamarlos o los sujetos que son afectados por su violación. (Grijalva, 2009) Por el contrario, los derechos difusos o de tercera generación son aquellos derechos que no están dirigidos a una determinada persona como titular del mismo sino a un grupo indeterminado de personas.

En palabras de Ferrajoli los llamados derechos colectivos pertenecen únicamente a ‘sujetos colectivos’ y se los define también ‘derechos comunitarios’. Se trata de derechos muy distintos a aquellos otros que, aun cuando su ejercicio concurra a formar un ‘acto colectivo’ son siempre imputados a individuos singulares. Es decir, existen ciertos derechos como el derecho de sufragio, el derecho de huelga, el derecho de reunión y de asociación que son ejercidos por sujetos individuales de manera que forman un acto colectivo, pero son claramente derechos fundamentales individuales. (Ferrajoli, 2013).

En nuestro sistema jurídico los sujetos colectivos, titulares de derechos colectivos reconocidos y garantizados para la carta magna, son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas que forman parte del Estado ecuatoriano². En este sentido podemos aproximarnos a una primera distinción de los tipos de consulta según sea un derecho colectivo o un derecho difuso.

Una vez establecida la diferencia entre los derechos difusos y los derechos colectivos, podemos esclarecer los tipos de consulta reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

El primer tipo de consulta se encuentra garantizada en la carta magna en su artículo 57, está estructurada como un derecho colectivo y tiene un doble aspecto o alcance: el primero está previsto en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución y está relacionado con la consulta que debe realizarse de forma previa a la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquier derecho colectivo. El segundo alcance del derecho a la consulta, está establecida en el artículo 57 numeral 7, el cual se aplica cuando trata sobre planes y programas de prospección,

¹ Existen tres generaciones de derechos: La primera generación corresponde a los derechos civiles y políticos reconocidos por el pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa; la segunda generación de derechos son los derechos económicos, sociales y culturales visibilizados después de la Revolución Industrial y los derechos de tercera generación son consecuencia de las demandas sociales colectivas fruto los efectos colaterales del Capitalismo como el derecho a un ambiente sano, patrimonio común, el derecho al desarrollo entre otros. En este tipo de derechos el titular es una colectividad que no puede ser individualizada.

² Art. 56 de la Constitución de la República del Ecuador.

explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

La finalidad del derecho a la consulta previa, libre e informada es incluir el criterio de las comunidades cuando exista posibilidad de afección y determinar la compatibilidad de un proyecto en específico con los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades consideradas como sujeto de derechos en virtud de la colectividad y como personas individualmente consideradas.

La Corte Constitucional señaló que la Constitución reconoce la consulta prelegislativa dirigida a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias antes de la adopción de una medida legislativa que afecte a sus derechos colectivos, la cual no es equiparable a la consulta previa, libre e informada del artículo 57 numeral 7 ni tampoco con la de la consulta ambiental del art. 398 dirigida a toda la comunidad.

El segundo tipo consulta es aquella que está regulada en el artículo 398 de la Constitución. Este tipo de consulta es considerado un derecho ambiental general (un derecho difuso) aplicable a toda la comunidad que tiene derecho a ser consultada cuando existe un riesgo ambiental.

En estos casos las comunidades que deben ser consultadas pueden estar conformadas por indígenas, mestizos, afroecuatorianos, blancos etc. Respecto al tiempo de efectuarse la consulta, esta debe ser anterior a “(...) adoptar la decisión del poder público que vaya a afectar positiva o negativamente el ambiente cuando el acto o actos decididos tengan que ejecutarse por cualquiera de sus órganos o antes de otorgar la autorización para que los realicen los particulares.” (Trujillo, 2013). Si del proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria, la decisión de ejecutar o no el mismo, será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa o autoridad jerárquicamente superior de acuerdo con la ley.

Las consultas, según lo prevé la norma suprema, deben ser reguladas a través de ley por el principio de reserva de ley y no mediante legislación secundaria. La ley debe contener el procedimiento, la forma como han de participar, los plazos desde el inicio hasta la decisión final, los efectos jurídicos en casos de omisión o transgresión, reparaciones e indemnizaciones en caso de contrariar la norma sustantiva (Trujillo, 2013).

A manera de conclusión podemos establecer que la Constitución de la República del Ecuador reconoce dos tipos de consulta:

El primer tipo de consulta es un aspecto fundamental de los derechos colectivos reconocidos y garantizados a las distintas comunidades pueblos y nacionalidades del Ecuador. Además, esta consulta posee un doble alcance según el artículo 57: el primer alcance tiene que ver con la consulta libre, previa 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. El segundo alcance, según el numeral 17, implica el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

El segundo tipo de consulta es un derecho difuso aplicable a toda la comunidad; según el artículo 398 y su contenido, 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.

2.2.Marco Jurídico de la Consulta Previa, Libre e Informada

2.2.1. Bloque de Constitucionalidad

El Ecuador según el artículo 1 de la Constitución es un Estado Constitucional de derechos y justicia. Es constitucional porque los derechos y garantías establecidos en la constitución determinan el contenido de la ley, el acceso y ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. Los derechos individuales y colectivos son la finalidad del estado que mediante sus órganos están llamados a garantizarlos a través de mecanismos de participación tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. Los derechos de las personas son límites y vínculos del poder. Por lo tanto la constitución en este sentido es norma jurídica de directa e inmediata aplicación. (Ávila, 2008)

El derecho a la consulta, establecido en el artículo 57 en la Constitución vigente, contiene criterios cualitativos a diferencia de la anterior Constitución de 1998. La norma fundamental señala que la consulta debe ser “previa, libre e informada”, los consultados deberán exponer sus observaciones dentro de un “plazo razonable” y las indemnizaciones han de abarcar los daños culturales ambientales y patrimoniales que pudieran generarse. Asimismo, la consulta tiene el carácter de ser “obligatoria y oportuna” (Ávila, 2012).

En caso de negativa, la forma de resolver es distinta a la de la consulta ambiental pues la Constitución establece que “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.”. En este caso, la decisión no es tomada por la instancia superior competente sino se procede de acuerdo a lo que establece la normativa legal que debe ser promulgada para el efecto. Sin embargo, la Corte Constitucional señaló el mismo efecto como lo veremos más adelante.

De acuerdo con María Elisa Tamariz (2013) sobre la base de una investigación realizada:

El derecho a la consulta es un derecho adquirido gracias a las constantes demandas efectuadas por los movimientos sociales y en especial por el movimiento indígena; la ausencia de éste derecho antes de la década de los noventa permitió la vulneración de los legítimos derechos de grupos minoritarios o pueblos indígenas del Ecuador. La consulta previa es un proceso, que permite el diálogo, el consenso, la reflexión y la resolución de conflictos, en este caso entre las comunidades y el Estado. (p. 18)

El segundo inciso del artículo 57, cuando reconoce y garantiza los derechos colectivos señala expresamente sus fuentes al expresar que los derechos colectivos están tutelados de conformidad con la Constitución, con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos instrumentos jurídicos son parte del bloque de constitucionalidad, el cual debe “(...) entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales.” (Bidart, 1995)

Es el mismo legislador Constituyente que se remite a otras fuentes normativas y jurisprudenciales dándoles legitimidad constitucional e impone su cumplimiento de manera coercitiva y obligatoria.

Estos instrumentos jurídicos son los tratados y convenios internacionales que han sido firmados y ratificados por el Ecuador y los demás derechos que se derivan de la naturaleza humana³.

2.2.2. Instrumentos internacionales

Los instrumentos internacionales pueden ser de dos clases: los tratados internacionales y el *soft law*. Los tratados, convenios, pactos, protocolos poseen similar naturaleza jurídica porque requieren el procedimiento parlamentario al interior de los estados y su ratificación se la hace ante el organismo internacional. Estos cuerpos normativos una vez ratificados son directa e inmediatamente aplicables y son vinculantes para el Estado. En cambio, el *soft law* implica la firma del Estado pero no se ratifica, reconoce derechos sin embargo no tienen mecanismos de protección internacional. (Ávila, 2012)

Entre los primeros encontramos el Convenio 169 de la OIT y en segundo lugar está la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas que tiene el carácter de *soft law*.

2.2.2.1. Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento vinculante para el Ecuador, ratificado por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo No. 1387 publicado en R.O. 311 del 6 de mayo de 1998. Basado en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a ejercer control sobre sus propias instituciones jurídicas y sociales, sus formas de vida, el desarrollo económico y el derecho a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones en el marco del Estado en el que viven. El Estado ecuatoriano complementa este aspecto porque se reconoce y estructura como un Estado Plurinacional e Intercultural. En este sentido, se ha sostenido en diversos informes, que la consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio No. 169. (Tamariz, 2014).

El convenio establece la obligación de los Estados de 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. Se deben establecer los medios para que los pueblos interesados participen libremente y en la misma medida que otros sectores de la población. Las consultas llevadas en aplicación del convenio deben 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 propuestas⁴.

Respecto a los recursos naturales que existan en tierras de los pueblos indígenas, el convenio prevé una protección especial ya que comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales, los recursos del subsuelo o tener derechos sobre otros recursos existentes en las tierras (como en el caso ecuatoriano), los gobiernos deben establecer o mantener procedimientos en miras a consultar a los pueblos interesados con la finalidad de determinar si los intereses de los pueblos son perjudicados. De manera que antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de recursos existentes en sus tierras, los pueblos deben participar siempre que sea posible en los beneficios de las actividades y recibir una indemnización por efecto de cualquier daño⁵.

En otras palabras, se debe ejecutar la consulta previa antes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, antes de la formulación, aplicación y evaluación de planes y

³ Art. 11 Núm. 3 *Ibídem*.

⁴ Art. 6 del Convenio 169 de la OIT

⁵ Art. 15 *Ibídem*.

programas nacionales y regionales y antes de la autorización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas.

La misma OIT, en respuesta de varias organizaciones gubernamentales y sociales publicó una guía para la aplicación del Convenio 169, donde se especifican adicionalmente las características más importantes de las consultas apropiadas. A esta guía se la conoce como el *Programa para Promover el Convenio N° 169 de la OIT* (PRO 169) y fue creada por la OIT en 1996 con el fin de apoyar a organizaciones indígenas y sociales, gobiernos y otros actores relevantes en virtud de la aplicación de dicho convenio. Existe una Comisión de Expertos para la aplicación del convenio y las recomendaciones de la OIT. La Comisión vela por la aplicación de este tratado y emite regularmente posturas y propuestas de mejoras a los Estados que contienen instrucciones específicas. (DPLF, 2011)

2.2.2.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en septiembre de 2007 por su Asamblea General, con el apoyo de 143 Estados. Este instrumento normativo no tiene rango internacional jurídicamente obligatorio, de manera que no es vinculante ni obligatorio para los países miembros de la ONU, sino su función es declarativa u orientativa, es parte del *soft law* de acuerdo a los principios generales de derecho internacional público.

Respecto a la obligatoriedad de este instrumento existen opiniones divergentes. Julio Cesar Trujillo (2013) establece que de acuerdo al artículo 11 numeral 3 en concordancia con el artículo 417 de la Constitución:

“Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sean declaraciones, tratados, convenios, pactos, protocolos o cualquier otra denominación, según el principio de interpretación Constitucional sistemática han de tenerlos en cuenta a todos ellos, en el **mismo pie de igualdad** y sus normas han de armonizarse de modo que se complementan y no se contradigan. En caso de contradicción insalvable se ha de aplicar, de acuerdo con el principio pro ser humano, la norma o la interpretación de la norma que de mejor manera garantice el derecho que se trate” (pág. 322).

La Declaración, si bien no es jurídicamente vinculante, posee una gran relevancia social y política porque los derechos consagrados constituyen normas mínimas para la supervivencia, dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas⁶, de manera que los gobiernos están en el deber moral de tomar en consideración estos aspectos para la implementación de cualquier medida relacionada con los pueblos indígenas.

En relación a la consulta, la Declaración dispone que 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 a 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.⁷

De igual manera, la norma establece que los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de

⁶ Art. 43 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

⁷ Art. 32.2 *Ibidem*.

adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado⁸.

A diferencia del Convenio 169 de la OIT, el concepto de la consulta y/o consentimiento previo en la Declaración de las Naciones Unidas es claramente más pronunciado. Sólo los conceptos “consulta” y “consentimiento” se utilizan más del doble de veces que en el Convenio. (GIZ, 2013)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en varias ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. La norma establece que los desplazamientos de sus tierras o territorios⁹, y el almacenamiento de materiales peligrosos en los mismos¹⁰ no podrán realizarse sin dicho consentimiento.

En este mismo sentido la norma dispone que para los proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o los recursos, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas. Respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, así como la tierra, los territorios y los recursos, que hayan sido privados a los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, existe el derecho a la restitución y/o indemnización a los pueblos indígenas (GIZ, 2013)

2.2.3. Precedentes Jurisprudenciales: Sentencia de la Ley de Minería

La Corte Constitucional del Ecuador emitió una sentencia que aborda el derecho a la consulta prelegislativa. Dicha sentencia ha generado preocupación y cierta sorpresa por las contradicciones en su argumentación y por las figuras jurídicas utilizadas como fundamento de la misma.

La sentencia de la Corte es la No.001-10-SIN-CC dictada el 8 de marzo de 2010 promovida por Marlon René Santi, quien comparece en calidad de presidente de la CONAIE y Carlos Pérez Guartambel, que comparece como presidente de los sistemas comunitarios de aguas de las parroquias Tarqui y otras de la provincia del Azuay, contra varias disposiciones de la Ley de Minería.

Las normas, derechos y principios que están en conflicto son el derecho a la consulta previa prelegislativa, el derecho consulta libre, previa e informada, los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y los derechos del territorio correspondientes las comunidades, pueblos y nacionalidades que están reconocidos y consagrados en el artículo 57 numeral 4, 5, 7 y 17 y artículo 56 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador.

De acuerdo a Porras y Romero (2012) en base a un análisis jurisprudencial de la sentencia de la Corte Constitucional los problemas jurídicos y los argumentos de los que se sirvió la Corte para resolver este caso son los siguientes:

A. ¿Se produjo aplicación directa de la Constitución de los artículos 57 y 398 en el proceso de aprobación de la Ley de Minería?

¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?

La aplicación directa de la CRE implica que todos los actos y normas del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones Constitucionales, por lo que legisladores, jueces y

⁸ Art. 19 Ibídem

⁹ Art. 10 Ibídem.

¹⁰ Art. 29 Ibídem.

demás servidores públicos y particulares deben tomar a la Constitución como norma de decisión. Asimismo, todas las disposiciones del ordenamiento jurídico deben compararse con las normas Constitucionales para determinar si hacen parte del ordenamiento jurídico de forma legítima. Todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme la Constitución.

La Corte considera que en el proceso de promulgación de la ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios de un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por medio de sus máximos representantes. La Corte considera que, en la expedición de la Ley de Minería, a falta de regulación infra Constitucional sobre el tema, se hizo una aplicación directa de la Constitución. El proceso de información y expedición de la Ley de Minería se desarrolló en aplicación directa de la Constitución.

B. ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?

¿Es la consulta prelegislativa un derecho colectivo y cuál es la diferencia entre las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 y la del artículo 398 de la CRE?

¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la CRE?

¿La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería desarrolla el contenido del artículo 57, numeral 7 de la CRE, de no ser así, cuáles son las reglas y procedimientos mínimos?

La Constitución reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades la titularidad de los derechos colectivos. El titular de los derechos colectivos es un sujeto colectivo, su contenido es la garantía de la igualdad material, su existencia no depende de la acción u omisión del grupo sino de un poder jurídico de actuación autónoma en caso de incumplimiento.

Los derechos colectivos garantizan a las colectividades su existencia como grupo y su autonomía frente a otros colectivos, así como frente a otras personas ya sean integrantes del grupo o no.

Los procedimientos mínimos de la consulta prelegislativa son:

La consulta prelegislativa estará dirigida de manera específica a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades antes de la adopción de una medida legislativa que afecte a sus derechos colectivos.

No puede equipararse a la consulta prelegislativa con la consulta previa, libre e informada, contemplada en el artículo 57, numeral 7 ni con la ambiental del artículo 398 de la Constitución.

La consulta prelegislativa es un derecho colectivo

Los pronunciamientos de las comunas, comunidades deben referirse a aspectos que puedan afectar de manera objetiva sus derechos colectivos.

Se consultará única y exclusivamente a las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados de manera real en sus derechos colectivos por una ley. Para identificar a las entidades consultadas se apoyarán en el CODENPE o quien haga sus veces. Los resultados de la consulta serán suscritos por los representantes de las entidades consultadas. La Asamblea Nacional es el órgano responsable de llevar adelante la consulta.

Según por lo establecido por la Corte la consulta prelegislativa tiene cuatro fases:

Fase de preparación de la consulta,
Fase de convocatoria,
Fase de información y realización,
Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta.

Las reglas y procedimientos para dar cumplimiento a la consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería y artículo 57, numeral 7 de la Constitución son:

- ✳ Carácter flexible del procedimiento
- ✳ Carácter previo de la consulta
- ✳ Carácter público e informado de la consulta
- ✳ Reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida
- ✳ Obligación de actuar de buena fe
- ✳ Deber de difusión pública
- ✳ La definición previa y concertada del procedimiento
- ✳ La definición previa y concertada de los sujetos de la consulta
- ✳ El respeto a la estructura social y a los sistemas de autoridad y representación de los pueblos a ser consultados
- ✳ Carácter sistemático y formalizado de la consulta
- ✳ Carácter no vinculante del resultado para el Estado y sus instituciones.

C. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental establecidos en la Ley de Minería?

¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos sobre territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos?

Las normas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, constitución de servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y la consulta ambiental son constitucionales siempre que no se apliquen a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Los territorios indígenas son inembargables, inalienables e imprescriptibles. A partir de esta sentencia, cuando el Estado pretenda iniciar una actividad minera en territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, conforme al artículo 57, numeral 7, por intermedio del ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada conforme los parámetros ya señalados.

D. ¿Cómo debe entenderse el principio de conservación del derecho en el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de la Ley de Minería?

La declaratoria de inconstitucionalidad debe ser la última ratio en aras de evitar sustituir al legislador o al constituyente y en circunstancias extremas debe servir para pacificar conflictos. En virtud del principio *in dubio pro legislatore*, la modulación de sentencias es un mecanismo

idóneo para garantizar los derechos constitucionales, las garantías constitucionales y la supremacía constitucional. (pág. 73-77)

La decisión final de la Corte Constitucional determinó que debido a la falta de cuerpo normativo, que debería regular el contenido de la consulta prelegislativa, el proceso de información y participación que se aplicó de forma anterior a la aprobación de la Ley de Minería, si se lo realizó de acuerdo con la Constitución. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28 31 (en el inciso segundo), 59, 87, 88, 90, 100, 101, 103, 104, 105 de la Ley de Minería y se desecha la impugnación de constitucionalidad por la forma. (Porrás & Romero, 2012)

Igualmente, la Corte señala que la actividad minera que se realice en los territorios de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias debe someterse al proceso de consulta establecidas en el artículo 57.7 de la Constitución hasta que la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley en virtud del principio de reserva de ley. Un aspecto sustancial que la Corte determinó es sobre **el carácter de sustancial y no formal de la consulta prelegislativa.** (Porrás & Romero, 2012)

El contenido de esta sentencia trae varias contradicciones en su argumentación. En la parte motiva los Jueces utilizan erróneamente la regla *rebus sic stantibus*. La aplicación de esta regla propia de la teoría de la imprevisión se utilizó para justificar los procesos apresurados de transformación institucional, ante la falta de regulación legal sobre la consulta prelegislativa. Asimismo, la Corte erró al no considerar los parámetros establecidos en el convenio 169 de la OIT que está vigente desde 1998. De manera que, por el momento de socialización de la consulta y por las circunstancias de transformación histórica, se justifica que los procesos de información y expedición de la Ley se hizo de acuerdo a lo que establece la Constitución. (Parra, 2014)

Más adelante, en el contenido de la sentencia, existe una contradicción argumentativa porque se formula requisitos mínimos de consulta que no se ajustan a los parámetros de consulta legitimados por la propia sentencia de la Corte, provocando de esta forma vulneración de los derechos colectivos y evidenciando la responsabilidad del Estado por inaplicación de los tratados internacionales. (Parra, 2014).

Otro aspecto primordial de la sentencia radica en el uso del mecanismo de sentencia interpretativa con la finalidad de proteger a los sujetos titulares de derechos colectivos. Lastimosamente, este mecanismo es insuficiente porque asume **una posición ideológica al establecer un carácter no vinculante de los resultados de la consulta previa, subordinando los valores comunitarios y las perspectivas éticas y políticas de las minorías culturales y de la naturaleza como valor humano a los valores políticos utilitaristas.** Lo que buscan los sujetos titulares de derechos colectivos es el consenso y la razón dialógica, en otras palabras, una política de dialogo y no solamente la búsqueda del consentimiento. (Parra, 2014)

En definitiva, el fallo de la Corte no da solución a los diversos conflictos mineros. No determina las alternativas de reparación y compensación en caso de daños, no se establece el valor intrínseco de la naturaleza, ni se establece la graduación en caso de afección de estos derechos, tampoco da una solución en caso de colisión bienes jurídicos e intereses entre los distintos actores de los conflictos mineros. (Parra, 2014)

2.2.4. Normativa Legal y Reglamentaria

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana publicada en el Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010 coloca a la (I) consulta previa, libre e informada sobre temas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus

territorios y a la (II) consulta previa ambiental que es dirigida a toda la comunidad, dentro de los denominados mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública. **En este caso la ley no hace diferencia entre la consulta como derecho colectivo y la participación ciudadana en la gestión pública.**

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana respecto a la consulta previa, libre e Informada dispone que:

“(…) 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.”¹¹

Respecto a la Consulta Ambiental la norma señala que:

“(…) 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.¹²

El artículo 83 que trata sobre la valoración prescribe 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 (...)”. En ese aspecto, la ley señala el mismo efecto en caso de oposición para la consulta libre previa e informada del artículo 57 de la constitución como la del artículo 398. **La ley da el mismo efecto para los distintos tipos de consulta, dejando claramente que el pronunciamiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades no es vinculante.** La Constitución en su artículo 57 numeral 7 prescribe que en caso de no existir consentimiento se procederá de acuerdo con la carta magna y con la ley. La ley que debe ser dictada para este aspecto particular tomar en consideración el contexto garantista de la norma suprema y los lineamientos de los tratados y convenios internacionales.

2.2.5. Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa

La CLPI al ser un derecho colectivo garantizado por la Constitución de la República, debe ser desarrollada y regulada a través de una ley orgánica¹³ en virtud del principio de reserva de ley. Este principio es una garantía adicional porque demanda del poder legislativo una forma especial de producción normativa, de manera que el acto normativo sea expresión de la voluntad de los ciudadanos.

¹¹ Art. 81 Ley Orgánica de Participación Ciudadana

¹² Art. 82 Ibídem.

¹³ Art. 133 Núm. 2 de la Constitución de la República del Ecuador

La Asamblea Nacional dictó el Instructivo de Aplicación de Consulta Prelegislativa que bajo el principio de jerarquía normativa ostenta la categoría de resolución legislativa. Lógicamente, esta resolución no tiene carácter de decreto con fuerza de ley porque no es dictados por el poder ejecutivo, ni mucho menos posee el carácter de ley porque no fue dictada de acuerdo al procedimiento parlamentario, sin embargo, este instructivo establece parámetros básicos para la aplicación de la consulta prelegislativa obviando, en algunos aspectos, los lineamientos que se derivan del bloque de constitucionalidad.

Este cuerpo normativo en su objeto nos dice que “(...) regula el ejercicio del derecho [a la consulta previa, libre e informada] de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio, titulares de derechos colectivos (...)”. **Aquí se evidencia la inconstitucionalidad del Instructivo por arrogarse competencias que no le corresponde al desarrollar derechos fundamentales.**

En relación a la responsabilidad de la ejecución de la consulta prelegislativa el instructivo dictamina que la Asamblea Nacional es el órgano responsable y se ejerce a través de la respectiva Comisión Especializada Permanente u Ocasional. El Presidente de la respectiva Comisión es el responsable del desarrollo de la misma.¹⁴

Asimismo, el instructivo establece los principios básicos que son pilares del texto normativo y están prescritos en el artículo 5 del instructivo. Los principios son los siguientes:

Principio de oportunidad

La consulta se realizará antes de la expedición de cualquier Ley que pudiere afectar los derechos colectivos.

Principio de Plazo razonable

La consulta se realizará respetando el tiempo necesario para el desarrollo de las fases de la consulta prelegislativa; y, especialmente, de las deliberaciones internas y de los titulares de derechos colectivos.

Principio de Buena fe.

Señala que, durante el proceso de consulta, la Asamblea Nacional y los titulares de derechos colectivos que están vinculados en temas sustantivos para ser consultados, actuarán con honradez, probidad, transparencia, diligencia, responsabilidad, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo.

Principio de Interculturalidad y plurinacionalidad.

Si bien no es un principio *per se* sino una característica del Estado, la norma señala que la consulta se desarrollará dentro del marco de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y acción afirmativa.

Principio de Información veraz y suficiente.

La Asamblea Nacional proporcionará a titulares de derechos colectivos que están vinculados a temas sustantivos para ser consultados, toda la información objetiva, oportuna, sistemática y veraz relativa a la consulta, por cualquier medio, forma y en los idiomas de relación intercultural.

¹⁴ Art. 4 Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa

Principio de Autonomía

La participación deberá ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno, respetando su autonomía.

De igual manera, el instructivo establece cuatro fases de realización de la consulta prelegislativa. La primera es la fase de Preparación que consiste en delimitar los temas sustantivos y su debida fundamentación para ser sometidos al mecanismo de consulta prelegislativa.¹⁵ La segunda fase es la de convocatoria pública e inscripción, que busca la representación de las organizaciones a nivel local y nacional que sean titulares de derechos colectivos y estén vinculados a temas sustantivos para inscribirse y participar en la consulta.

La tercera fase es la realización de la consulta, que aborda la discusión interna entre los distintos niveles de organización de los sujetos de consulta de acuerdo con sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones.

La última fase es de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa abarca la recepción de documentos y compilación de los resultados para proseguir con audiencias provinciales públicas con la finalidad de socializar resultados e identificar consensos y disensos. Se publicará un Informe Final con los resultados de la consulta que debe ser remitido a quien ostente la Presidencia de la Asamblea para el cierre de la consulta.¹⁶

La ECUARUNARI manifestó su rechazo al Instructivo a través de un asambleísta del partido indígena Pachakutik ya que consideran que el instructivo es inconsulto, no tiene el carácter de vinculante, existe violación al principio de reserva de ley, no cumple con los estándares establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos relativos al sujeto y al objeto de consulta.

Su exigencia es la creación de una Ley de CLPI que tenga el carácter de vinculante y se realice a través de sus instituciones representativas tal como lo determinan los instrumentos internacionales.

¹⁵ Art. 7 Ibídem

¹⁶ Art. 20 Ibídem.

3. Análisis de las características de la Consulta Previa

3.1. Debe ser previa

Si el objetivo de la consulta es tutelar los derechos colectivos de las distintas comunidades pueblos y nacionalidades, la consulta debe ser anterior a las medidas normativas o administrativa que puedan afectar a los sujetos de derechos colectivos. De manera que cuando se efectúa la consulta de forma posterior, esta se vuelve inútil e inoficiosa y solamente servirá como mecanismo compensatorio en caso de reparación integral.

Debe ser previa para que el sujeto a quien se consulta cuente con el tiempo para recopilar información y debatirla internamente. En materia de consulta prelegislativa la característica de ser *previa* se ve manifestada en su ejecución de forma anterior a la presentación del proyecto legislativo y en casos de proyectos de desarrollo antes del inicio del proyecto

La Consulta debe ser *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.

Según Sotomayor (2013) citando a Clavero:

(...) Previo significa que se permite tiempo suficiente para la recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto. No deberá existir ninguna presión para tomar la decisión con prisa, ni ninguna limitación temporal. Ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado. (pág. 34)

El Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas James Anaya (2008) indica que

(...) las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas (pág. 20)

La Constitución reconoce el carácter de “previo” de la Consulta en el inicio del numeral 7 del artículo 57 y señala en el numeral 17 del mismo artículo que la Consulta debe ser “antes” de la adopción de una medida legislativa. El Convenio de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19 establece claramente que las consultas deberán realizarse antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.

3.2. Debe ser libre

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 "dividir para conquistar". Esta característica, implica la ausencia de cualquier tipo de amenaza o represalia si la decisión final es un "no"

como se verificó en el caso Sarayacu frente al Estado ecuatoriano¹⁷. El objetivo de esta característica es que no exista coerción, intimidación ni manipulación dentro del proceso de consulta.

Por regla general los procesos de consulta pierden su legitimidad por incumplir esta característica debido a que los sujetos consultados han sido objeto de presiones de todo tipo, lo que les ha impedido influir efectivamente en las decisiones que afectan sus intereses. (Sotomayor, 2013)

En caso que los titulares de los derechos colectivos no presten su consentimiento en ejercicio de su derecho a la libre determinación, no debe existir amenazas, represalias, persecución ni judicialización a los miembros de las distintas comunidades pueblos y nacionalidades. (Ávila, 2015)

El Estado, entonces, es el garante del cumplimiento de esta característica en todo proceso de consulta, lo cual implica el respeto a los procesos internos de cada comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad desde sus tradiciones propias. (Carrión, 2013)

3.3. Debe ser informada

La información sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables así como la información sobre las medidas legislativas que puedan afectar sus derechos debe ser objetiva y completa. Asimismo, el acceso a la información debe ser oportuno para conocer el alcance de las medidas a ser adoptadas o las normas a ser aprobadas.

El objeto de la consulta debe estar determinado, individualizado y caracterizado de manera que los sujetos consultados conozcan el contenido y alcance de la consulta mediante un lenguaje propio y sencillo con la finalidad de hacer accesible la información a los sujetos consultados.

James Anaya Relator de las Naciones Unidas respecto a la característica de *informada* indica que:

(...) Uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que ésta sea informada, es decir, que los pueblos indígenas, sus comunidades y al menos un número significativo de sus miembros tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones de la reforma constitucional, solicitar información adicional o asesoramiento técnico. Dicha información presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen. (párr. 26)

La Defensoría del Pueblo (2011) en base a lo dicho por James Anaya señala que se debe contar con información necesaria que abarque:

El alcance y las implicaciones de la medida normativa que se trate,
Que en caso de ser necesario se proporcione información adicional,
Los pueblos y nacionalidades, si lo requieren, cuenten con asesoría técnica.

De acuerdo con la Guía sobre el Convenio. 169 de la OIT (2009) la información sobre las medidas administrativas, debe contener información que contenga por lo menos la naturaleza,

¹⁷ La táctica de “dividir para conquistar”, en el caso Sarayacu, se manifestó a través hechos específicos como la contratación de equipos de sociólogos y antropólogos dedicados a programar relaciones comunitarias. Esta estrategia consistió en dividir a las comunidades, manipular a dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones.

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

En otras palabras, esta característica no implica una mera información o difusión pública de la medida a través de talleres informativos, reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes. De hecho Nina Pacari en su voto salvado en la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería reconoce que “las reuniones de amplia convocatoria ciudadana (...) en el cual han participado algunos dirigentes indígenas no constituye un proceso de consulta prelegislativa adecuada a los pueblos indígenas, sino simples audiencias a las que pudieron acudir como cualquier ciudadano.” (Corte Constitucional, 2010)

La Consulta Informada comprende el acceso oportuno a la información completa, objetiva y necesaria para comprender los distintos efectos que podría tener cualquier medida atentatoria de derechos colectivos. Además la información proporcionada debe estar en el lenguaje originario de las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades consultadas y es menester hacerlo mediante formas comprensibles y accesibles para garantizar que la información pueda ser comprendida. La información no puede descansar en una oficina administrativa, como fuente de consulta, sino debe llegar a los lugares donde habitan los sujetos consultados, para garantizar su acceso.

La Constitución reconoce otra característica de la consulta que es el *plazo razonable* aspecto el cual no está desarrollado¹⁸, sin embargo debe entenderse de acuerdo el principio de buena fe que nos enseña que “la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fé de ambas partes y la finalidad de alcanzar un mutuo acuerdo (CIDH, 2010)

En definitiva la consulta debe ser previa, libre e informada, características que revisten un aspecto sustancial y fundamental en el derecho a la consulta. No obstante, es importante indicar que no existe una receta mágica para aplicar fielmente estas disposiciones debido a que todo dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso en concreto.

Así pues el Convenio 169 de la OIT señala que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país” con la finalidad de tutelar el derecho de libre determinación de los pueblos y la adopción de procesos democráticos en el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada. (Carrión, 2013) por lo que, como conclusión, podemos señalar que la calidad de los procesos de consulta son variables en función a los casos en concreto.

4. Parámetros del Derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada

4.1 Propósito

¹⁸ El Instructivo si hace referencia al plazo razonable, pero no desarrolla un contenido dogmatico.

La consulta previa es de gran relevancia e importancia en especial para las comunidades, pueblos y nacionalidades titulares de derechos colectivos garantizados por el Estado. A través de la consulta se cumplen 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. (Tamariz, 2013)

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 a la libre determinación consagrado en la carta magna que también reconoce que el Ecuador es un Estado Plurinacional.

De acuerdo con el derecho internacional¹⁹ el propósito de la Consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado. Sin duda, este es uno de los puntos más controvertidos para la protección del derecho a la consulta porque esta relacionada con la necesidad de obtener el consentimiento de la comunidad afectada por la aprobación de leyes, medidas administrativas, proyectos de uso, prospección o explotación de recursos naturales y construcción de obras de infraestructura. (DPLF, 2011)

De acuerdo con la Fundación para el Debido Proceso Legal:

(...) los pueblos indígenas consideran que el consentimiento libre, previo e informado es un requisito indispensable de la consulta y una manifestación del ejercicio de su derecho a la libre determinación, definido en la normativa internacional de derechos humanos, que abarca todos los proyectos que los afectan. Asimismo, consideran que el derecho a la consulta les concede un “derecho de veto”. Por otro lado, los Estados quieren que las normas que regulen el derecho a la consulta señalen expresamente la inexistencia de un “derecho de veto” de las comunidades sobre las decisiones adoptadas por las autoridades, que pueda detener proyectos aprobados por ellas

Si bien se trata de un punto complejo, los parámetros internacionales arrojan luz al señalar que el consentimiento previo, libre e informado, otorgado de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo o pueblos afectados es la finalidad de todo proceso de consulta. Esto significa que la consulta debe estar claramente encaminada hacia la obtención del consentimiento, y para ello debe cumplir ciertos requisitos mínimos que han sido establecidos. (pág. 22)

El Convenio 169 de la OIT, establece que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fé y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. En este mismo sentido la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19 prescribe 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.”

La consulta previa tiene como finalidad el obtener el consentimiento libre del pueblo indígena, tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, puesto que se habla del "consentimiento, libre, previo e

¹⁹ La Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso Saramaka vs Surinam determino la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, informado y previo de acuerdo a las costumbres y tradiciones. De igual forma, en 2003, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó al Estado ecuatoriano que se recabe previamente el consentimiento de las comunidades indígenas en relación con la explotación de los recursos del subsuelo de sus territorios.

informado". De esta forma, se busca evitar la simple comunicación a las comunidades, las prebendas, el chantaje y la amenaza. (Tamariz, 2013). A través de la consulta, no se intenta captar un permiso o 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.

De acuerdo con las Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas (2013) del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas:

- “El consentimiento, significa que deben procurar compartir el sentimiento, el parecer entre consultantes y consultados, acercar posiciones, poner de acuerdo. Deben ser, por tanto, espacios para el diálogo transparente y sincero, en los que genuinamente se busquen acuerdos eficaces. Un resultado legítimo de una buena consulta de buena fe y efectiva es que los Pueblos Indígenas lleguen a una decisión final libremente informada final de sus propios procedimientos e instituciones representativas.
- Se ha definido al consentimiento libre, previo e informado como el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas a participar en la toma de decisiones, y a otorgar o negar su consentimiento a actividades que afecten sus tierras, territorios y recursos o derechos en general. (...)
- Esta misma institución que señala “si no se logra el consentimiento o el acuerdo, la consulta fracasa, no debería prosperar la ejecución del proyecto consultado, y el Estado deberá acordar con los consultados un tiempo adecuado para reiniciar el diálogo o desechar la decisión no consentida.”

4.2. Procedencia.

Nuestra Constitución en este aspecto es clara al establecer los casos en los cuales debe realizarse la consulta. En primer lugar cuando trate 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 y antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos; de acuerdo al artículo 57 numeral 7 y 17.

La Consulta procede no solo 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. (Tamariz, 2013)

Respecto a la temporalidad la Constitución indica que la consulta debe realizarse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser entendido de acuerdo al principio de buena fe con la finalidad de “(...) conseguir el consentimiento, libre, previo e informado con suficiente antelación al comienzo y autorización de las actividades, teniendo en cuenta el proceso de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, en las fases de: Evaluación, Planificación, Aplicación (exploración y explotación), vigencia, y cierre del proyecto” (Jahncke & Meza, 2010).

La Corte Constitucional de Colombia (2008) respecto al Convenio 169 de la OIT indicó que el instrumento (...) no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, lo cual quiere decir por una lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional.

4.3. Objeto

Como hemos dicho la Constitución ecuatoriana reconoce expresamente el derecho a consulta previa para proyectos de explotación de recursos naturales no renovables y para medidas legislativas. No obstante, estos aspectos “(...) no pueden ser interpretadas de forma restrictiva, limitando las situaciones que dan lugar a la consulta, ya que tal como se evidencia en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, en el caso de las medidas administrativas, su alcance en el marco jurídico nacional no está restringido únicamente a la explotación de recursos naturales” (Sotomayor, 2013)

De acuerdo a Sotomayor (2013) los casos en los que se debe consultar son los siguientes:

- (...) Al considerar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art.6.1, C 169 OIT – art 19 DPI)
- Antes de explorar o explotar recursos del subsuelo (art.15.2, C 169 OIT) y utilización de tierras y territorios para proyectos mineros (art. 30.2 DPI)
- Utilización tierras para actividades militares (art. 30.2 DPI)
- Siempre que se considere la capacidad de los pueblos indígenas de enajenar sus tierras o de transmitir las fuera de su comunidad (art. 17.2, C 169 OIT)
- Antes de ser reubicados (art.16.2, C 169 OIT)
- Al organizar e implementar programas de formación profesional especiales (art.22, C 169 OIT)
- Adopción de medidas eficaces para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia (...) entre pueblos indígenas y otros sectores sociales (art. 15.2, DPI)
- Adopción de medidas eficaces para facilitar el derecho de los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales a mantener y desarrollar contactos a través de las fronteras (art. 36.2, DPI) (pág. 55).

Se deben consultar los impactos y consecuencias que podría generar la actividad, proyecto o medida que se va a adoptar y la forma de mitigar, prevenir y compensar. El principal objeto de la consulta es buscar el consentimiento de la comunidad, después de haberse definido de manera clara los planes y resultados así como los beneficios y detrimentos que pueden reportar a las comunidades.

Un aspecto sustancial que está en relación con el objeto de consulta es la información, la cual debe ser completa sobre los planes de la actividad, proyecto o medida y las especificaciones necesarias para conocer y comprender las actividades a realizarse. De esta manera, se busca garantizar el derecho a la consulta con la finalidad de asegurar los beneficios que se obtengan del proyecto o medida.

Además, se tiene que presentar cualquier tipo de información adicional o asesoramiento técnico que se requiera. La información que sea relevante debe ser certera, completa y clara y se debe dar facilidad a las comunidades respecto a la traducción de la información a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde se hablen dichas lenguas. (Tamariz, 2013)

Así mismo, se debe organizar dar las reuniones que sean necesarias para tratar sobre la información o los elementos específicos de procedimiento para llevar a cabo el proyecto. Las reuniones se deberán hacer con la presencia de las autoridades, expertos en el tema tanto indígenas como no indígenas, las comunidades y sus representantes. (Tamariz, 2013)

4.4. **Quién o quiénes son objeto de la consulta**

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades como sujetos titulares de derechos colectivos. Por lo tanto, son estos sujetos quienes tienen el derecho a ser consultados. Además, la norma fundamental amplía el abanico de titularidad porque también reconoce como titulares de derechos colectivos a los sujetos, establecidos en la ley, en los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos. En otras palabras, quienes deben ser consultados son aquellos sujetos que reúnan la calidad de titulares de derechos colectivos según el marco jurídico ecuatoriano.

Un factor de suma importancia en este contexto es la representatividad. Los procesos de consulta deben llevarse a cabo a través de las instituciones representativas de las comunidades, pueblos y nacionalidades, aspecto el cual está íntimamente relacionado con el carácter libre de la consulta. Por lo tanto, antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad. 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. (Carrión, 2013)

De acuerdo con las Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas (2013) del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas

(...) Al respecto de la representatividad de las instituciones de los Pueblos Indígenas, el Consejo de Administración de la OIT adoptó un informe del Comité Tripartito conformado para conocer una querrela por violación del Convenio 169 de la OIT en el que se señaló que: Dada la diversidad de los Pueblos Indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, **lo importante es que ésta sea el fruto de un proceso propio, interno de los Pueblos Indígenas.**

(...) Es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados». (...) el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. [Es] (...) difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio. (pág. 26)

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

En resumidas cuentas, los titulares de derechos colectivos son quienes deben ser consultados de manera previa al inicio de cualquier proyecto, actividad o medida que pueda afectar sus derechos colectivos. Sin embargo, identificar en la práctica a los sujetos de la consulta no es fácil y es materia de controversia en torno a los derechos colectivos. En todo caso corresponde al Estado definir el ámbito de impacto de la medida y permitir que quienes se sientan afectados manifiesten las razones. (Ávila, 2015).

Como último detalle en relación a la consulta prelegislativa la Corte Constitucional se manifestó e señaló el indicador para identificar a las entidades consultadas. La Corte decidió que para identificar a los titulares de derechos colectivos se apoyarán en el CODENPE o quien haga sus veces. (Corte Constitucional, 2010)

4.5. **Cómo se debe consultar**

Es el Estado el responsable de regular a través de la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades. El Estado Ecuatoriano mediante el Instructivo de Aplicación de Consulta Prelegislativa (explicado en este mismo Informe) reguló este aspecto vulnerando, como ya hemos manifestado, un mandato constitucional al no tomar en consideración el principio de reserva de ley.

Nuestra legislación interna no está suficientemente dotada de elementos claros que determinen el procedimiento que debe seguirse para cada caso, sino a través de reglamentos y resoluciones respectivos en materias específicas²⁰. Por lo tanto, en virtud del principio de Jerarquía Normativa se debe aplicar los procedimientos de acuerdo a los lineamientos y directrices establecidos en los cuerpos normativos que forman el bloque de constitucionalidad de acuerdo al caso en concreto que se trate.

En este sentido, el convenio 169 de la OIT en su artículo 6 en concordancia con los artículos 7 y 15 establece que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, estableciendo medios para la participación de los mismos. Además, 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 estableciendo los mismos parámetros la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

4.6. **Efectos de la consulta**

Una vez efectuada la consulta cumpliendo todos sus requisitos sustanciales tenemos que cuestionarnos si el consentimiento posee un carácter vinculante o no. Existen varias y divergentes opiniones al respecto. **No darle a la consulta previa un efecto vinculante trastoca su objetivo y lo minimiza a un simple sondeo de opinión frente a una decisión del Estado.** (Ávila, 2015)

De conformidad con las directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas (2013) del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas

Las consultas a los Pueblos Indígenas, por tanto, deben ir orientadas a obtener el Consentimiento libre, previo e informado. Si se lo obtiene, la autoridad pública Competente adoptará la decisión acomodándola de acuerdo a los cambios propuestos por los consultados para posibilitar el consentimiento. **Si éste no se obtiene, el proceso resulta trunco e ineficaz y no puede darse por concluido. El Estado deberá acordar con los consultados un tiempo adecuado para reiniciar el diálogo o desechar la decisión que no obtuvo consentimiento.**

La CEDR al respecto, ha puesto de relieve en varias observaciones finales a los Estados que **encomienda la necesidad de obtener dicho consentimiento.** Ejemplo de lo anterior es la observación final que realizó el CEDR a Ecuador en el 2003, en la que anotó que, [...] en cuanto

²⁰ En el Registro Oficial 759 mediante el Decreto Ejecutivo No. 1247, entró en vigencia el “Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos”

a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la recomendación general xxiii del comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa (pág. 48)

Lastimosamente nuestra normativa interna no toma en consideración este aspecto.

La Constitución de la República señala respecto a la consulta previa libre e informada que en caso de oposición mayoritaria se procederá de acuerdo a la Constitución y la ley, aspecto el cual no ha sido regulado minuciosamente a través de un cuerpo legal sino a través de instructivos y resoluciones los cuales no dan mayores detalles al respecto.

La Corte Constitucional se manifestó en este mismo sentido al establecer el carácter de no vinculante de la Consulta para el Estado y sus instituciones. La Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social señala 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. **En resumidas cuentas, nuestro sistema jurídico reconoce que la opinión de los sujetos titulares de derechos colectivos no es vinculante para el Estado.**

Desde este punto de vista, es imprescindible señalar que si bien la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre cualquier norma jurídica o actor del poder público como es el caso del Convenio 169 de la OIT, por lo que se debe tener en cuenta los principios como de buena fe que reconoce este instrumento internacional.

5. Casos emblemáticos relacionados a la CLPI en Ecuador

5.2. Caso Pueblo Sarayacu vs Ecuador

"La sentencia, es una contribución fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y un ejemplo de reivindicación de la lucha social del pueblo Sarayaku."

En 1992, las tierras del pueblo Sarayaku fueron reconocidas por el Estado ecuatoriano, sin embargo, en julio de 1996 el Estado suscribió con el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) y Petrolera Argentina San Jorge S.A, un contrato para la exploración de hidrocarburos en la octava ronda de licitación que incluyó el Bloque 23, cuya área de influencia es habitada mayoritariamente por el pueblo kichwa Sarayaku ubicado en la provincia de Pastaza a riberas del río Bobonaza. En este tiempo la Constitución de 1998 se había adoptado y el Convenio N° 169 de la OIT había sido ratificado. Muchos líderes, abogados y miembros de la comunidad sufrieron amenazas graves contra la vida y la integridad física, además la comunidad soportó la ocupación militar de la zona, la colocación de explosivos por parte de la compañía para continuar sus proyectos, el desplazamiento forzado y la modificación de su tejido social y cultural. (DPLF, 2011)

El 19 de diciembre de 2003 la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayacu presentó una solicitud ante la CIDH para que su caso sea tratado. Los hechos trascendentales del caso son consecuencia del contrato celebrado entre la empresa CGC y el Estado ecuatoriano para la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo Sarayaku, aspecto el cual se efectuó sin realizarse la consulta a la comunidad.

En el año 2002 la CGC ingresó reiteradamente al territorio de Sarayaku para realizar los estudios de impacto ambiental, violando la prohibición expresa de Sarayaku de ingresar en su territorio, con el objetivo de sembrar 1500 kg de pentolita en la superficie y al interior de la tierra en zonas estratégicas de importancia vital para la comunidad (Tamariz, 2013). Se restringió fuertemente la libertad de movimiento de la población local y sus posibilidades de uso de la tierra. Gran parte de esta mezcla explosiva se encuentra aún enterrada en el territorio de Sarayaku.

La empresa construyó pistas de aterrizaje de helicópteros y senderos para estudios sísmicos. Como consecuencia se talaron bosques, se destruyeron superficies agrícolas, zonas de producción de plantas medicinales y se afectaron los manantiales de agua. También se destruyeron sitios cultural y espiritualmente importantes para las comunidades Sarayaku y se deterioraron las relaciones con las comunidades vecinas, así como las relaciones dentro de sus propias comunidades, las cuales se vieron afectadas con los procedimientos de la empresa petrolera. (Tamariz, 2013)

Entre otros aspectos de igual importancia está la incriminación hacia la empresa petrolera CGC por haber realizado gestiones de manera directa con los miembros de las comunidades sin tomar en consideración a sus instancias representativas de acuerdo a su forma de organización política. Asimismo, la empresa ofreció proyectos sociales y puestos de trabajo a las comunidades para que brinden su consentimiento. Varios miembros del Pueblo Sarayaku criticaron a la empresa por intentar manipular y dividir a la población local e intentar silenciar o deslegitimar las voces críticas a través de injurias y agresiones físicas. Sin embargo, el Pueblo Sarayaku se opuso a las actividades que se planificaron. (GIZ, 2013)

Después de una década de litigio ante la Comisión Interamericana y en la CIDH, la justicia internacional le dio razón al pueblo Sarayaku por los actos que amenazaron su territorio, su vida, su formas de organización social y cultural, ya que el Estado impuso un proyecto petrolero

en su territorio, sin antes haberle informado, consultado, mucho menos logrado su consentimiento. (GIZ, 2013)

La actividad petrolera significó para Sarayaku la militarización de su territorio, la destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso la pérdida y deterioro de elementos sagrados en su cultura y cosmovisión (GIZ, 2013). **La presencia petrolera significó violencia, dolor y sacrificio para la gente del pueblo Sarayaku por la destrucción y deterioro de elementos naturales de especial significación.** Varios árboles sagrados fueron talados y el propio suelo de su selva fue horadado y sembrado de explosivos. (Melo, 2015).

Se visibilizó la existencia de un entramado de poderosos intereses transnacionales que no podían ser enfrentados únicamente desde la resistencia local, sino que requerían nuevas estrategias que, a través del uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos permitieron evidenciar el abuso y discutir estos temas en ambientes nacionales e internacionales

Después de todo el proceso jurídico, la sentencia dictada por la CIDH fue favorable a Sarayaku y a la vez es consecuencia de un esfuerzo de los miembros de la comunidad que fueron participantes activos y protagónicos del proceso. La sentencia es un hito en la lucha de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos. Desde el punto de vista jurídico, la sentencia aborda varios temas importantes porque reconoce, entre otros, los siguientes puntos:

Los Pueblos Indígenas son sujetos de derechos colectivos.

Reconoce que el deber de consultar es un Principio de Derecho Internacional y define que el deber de consultar es del Estado y no puede delegarlo a empresas o terceros interesados y manda a organizar el ejercicio del poder público con normativa e instituciones representativas según estándares internacionales

El derecho a la consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas está vinculado a un conjunto de derechos colectivos de los pueblos indígenas, y es soporte del Estado plurinacional. (GIZ, 2013)

Avila (2015) indica, en base del desarrollo jurisprudencial de la CIDH, los estándares mínimos que la consulta debe cumplir:

Ser *previa* como lo determina el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, de lo contrario no se podría determinar si los intereses de los pueblos serían perjudicados.

Ser de *buena fe y propender acuerdos*; no agotarse en un simple trámite, para alcanzar consenso debe concebirse como un instrumento de participación a través del diálogo, basado en los principios de confianza y respeto mutuo; no coerción e intentos de desintegrar a las comunidades a través de corrupción, establecimiento de liderazgos paralelos, o negociaciones individuales con sus miembros.²¹ La consulta 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.” (CIDH, 2012)

Ser *adecuada y accesible*; esto es a través de procedimientos culturalmente aceptados, según las tradiciones de los pueblos consultados, y considerado la naturaleza de la consulta; por lo tanto es inapropiado estandarizar un procedimiento.

Ser *Informada*; el plan de desarrollo o inversión debe incluir el conocimiento de los riesgos ambientales, salubridad, económicos y culturales; lo cual conlleva a que el Estado brinde

²¹ (párrafo 177 de la Sentencia)

información y reciba la percepción de los consultados a través de una comunicación constante. El art. 7.3 del Convenio obliga al Estado a efectuar estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural, y sobre el medio ambiente en actividades de desarrollo que puedan afectarlos, y asegurar que sus miembros tengan conocimiento del proyecto y posibles afecciones, para evaluar si aceptan el plan; norma que se relaciona con el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

La sentencia también dictaminó significativas reparaciones a favor del Pueblo de Sarayaku, que comprenden reparaciones económicas, medidas de restitución como la extracción de los 1,400 kilos de explosivos que la empresa petrolera dejó en el territorio de Sarayaku, medidas simbólicas como la difusión de la sentencia y la realización de un acto de disculpas públicas y garantías de no repetición, aspectos los cuales son parte de la reparación integral.

En este contexto histórico donde los conflictos socioambientales son problemas de relevancia internacional y donde los actores son los pueblos indígenas que reclaman por la reivindicación de su derecho a la consulta como engranaje de los demás derechos colectivos, la sentencia del caso Sarayaku es un aporte jurídico y político al ser un fallo vinculante para el Estado Ecuatoriano y precedente obligatorio en los países del sistema de la OEA. La sentencia, es una contribución fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y un ejemplo de reivindicación de la lucha social del pueblo Sarayaku.

5.3. Proyecto Mirador, provincia de Zamora Chinchipe

"La empresa dice para lo que sirve el cobre, no habla sobre los impactos.
Ésa es la socialización"
(CEDHU, 2010).

En el cantón El Pangui, provincia de Zamora Chinchipe, se encuentra concesionada una amplia zona a la minera a la empresa de capitales chinos Ecuacorriente S.A. (ECSA) la cual emprende uno de los proyectos a gran escala de cobre y oro que recibe apoyo político directo del gobierno ecuatoriano. El proyecto "Mirador" está ubicado en una zona vulnerable por su alta pluviosidad y actividad sísmica, así como su alta biodiversidad y territorio de la nacionalidad Shuar.

ECSA a su vez pertenece al consorcio chino CRCCTongguan, el cual está conformado por las empresas estatales chinas Tongling Non Ferrous Metals y China Railways Construction Corporation, dos grandes productoras y refinadoras de metales en China.

"Ante la resistencia de muchos finqueros o en ciertos casos, de comunidades shuar para vender o desalojar sus tierras, ECSA ha actuado principalmente, por dos vías: una mediante la compra de las tierras a los comuneros y la otra, por medio de la figura de servidumbre" (CIAP, 2015) El problema radica en que la servidumbre supuestamente sería temporal, para este caso la temporalidad es de al menos 25 años renovables de conformidad al Art. 36 de la Ley de Minería, y así, luego de las actividades mineras, las tierras de los campesinos quedarían obsoletas para actividades agrícolas.

Ya que la empresa minera decide cuales son sus requerimientos para la actividad, y la empresa tiene el apoyo de todo el aparato estatal, especialmente de la ARCOM, los campesinos quedan en eminente desventaja para hacer valer sus derechos. En los últimos años frente a que no han existido acuerdos entre las comunidades y ECSA, la ARCOM ha emitido resoluciones que obligan a los campesinos a entregar sus tierras, vía servidumbre o por reivindicación, ya que antes de que ECSA sea comprada por capitales chinos, ésta empresa pasó por manos de BHP Billinton (Australia) y Corriente Resources (Canadá) hasta el año 2004, tiempo en el que estas empresas habrían comprado tierras a los campesinos, que hoy ocupan esos predios.

¿Ha existido un proceso de consulta libre, previa e informada?

No ha existido. La situación más crítica ocurre en la parroquia Tundayme, en el barrio San Marcos, el cual, prácticamente ha desaparecido "La destrucción del barrio comenzó el 12 de mayo del 2014, cuando operarios de la minera china, con protección de la policía, derrumbaron la escuela y la iglesia que habían sido levantadas con el trabajo comunal." (Bayón, 2015) posteriormente, en septiembre del 2015, 16 familias fueron ya desalojadas y el 16 de diciembre de 2015, se sumaron 12 familias más. Los desalojos son realizados por miembros de la ARCOM, Policía Nacional y guardias privados. En este caso en específico la demanda por parte de los campesinos no era tanto una demanda económica, sino más bien una permuta con terrenos de condiciones similares que les permita llevar una vida a la que estaban acostumbrados.

La CONAIE a través de su presidente, Jorge Herrera, en un comunicado de prensa el 16 de diciembre de 2015 señala "Es lamentable que el gobierno utilice a la Policía Nacional para reprimir, hostigar, amedrentar, desalojar a sus propios hermanos, con todos estos actos violentos el gobierno está sembrando en la ciudadanía una temible respuesta, que provoca indignación y repudio de la población contra su Gobierno y sus "amigos aliados"; los Pueblos y Nacionalidades no Toleraremos más atropellos, defenderemos nuestros territorios de vida, en toda sus dimensiones. Como CONAIE rechazamos categóricamente esta política violenta extractivista del Gobierno de Rafael Correa y responsabilizamos de todo lo que pudiere ocurrir en el futuro en la población afectada." (CONAIE, 2015)

Asimismo, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), ha emitido un pronunciamiento frente a los desalojos ilegales y derrocamientos de las viviendas en Tundayme, indicando que suponen un atropello a los derechos humanos. Varios, sin embargo, la situación hasta la fecha de este informe no ha cambiado.

5.4. Proyecto Loma Larga, provincia del Azuay.

Generalidades del proyecto.

El proyecto minero Loma Larga, se encuentra en la etapa de exploración y se desarrolla en los cantones de Cuenca, Girón y San Fernando, provincia del Azuay. Hasta el año 2013, la empresa que llevó adelante las actividades de exploración fue IAMGold, luego la concesión pasó a manos de la empresa INVMetals Inc, cuya subsidiaria en Ecuador es INV metales Ecuador S.A. empresa canadiense que tiene también otro proyecto de cobre y plata en Namibia, África.

Datos técnicos del proyecto minero "Loma Larga" INVMetals Inc.	
Tiempo estimado de vida de la mina	13.25 años
Tasa de producción promedio	948 toneladas día
Toneladas procesadas	4.6 millones toneladas
Grados de calidad de los minerales extraíbles	7.67 g/t Au, 0.46% Cu, 38.38 g/t Ag
Recuperación promedio	90% Au, 82% Cu, 94% Ag
Producción promedio de Oro al año	80.000 onzas
Producción total de oro	1024 millones onzas
Producción total de plata	5.3 millones de onzas
Producción total de cobre	38 millones de libras

Tabla 2. Datos generales proyecto minero "loma Larga". Fuente: INVMetals Inc.

Los costos de inversión son de aproximadamente USD\$244 millones de dólares que de acuerdo a la presentación INVMetals sobre el proyecto empiezan a recuperarse desde el cuarto año, con una tasa de retorno a la inversión de aproximadamente el 16% (INVMetals, 2015) Estos datos puestos en contexto político y social generarían al Estado ecuatoriano ingresos por regalías mineras que según la planificación del gobierno sería la Empresa pública Ecuador Estratégico la encargada de administrar esos fondos. A decir del Ministro de Minería, Javier Córdova "...el 60% de las regalías mineras se invierten en el desarrollo local de las comunidades cercanas a los proyectos mineros estratégicos, a las cuales además se les brinda apoyo en procesos productivos locales." (INIGEMM, 2015) El gobierno por su parte asegura que "...se prevé generar 183 empleos directos, 331 empleos directos en la etapa de construcción de la mina y 1.500 empleos indirectos en la fase de explotación." (MCSE, 2015)

¿Ha existido un proceso de consulta libre, previa e informada?

No. El 21 de noviembre del 2001 la empresa "IAMGold" obtuvo del Estado, sin el consentimiento de las comunidades, la concesión para la explotación minera de un área aproximada de 12.962 hectáreas, dentro de territorios pertenecientes a las parroquias de Tarquí, Victoria del Portete, Chumblín, Banos y San Gerardo, en los cantones de Cuenca, Girón y San Fernando (Pérez, 2012) El proyecto minero Quimsacocha está situado a unos 30 km al suroeste de la ciudad de Cuenca, en la provincia del Azuay. El proyecto se ubica a una altitud en el rango de 3500 a 3900 msnm y ocupa un área de 12.500 ha. Las concesiones mineras están ubicadas en un área declarada como "bosque y vegetación protectores" de la cuenca del río Paute, microcuenca de los ríos Yanuncay e Irquis (Guerrero, 2008)

El área de Bosque y Vegetación Protectora Yanuncay-Irquis, declarada en 1985, con un Plan de Manejo y demás instrumentos legales y de gestión. Sobre gran parte de ésta área se dieron Derechos Mineros y se autorizó la exploración a empresas extranjeras. Existe agricultura, ganadería y una variedad de usos. Lo cual genera una pregunta para el debate ¿De qué están verdaderamente protegidas las llamadas áreas protegidas?. En este contexto, frente a la presión social de la comunidad que exigía que se proteja el páramo de actividades mineras, el gobierno hace la maniobra política de declarar una parte del área como "Área Nacional de Recreación Quimsacocha" vía Acuerdo Ministerial 007, del 25 de enero del 2012, publicado en el Registro Oficial 680, el 11 de abril del 2012 el cual en su Artículo 1 señala: "Declarar Área Nacional de Recreación, al predio denominado "Quimsacocha"; e incorporarla al Patrimonio de Áreas Naturales del Estado, en una superficie de 3.217.12 has (tres mil doscientos diez y siete con doce hectáreas), ubicado en el sector denominado Las Tres Lagunas – Quimsacocha, parroquias de Baños, Tarquí y Victoria de Portete del cantón Cuenca; parroquia Chumblín del cantón San Fernando y en el inicio del límite Norte de la parroquia San Gerardo del cantón Girón en la provincia del Azuay." Es decir, se declaró protegida a una área que ya era protegida, o mas bien, regresó a "ser protegida". A posteriori, el proyecto se cambió de nombre a Loma Larga, porque el nombre de proyecto "Quimsacocha" en lengua nativa significa "tres lagunas" y esto afectaba la imagen del proyecto y su connotación con el recurso agua. Vale anotar que el agua que se genera en estos lugares no es precisamente en las lagunas, sino en todo el ecosistema páramo que es un humedal de importancia regional y justamente la mayor parte de la concesión corresponde a cobertura de páramo típico de los Andes centrales ecuatorianos. Los hallazgos de la compañía IAMGold²² en la fase exploratoria han permitido delinear un depósito de oro-cobre-plata de más de 1.5 km de largo. Un estimado basado en perforaciones a lo largo de 1 km proyectó un contenido de 2.8 millones de onzas de oro y 18.2 millones de onzas de plata. (Guerrero, 2008)

²² La compañía canadiense Iamgold vendió la concesión del proyecto Quimsacocha a la firma canadiense INV

El territorio del Quimsacocha, donde está la concesión minera de la empresa IAMGold, ha llamado la atención dentro del Ecuador por escenificar un conflicto entre los afectados por la exploración minera y los promotores de esta actividad. La resistencia ha incluido movilizaciones, paralizaciones viales, acciones locales y recientemente una consulta comunitaria donde la mayor parte de la población se ha manifestado contra la actividad minera. Pero a su vez, el Estado y la empresa IAMGold han desarrollado varias estrategias para explotación del lugar: cooptación de dirigentes, criminalización de la protesta y una significativa campaña publicitaria. (Pérez, 2012) Carlos Perez Guartambel abogado de los sistemas comunitarios del agua y uno de los actores de la demanda de inconstitucionalidad de la ley de minería, frente al proyecto Quimsacocha, señala que de los expedientes proporcionados por la DIREMI y la Delegación de Ministerio del Ambiente no existe consonancia ni aceptación de la comunidad al proyecto minero. La comunidad está articulada en los sistemas comunitarios de agua potable y Juntas de regantes que se utiliza principalmente para actividades agrícolas y ganaderas que beben del agua que proviene de Quimsacocha. (Pérez, 2012)

En este sentido recalca que la comunidad no es lo mismo que municipios, juntas parroquiales, universidades. La comunidad es la unión de comuneros o familias que cuentan con una organización política social propia regulados por normas internas, con una cosmovisión ancestral y que puede ser beneficiada o afectada por el proyecto minero, por estar en zonas de influencia directa. (Pérez, 2012)

En el año 2013, la concesión fue transferida a la empresa INVMetals Inc, también canadiense

De los expedientes revisados se desprende que no existe constancia de aceptación de la actividad minera sino, por el contrario, existe constancia a través de documentos públicos que miles de usuarios de agua jamás fueron consultados sobre la actividad minera de ninguna empresa y mucho menos de IAMGold. También existe en el expediente cincuenta y siete declaraciones juramentadas de igual número de dirigentes de agua que ratifican que no fueron consultados para prospección ni para exploración minera en aquellas áreas donde se vierte el agua para sus comunidades. (Perez, 2012)

En este caso, muchas organizaciones sociales y ecologistas reconocen y denuncian el peligro ambiental que implica el proyecto minero en un ecosistema de páramo, debido a que es fuente hídrica para la población y se ha denunciado a través de los medios de comunicación la falta de consulta a los comuneros de la zona.

Análisis y conclusiones:

El artículo 15 de la Ley de minería señala: "Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbre que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador" de esta manera se garantiza un candado jurídico para que las comunidades o poblaciones que se encuentren "dentro o fuera de las concesiones" puedan unilateralmente ser desplazadas para cumplir con los fines de "utilidad pública" como es considerada a la minería.

5.5. Caso Intag, provincia de Imbabura

Este es el caso del valle de Íntag, ubicado en la provincia de Imbabura y reconocido por su resistencia y éxito para expulsar empresas mineras durante más de una década. En primer lugar, la comunidad expulsa a la empresa japonesa Bishimetals en 1997, mismo año donde toda la zona del valle de Íntag se consagra como el 'Contado Ecológico de Cotacachi', mostrando un

alto nivel de oposición y a la vez de unión entre los lugareños en contra de la explotación minera. No obstante, y sin considerar la ordenanza que declara a toda la zona de Cotacachi como población agroecológica, en el 2004 la empresa canadiense Ascendant Copper retomó las operaciones, siendo nuevamente expulsada en el 2006. En ninguno de los dos casos el pueblo presencié un proceso de consulta, las concesiones fueron otorgadas a la empresa japonesa en el primer caso, y en el segundo a una persona natural que había pagado la concesión de la zona minera en una subasta pública y que luego la transferiría a la empresa canadiense.

“Las cosas cambiaron a raíz de que en los años 92 y 93 cuando llegaron unos japoneses y comenzaron a tomar muestras de agua y del suelo” (Comisión Ecuémica de Derechos Humanos, 2012).

Finalmente, el valle de Íntag vuelve a ser parte de un nuevo conflicto esta vez con la empresa chilena CODELCO y la Empresa Nacional Minera del Ecuador que en el 2012 formalizaron los acuerdos de retomar la minería de la zona, sin previa consulta a la comunidad. En oposición a esta nueva concesionaria, el pueblo realizó levantamientos y bloqueos para que la empresa minera no pueda ingresar al valle, lamentablemente la socialización del proyecto no comenzó sino hasta después de que mediante un ‘estado de sitio’ impuesto por el Estado mediante la ENAMI, se realizó el estudio de impacto ambiental. Además, de acuerdo a los lugareños, la consulta no fue previa y pretendió separar a las personas mediante el ofrecimiento de un empleo mejor pagado que su agricultura y la promesa de desarrollo con obras para toda la zona. Recordemos que se pierde el concepto de libertad, dado a que no puede existir ningún tipo de injerencia al momento de consultar. En tercer lugar, tampoco se respetó el acceso a información dado a que el estudio ambiental realizado no fue de libre acceso para las personas y solamente se les concedió siete días para revisarlo considerando de que se trataba de un estudio de más de 900 hojas, lo cual tampoco va de acuerdo a una consulta previa en donde la información es de libre acceso y se da un tiempo razonable para informarse.

En definitiva, el caso violó completamente los principios de consulta previa, libre e informada. Una consulta real y con un verdadero impacto positivo se debe realizar en todos los procesos de instauración de un nuevo plan. Asimismo, se pierde el concepto de consulta, ya que al dar un plazo tan corto para leer el estudio y sin espera de ningún consentimiento, se entiende que se realizó más un proceso informativo en lugar de consultivo.

Entrevista al Ing. Xavier Sánchez (X)

Subsecretario Regional de Minas CSZ6 del Ministerio de Minería
y la Soc. Mónica Iñiguez (M) Funcionaria del Ministerio en el área social
14, enero 2016.

¿Considera usted que existe una CLPI en el Ecuador?

X: La verdad, al momento de lo que yo conozco del tema minero las consultas debieron haberse realizado una vez que entró en vigencia la nueva Ley Minera después del Mandato Minero, muchos de los procesos que se encontraban en marcha y de las concesiones que estaban ya adjudicadas. En estos últimos tiempos digamos no se han entregado proyectos a gran escala que impliquen realizar este proceso. Lo que sí, ha habido un trabajo super fuerte, muy fuerte de parte del Ministerio es a través de los concesionarios mineros en relacionarse y mejorar el plan de relaciones comunitarias, explicarles cuales son los beneficios, hacerlo y aplicar la misma Constitución y la misma Ley Minera en la cual las regalías se dediquen directamente a las zonas de influencia de los proyectos, entonces esto ha cambiado en su mayoría la concepción que tienen las comunidades sobre los proyectos extractivos.

¿Han existido procesos de consulta en estos últimos años?

M: Haber, de los procesos de los proyectos estratégicos el tema de las consultas, eran concesiones entregadas hace 20 años donde la Ley no establecía el tema de la consulta, entonces cuando se da el Mandato Minero, se establece que se construirá una nueva ley, y debido a que la ley no es retroactiva, con la nueva ley se establece que los procesos de consulta no son vinculantes, no son de consentimiento previo para establecer un proyecto minero, es un proceso de consulta si bien en cuanto a lo que es como debe operativarse un proyecto desde el punto de vista social y ambiental buscando siempre esa visión de lo que es hacer minería responsable. Pero se establece que desde el mandato minero toda concesión nueva deberá tener proyectos de consulta. Han existido procesos de consulta en el caso de planes de manejo ambiental, se socializa todo el tema de trabajo social y lo haces con las comunidades, se da un cambio con la ley se da mucha importancia al tema de trabajar los planes de manejo ambiental al priorizar los planes de relacionamiento comunitario, es través de esos planes donde motivas la participación social.

X: En los procesos de adjudicación de pequeña minería a través del mismo proceso que realiza el Ministerio del Ambiente se hacen las consultas, se socializa y demás, y de esos procesos participa el Ministerio también, somos partes del proceso de socialización que realizan las empresas mineras con las comunidades que pueden ser afectadas, entonces en los proyectos de pequeña minería si se están realizando.

¿Quiénes toman un rol protagónico en los procesos de consulta?

M: No hay un sólo protagonista, sino tres: Estado, comunidades y empresa. Ya no se habla de un liderazgo, ahora hay tres actores.

¿Cómo ve el futuro de este tipo de procesos en el país?

X: Yo creo que ahí primero tendríamos que partir del hecho de que se tiene que cambiar la imagen y la información que recibe la gente aquí en el país, las comunidades indígenas lamentablemente la única información que la mayoría y no sólo las comunidades reciben es una minería negativa lo único que creemos es que la minera va a causar impactos ambientales, es lo mismo que en su momento se pensaba cuando se empezó a explotar el petróleo hubo muchos impactos ambientales no podemos negar, pero ya la forma de explotación ha cambiado y esos impactos se han disminuido casi al mínimo, entonces lo mismo sucede con la minería pero lamentablemente esa información de que la minería se está haciendo de una forma adecuada o que se ha disminuido esa totalidad de impactos, esa información no llega, entonces como esa información no me llega yo sigo pensando que una actividad es negativa, lo que les ponía como ejemplo aquí es como que yo voy a revisar el parque industrial de Cuenca, creemos que está bien que se manejará bien si, pero causa un impacto ambiental grave, si la gente empezara a informar a una comunidad aguas abajo que se sirve de esa agua al momento va a reclamar, si la ciudadanía que vive aguas abajo se diera cuenta aquí mismo dentro de la ciudad de la contaminación que está recibiendo, diría: - no hagamos industria en el país y si se haría un proceso de consulta, la mayor parte de gente que trabaja en esta industria va a decir: -oigan no pues están locos yo trabajo ahí no pueden cerrar todas las industrias de Cuenca-, a pesar de que la mayoría de gente que pudiera estar en contra recibiendo esa información positiva y negativa pudiera decir: - yo si estoy en contra porque a mi si me afecta que el río Cuenca esté aguas abajo contaminado.- Entonces yo creo que ese proceso falta aquí en el país, primero que la gente se informe de los pros y los contras, osea, no sólo recibir información negativa que es lo que hace que inclusive mucha de la gente reaccione, entonces la gente ahora en estos procesos de cambio la gente ve de otra forma la actividad minera, se demuestra que es posible hacer una actividad minera responsable, tienen otra visión y ya no es sólo esa negatividad y esa agresión, inclusive a que se haga un proceso minero en el país. Acompañado de eso estoy muy seguro que si se hacen estos procesos de consulta y la gente pueda discernir lo que está bien y está mal recibiendo la información adecuada, creo que va a ser factible hacer los procesos y llevarlos de la forma adecuada, porque si este rato lo hacemos en ciertas comunidades lógicamente van a decir que

no porque la información que todavía reciben en el país es minería negativa y contaminante, pero si se empieza a demostrar que la minería se puede hacer de una forma responsable ambientalmente y socialmente yo creo que es muy factible hacer estos procesos de consulta en que la gente pueda pronunciarse sobre lo que en realidad le favorece o no a él, tenemos que tener en cuenta que la minería como tal la mayor parte de esos recursos no van al Estado, la mayor parte de esos recursos van a al desarrollo de sus propias comunidades entonces lo que yo estoy decidiendo no es sobre si se hace minería o no en mi región, estoy decidiendo sobre si quiero yo hacer desarrollo de mi región en base al recurso mineral que tengo y puedo explotar de mi región, ese es el cambio total que se hace en el tema minero sobre la extracción de los recursos.

M: Esa visión de que hay oposición de la minería es como una visión presentada por la oposición, esa oposición política que le hace al gobierno, pero en realidad nosotros que somos gente del territorio y hemos trabajado no es tal, osea no hay una oposición de las comunidades a la minería, eso también es de dejar en claro, es gente mas bien de organizaciones políticas que tienen ese rechazo de las políticas de gobierno entonces buscan como bandera de lucha el tema minero, pero de que hay una oposición dentro de las comunidades no existe, habrá claro ciertos segmentos de la población que está opuesta como en todo sector que es legítimo que exista no, tampoco es que todos, pero y que muchas veces esas organizaciones niegan el derecho a que las poblaciones puedan ser informada, les niegan el derecho, ellos si tienen el derecho de llevarles toda la información negativa pero niegan el derecho y la obligación que tiene el Estado de llevar la información a la gente.

5.6. Caso Yasunidos

Luego de que en agosto de 2013, el presidente Rafael Correa haya anunciado la decisión de abandonar la iniciativa Yasuní ITT, gran parte de la población se sintió defraudada, algunos dijeron que no se hizo lo suficiente y otros pensaron que la iniciativa sólo fue un "show" del gobierno. Frente a este anuncio, varios sectores sociales alzaron sus voces a favor de la conservación y la biodiversidad, solicitando que aunque la iniciativa no haya tenido acogida internacional, el Ecuador, siendo coherente con su compromiso de conservar el área más biodiversa del planeta, debería dejar ese petróleo bajo tierra y buscar otras formas para dinamizar la economía. El colectivo que surgió con más fuerza para hacer valer los recientemente ganados derechos de la naturaleza y conservar el Yasuní ITT libre de la actividad petrolera se llama "Yasunidos".

Hitos importantes

Tres días después del decreto que liquida la iniciativa nace el colectivo Yasunidos, el gobierno por su parte anuncia que no se afectará el 1% del territorio del Parque Nacional Yasuní sino tan sólo el uno por mil. Seis días después del anuncio que elimina la iniciativa, el Ministerio del Interior genera un nuevo mapa en el que se eliminan a pueblos en aislamiento voluntario que estarían dentro del parque.

El Presidente Correa pide declarar de interés nacional a Asamblea Nacional conforme establece el Art. 407 de la Constitución de la República, la explotación petrolera de los bloques 31 y 43, dentro del Parque Nacional Yasuní, de conformidad con los fundamentos relatados. El 3 de octubre 2013, con 108 votos a favor se declara de interés nacional explotación en el ITT y se establecen algunas recomendaciones al ejecutivo una vez que se realicen las actividades.

El colectivo Yasunidos decide recolectar firmas para que sea el pueblo quien decida vía consulta popular si se debe dar paso a la explotación del Yasuní ITT, para lo cual se deberán recolectar el 5% de firmas del padrón electoral (aproximadamente 600.000 firmas) El 15 de octubre de

2013Concejo Nacional Electoral (CNE) entrega a Yasunidos los fomularios y comienza el plazo de los 180 días para la recolección de firmas.

El 12 de abril de 2014, Yasunidos entrega al CNE 55 cajas con 757.623 firmas CNE, luego de una serie de violaciones de derechos y procesos que no fueron transparentes el CNE anuncia que del total de firmas entregadas el 66% no fueron válidas dejando fuera la posibilidad de hacer una consulta. El CNE utilizó argumentos de toda clase para invalidar firmas. El 29 de mayo 2014, académicos de la Escuela Politécnica Nacional y de la Universidad Andina Simón Bolívar presentan análisis estadístico en que afirman que Yasunidos obtendría 673.862 firmas, este resultado difiere enormemente del resultado de CNE, auditorías, informes y apelaciones, nada cambió la resolución del CNE.

En octubre de 2014 el colectivo presenta demanda por violación de derechos políticos, en contra del Estado ecuatoriano, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo cual es un proceso en marcha, mientras tanto las actividades petroleras están en marcha le guste a quien le guste con lo que eso representa.

Análisis y conclusiones

No existió CLPI de ninguna clase en este caso que ha sido de gran importancia económica, ambiental, política y social en el Ecuador. La lucha de Yasunidos visualiza claramente como el poder del capital prevalece sobre los intereses sociales y derechos colectivos, en este caso ni siquiera se tienen datos de la forma en la que serán afectados los pueblos no contactados. El bajo precio del petróleo, podría abrir el debate sobre la viabilidad de la explotación petrolera en el área más biodiversa del planeta y se ve en la sociedad civil organizada global una alternativa para generar propuestas que permitan ejercer derechos colectivos y derechos de la naturaleza.

Entrevista Kléber Calle

Activista ambiental

Yasunidos

11 enero 2016

1. ¿Cuál es la calidad de los procesos de consulta en Ecuador.?

Bueno, lo primero que se me ocurre es que no es ni previa, ni libre ni informada. existe un video realizado por "Lluvia comunicación" realizado por Julián Larrea y Tania Laurini que se llama "Consulta: ni libre, ni informada" y está clarísimo. Ver aquí: (<https://www.youtube.com/watch?v=2bev3saOaTg#t=57>)

¿Por qué no es libre? Por muchas razones: no es libre porque las personas que han ido a participar en las "consultas" realizadas por el gobierno, por ejemplo el caso de aquellas convocatorias realizadas por el Ministerio del Ambiente, para la décimo primera ronda petrolera en Morona Santiago iban a participar con "engaños", por eso las comunidades han decidido boicotear las consultas, claro que hay divisiones dentro de las organizaciones indígenas y campesinas, pero la mayoría ha tomado esta decisión. ¿Por qué boicotear las consultas? porque las consultas son simplemente un trámite que el gobierno realiza, es legal, constitucional, se les consulta pero si quieren se toma en cuenta y si no quieren se desecha, así está establecido por la ley, entonces: ¿Para qué voy a participar en una consulta en la que no se toma en cuenta mi opinión?

Ya que las organizaciones han decidido boicotear las "consultas", se utilizaron ciertas artimañas como por ejemplo: el Ministerio de Educación convocaba a reuniones a padres de familia sobre temas escolares, sin embargo, los padres al llegar se enteraban que no eran temas escolares, sino era una consulta "libre, previa e informada".

Por otro lado, no es informada porque sólo se presenta la visión del Estado, o más que eso la relación pública de la empresa, no se informa sobre otros temas que plantean diferentes

organizaciones e investigaciones.

No es previa porque muchas comunidades y pueblos se han enterado mucho tiempo después que ya se empiezan a implementar proyectos sobre sus territorios.

En resumidas cuentas: es únicamente un mecanismo de propaganda de relaciones públicas para conseguir la licencia social de los proyectos extractivos.

2. La respuesta de los pueblos indígenas a la consulta es vinculante para el Estado/empresas/corporaciones?

No ha sido vinculante desde el comienzo, al discutir la Constitución en el 2008 en la Asamblea Constituyente, varias organizaciones sociales y ecologistas presionaron para que la CLPI sea consagrada como vinculante. Si tiene un carácter vinculante la consulta tendría sentido, pero fue imposible lograr esto. Por ello es que varios sectores estuvieron en contra de la aprobación de la Constitución del 2008.

de acuerdo a principios jurídicos internacionales cuando de derechos se trata, tiene que prevalecer la norma que beneficia a los sectores sociales y los instrumentos legales internacionales que en este caso reconocen derechos colectivos, prevalecen inclusive sobre la norma Constitucional. El Convenio 169 de la OIT es quizá el instrumento más claro y contundente en este tema.

3. ¿Han existido puntos positivos en la lucha por una CLPI efectiva?

No, con el tema de la décimo primera ronda petrolera, los proyectos mineros en el Azuay, con el tema del Yasuní ITT la mayoría de comunidades han decidido boicotear ese trámite como una estrategia política para que los proyectos se retiren, problematicen o se relenticen. Por ejemplo en Zhagli, en Azuay las comunidades se movilizaron para boicotear la consulta. El ejercicio del derecho ha estado seriamente limitado, el Estado en vez de ser garante de ese derecho, creo que ha atropellado a veces flagrantemente. Pero creo que las comunidades han profundizado sobre su derecho a ser consultadas y en ese sentido si se ha avanzado.

Es penoso el hecho de que se hayan producido divisiones dentro de las organizaciones, tanto las empresas como el gobierno han utilizado artimañas como entrega de obras, prevendas, etc. Es decir a cambio de beneficios transitorios, la gente ha consentido ese tipo de proyectos, sin embargo, son grupos pequeños, no podría decir una cifra, pero la mayoría de comunidades rechazan estos procesos.

4. ¿Cuáles son los obstáculos para la CLPI?

En el marco jurídico y político del Ecuador yo no veo posibilidades de que las comunidades puedan ejercer su derecho de consulta o podamos (ya que como cuencano sería afectado directamente por la explotación en los páramos de Quimacocha). Yo las únicas posibilidades no es más que la movilización y la organización, osea la única forma es la lucha política, no hay otra forma. Otra estrategia es salir del marco jurídico nacional y buscar apoyo en organismos internacionales como ocurrió con el pueblo Sarayacu.

La otra opción es buscar apoyo en la propia organización civil global. Como por ejemplo, ahora se va a refrescar la propuesta de dejar el petróleo bajo tierra, bajo los gobiernos, no ha existido respuesta por los gobiernos, a través de la sociedad civil puede existir otro tipo de respuesta donde hay más conciencia en temas como el calentamiento global. Si las comunidades locales pueden organizarse en red y además vender la idea a la sociedad civil europea para no superar el umbral de 2 grados centígrados, así el derecho de las comunidades es una solución concreta al calentamiento global.

5. ¿Cómo ves el futuro del Ecuador para el ejercer el derecho a la CLPI?

Yo veo una salida en la organización de la sociedad civil global. No veo ninguna posibilidad en el contexto legal, constitucional y político ecuatoriano que las comunidades

puedan sacar adelante sus derechos al consentimiento más que a la consulta.

5.7. Caso ARCO

Uno de principales conflictos que visibilizaron el derecho a la consulta previa libre e informada tuvo lugar en 1998 en virtud de las concesiones otorgadas a la Atlantic Richfield Company (ARCO), en el Lote 24 ubicadas en las provincias de Pastaza y Morona Santiago.

El pueblo Shuar de la Federación Independiente del pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) vive en esta área. El contrato entre el Gobierno y la ARCO se firmó sin conocimiento de la FIPSE. Una vez descubierta la concesión, la FIPSE realizó una asamblea y decidió no permitir ninguna negociación individual entre la empresa y las comunidades, sin la autorización de la asamblea, dado que la asamblea es la máxima autoridad de acuerdo a su propia forma de organización social. (DPLF, 2011)

La empresa ignoró el reclamo de la FIPSE e intentó varias negociaciones con grupos pequeños y familias y ofreció dadas como agua potable y centros de salud. Consecuentemente la FIPSE en base en la Constitución de 1998 y en el Convenio N° 169 de la OIT, presentó un recurso constitucional para protegerse judicialmente frente a la empresa petrolera. En la acción constitucional la FIPSE argumentó que la empresa violó disposiciones del artículo 84 de la Constitución de 1998 por realizar negociaciones individuales con los miembros de la comunidad Shuar, lo cual atenta contra la unidad de la comunidad. (DPLF, 2011)

El juez otorgó un amparo judicial contra las prácticas de la empresa petrolera. Posteriormente, la resolución del juez fue considerada histórica y fue respaldada tiempo después por el Tribunal Constitucional del Ecuador. Lamentablemente, ARCO no acató la sentencia del Tribunal Constitucional y continuó sus prácticas.

A la postre, la FIPSE se vio obligada a recurrir a la OIT y presentó una demanda contra Ecuador por Violación del Convenio N° 169. La OIT emitió entonces una serie de recomendaciones para que Ecuador garantizara la protección de los derechos de las comunidades. Estas decisiones tanto del Tribunal Constitucional y las recomendaciones de la OIT se consideran las primeras victorias en tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. (DPLF, 2011)

Tiempo después, la empresa ARCO vendió su participación a la empresa Burlington y a pesar de que las sentencias judiciales son extensivas a Burlington ya que no se aplica la teoría del velo societario, la FIPSE continúa su lucha por los derechos sobre sus tierras debido a que el contrato entre Ecuador y Burlington sigue vigente.

6. Criminalización de la Protesta Social

El Derecho a la Protesta Social está expresamente señalado en la Constitución de la Republica y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos. Este derecho está implícito en la libertad de pensamiento; la libertad de opinión y de expresión; la libertad de reunión y asociación pacífica. Todos estos derechos y libertades imponen al Estado el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos, a no reservarlos en el fuero interno sino a expresar de forma pública sus disensos y reclamos. (Zaffaroni, 2012)

No se puede sostener que la libertad de reunión solo se garantiza para que la ciudadanía manifieste complacencia. Muchas de las veces la manifestación pública, el reclamo por los medios masivos, la petición a las autoridades y las propias acciones judiciales resultan ineficaces, la mayoría de veces, frente a la omisión continua y reiterada del Estado (Zaffaroni, 2012) cuando se trata de garantizar y aplicar los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

En este contexto la criminalización de la protesta social se la entiende como la iniciación de procesos penales para personas que utilizan la protesta pacífica como medio de expresión de sus ideas, en ejercicio del derecho a la resistencia, frente a actos, proyectos y medidas del Estado que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las comunidades, pueblos y nacionalidades titulares de derechos colectivos. Es menester recalcar que no todo proceso penal que se inicia contra un manifestante se considera criminalización puesto que si durante una protesta ocurren delitos estos deben ser investigados y sus responsables sancionados según corresponda. (Salazar, 2012)

El Derecho a la Resistencia garantizado en el artículo 98 de la Constitución del Ecuador permite a los individuos y colectivos particulares resistirse ante las acciones y omisiones del poder público, así como a las personas naturales o jurídicas no estatales como empresas corporaciones, sindicatos, gremios e incluso cualquier persona en particular (Salazar, 2012), frente a cualquier vulneración de derechos constitucionales como el derecho a la consulta, el derecho al territorio, a la libre determinación de las comunidades, pueblos y nacionalidades y el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en caso de existir abuso por parte de empresas privadas respecto a la extracción de recursos naturales en territorios comunitarios e incluso cuando el Estado sea quien viole dichos derechos.

El código penal que se utilizó como instrumento para criminalizar a dirigentes de comunidades, organizaciones sociales, políticas y ecológicas fue derogado por el nuevo Código Orgánico Integral Penal en Agosto de 2013. Este cambio normativo altera el modo de ver del sistema penal porque se pasa del casualismo penal, donde se juzga el resultado del hecho factico, al finalismo que propende a juzgar la finalidad e intención de la persona que comete el acto ilícito, antes que juzgar el resultado que manifiesta la realidad.

Se utilizaron varios tipos penales para criminalizar a los dirigentes comunitarios, figuras penales las cuales eran abiertamente inconstitucionales de acuerdo a la Constitución garantista está vigente desde Octubre de 2008. Los tipos penales más utilizados fueron el sabotaje, el terrorismo, obstaculización de vías, la promoción de manifestaciones públicas no autorizadas, asociación ilícita entre otras.

En Ecuador el Derecho penal ha sido y continúa siendo aplicado con demasiada frecuencia y falta de proporción, para sancionar a las personas que ejercen su derecho a manifestar. La criminalización de la protesta no es actual incluso antecede a la Constitución del 2008, la Asamblea Nacional Constituyente emitió amnistías para quienes habían sido indebidamente procesados por ejercer sus derechos.

Irónicamente, de manera posterior a las amnistías, la criminalización de la protesta ha recrudecido hasta el punto que **varios quienes fueron beneficiarios de la amnistía volvieron a ser procesados nuevamente.** (Salazar, 2012)

La criminalización de la protesta tomó fuerza en Ecuador en el contexto de las manifestaciones contra la construcción del oleoducto de crudos pesados. Por ejemplo, se utilizó la figura penal de terrorismo para acusar a activistas que se habían instalado en el Bosque Protector Mindo Nambillo que tenían el objeto de impedir, a través de una manifestación pacífica, el avance de la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados en el año 2002. (Salazar, 2012) y avanzó considerablemente con el inicio de procesos penales en contra de personas que se manifestaron en contra de la Ley de Minería, Ley de Aguas y varios proyectos extractivos de recursos naturales.

6.1 La Protesta Social en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)

El 10 de Febrero de 2014 se publicó en el Registro Oficial el Código Orgánico Integral Penal, el cual es un cuerpo normativo que integra las normas sustantivas del Código Penal, las normas adjetivas del Código de Procedimiento Penal y las normas ejecutivas del Código de Ejecución de Penas. EL COIP a más de realizar un arduo ejercicio de integración, devuelve a un solo cuerpo normativo la legislación criminal que estaba dispersa en el sistema jurídico. El COUP es la expresión del mandato constitucional en materia penal a pesar de que en su contenido exista tensión entre el garantismo penal y el punitivismo penal.

Dentro del segundo aspecto del código (el punitivismo) **el nuevo código penal ha multiplicado los tipos penales y ha aumentado las penas.** Asimismo ha eliminado ciertos tipos penales que facilitaban la criminalización de la protesta social. Se eliminó los tipos penales que sancionaban la manifestación sin permiso previo,²³ y el delito que sancionaba el cierre de las calles.²⁴ Sin embargo, se mantiene tipos penales que pueden ser utilizados para criminalizar (Salazar, 2015) como la contravención en caso de que una persona “destruya, inutilice o menoscabe los dispositivos de control de tránsito o señal ética o dañe el ornato de la ciudad o la propiedad de los ciudadanos con pinturas, gráficos, frases o cualquier otra manifestación, en lugares no autorizados.” **La sanción para esta contravención es de hasta cinco días, probando la clara desproporcionalidad de la figura penal en caso de que una persona se haya manifestado en defensa de sus derechos constitucionales.**

La redacción de varios tipos penales es ambigua y vaga sobre todo los delitos que vulneran el bien jurídico de la seguridad pública. El principio de legalidad en materia penal obliga a que la norma jurídica utilice términos estrictos e inequívocos que describan de forma clara la conducta punible y en caso de restringir derechos humanos, la norma debe satisfacer otras exigencias del mismo carácter. (Salazar 2015)

Los tipos penales que pueden ser utilizados a través del COIP son el sabotaje, el terrorismo y el delito de rebelión. El COIP respecto al sabotaje en su artículo 345 dispone que “(...) La persona que con el fin de trastornar el entorno económico del país o el orden público, destruya instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro medio de transporte, bienes esenciales para la prestación de servicios públicos o privados, depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a producción o al consumo nacional, vías u obras destinadas a la comunicación o interrumpa u obstaculice la

²³ Art. 153 y 606 del Código Penal

²⁴ Art. 129 Ibídem

labor de los equipos de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años (...).

Los términos que se vale la norma como “trastornar” u “orden público” son completamente interpretables ya que permite arbitrariedad y van en desmedro de la seguridad jurídica que es un derecho sustancial en nuestro sistema jurídico.

El terrorismo está tipificado en el COIP en su artículo 366. En este artículo se puede observar que su contenido es extenso, además que no se define de adecuadamente la conducta. Un aspecto positivo que señala la norma es determinar la intencionalidad u objetivo de la persona que es “provocar o mantener en estado de terror a la población” tomando en consideración el finalismo penal.

No obstante, la redacción de la norma es vaga porque contiene definiciones como “poner en peligro las edificaciones” ; “poner en peligro los medios de transporte”; “valiéndose de medios capaces de causar estrago” (Salazar, 2015) de manera que la adecuación de la norma al hecho podría llevar a la arbitrariedad, antes que la objetividad que es una de las finalidades del principio de legalidad. La amplitud de redacción de este delito es categórica pues permitirá aplicar la discrecionalidad a las autoridades encargadas de acusar y sancionar por este tipo de delito.

El delito de rebelión está incorporado en el artículo 336 del COIP y sanciona, entre otros aspectos, a quien “impida la reunión de la Asamblea Nacional”. Este delito puede ser utilizado en caso de protestas frente a medidas legislativas en el contexto del derecho a la consulta previa, libre e informada pues varios individuos u organizaciones sociales pueden hacer uso de esta forma de protesta social en caso de existir vulneración de Derechos Colectivos.

Otras normas del COIP que pueden utilizarse para criminalizar la protesta social están previstas en los artículos 346 y 351. La primera norma sanciona cuando una persona “entorpezca” la “normal prestación de un servicio público”. Es de público conocimiento que esta forma de protesta social se ha utilizado constantemente en contra de proyectos hidroeléctricos, mineros y de hidrocarburos en el Ecuador.

En segundo lugar el COIP sanciona a quienes “se introduzcan injustificadamente en zonas de seguridad”. Es conocido que las “zonas de seguridad” **son los alrededores de los campos petroleros” o mineros y la norma puede ser utilizada para criminalizar a comunidades indígenas o campesinas que viven en estos territorios ya que muchos proyectos extractivos se asientan en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.**

Sin embargo, uno de los aspectos que si debemos recalcar sobre el COIP es el principio de la mínima intervención penal, entendido como el principio rector que guía todo el cuerpo normativo penal. Este principio nos enseña que la intervención penal es legítima siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de los derechos de las personas (Avila, 2014), es el último recurso por eso el derecho penal es de *ultima ratio*.

El derecho penal desde la óptica garantista utiliza ciertos principios que son guías del sistema y permiten accionar el sistema. Los principios que se debe utilizar para accionar el sistema penal son la *necesidad* y la *lesividad*. De manera que, aunque una conducta esté tipificada en la ley penal, puede que la aplicación del derecho penal sea innecesaria. **La necesidad exige que la respuesta penal sea la única salida ante un conflicto social en caso de que no existan otras alternativas o posibilidades para resolver un conflicto, buscando evitar el uso el sistema penal.** (Ávila, 2014).

La *lesividad* señala que cuando no hay daño concreto en una persona de carne y hueso no existe lesividad. Así lo establece el COIP en su parte general al establecer, en su artículo 22, que “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”.

6.2. Casos de Criminalización de la Protesta Social 2008-2015

El movimiento indígena maneja una lista de 189 personas que tras haber participado en manifestaciones sociales han sido acusadas de delitos como sabotaje y terrorismo. Otras fuentes manifiestan que los casos de criminalización, judicialización y represión de la organización social superan la cantidad de doscientos desde hace algún tiempo atrás. Las historias se han plasmado en diversas geografías, territorios, pueblos comunidades, enjuiciando líderes, lideresas, indígenas y campesinos quienes son aquellas personas que resisten y luchan por la soberanía de los pueblos y la dignidad de la vida. (Perez & Soliz, 2014)

En el siguiente cuadro intentamos hacer una aproximación de los casos de protesta social relacionados con materia minera, hidrocarburífera e hídrica. Si bien la criminalización de protesta social no se efectúa de manera taxativa según las materias que hemos propuesto, la clasificación que hacemos es con fines estadísticos y académicos. **No obstante, debemos recordar que la vulneración de un derecho fundamental conlleva la violación de los demás derechos por su carácter de interdependientes según el artículo 11 de la Constitución.**

Los casos que vamos a enunciar no son todos los que existieron ni existen en la actualidad, pues en honor a la objetividad no existen aún datos actualizados sobre este tema puntual. El criterio en que nos basamos para la selección de casos responde a la relevancia social, política y ecológica en el marco de la protección de los derechos humanos y la clasificación está hecha de acuerdo al tipo penal, las circunstancias de la infracción, el año y el número de personas criminalizadas. Por lo tanto, no incluimos los casos en los cuales no obtuvimos los datos de al menos en uno de los parámetros.

Las fuentes de las que hemos tomados los datos para clasificar los casos son Informes de la Defensoría del Pueblo, del colectivo Acción Ecológica, del Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina, de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, de Amnistía Internacional, del Programa Andino de Derechos Humanos PADH y publicaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar que han hecho un análisis detallado sobre la criminalización de la protesta social.

7. Conclusiones

La Constitución de la República reconoce dos tipos de consulta. El primer tipo de consulta establecida en el artículo 57 tiene dos alcances previstos en los numerales 7 y 17. El primer alcance es la consulta previa libre e informada y de plazo razonable sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades y que puedan afectarles ambiental o culturalmente y el segundo alcance es la consulta previa libre e informada antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos.

El Marco Jurídico de la Consulta está comprendido por la Constitución de la República del Ecuador, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre protección de Pueblos Indígenas y Tribales, la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el pueblo Sarayacu que forman parte del bloque de constitucionalidad. Como normas infra constitucionales tenemos el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social.

El nivel de implementación de leyes es amplio en el bloque de constitucionalidad, pero carece de **muchas deficiencias al nivel infra constitucional hasta el punto que ni siquiera existe una ley que regule este derecho fundamental vulnerando un mandato expreso de la Constitución.**

El derecho a la consulta tiene ciertas características que han sido desarrolladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la normativa interna. En primer lugar, la consulta es previa de manera que el sujeto consultado cuente con el tiempo para recopilar información y debatirla internamente de manera fundamentada. Esta característica incluye la traducción a los idiomas propios de las comunidades y debe ser anterior al inicio del proyecto, considerando las múltiples nacionalidades y lenguas que existen en el Ecuador, este aspecto es precisamente relevante. No deberá existir presiones para tomar la decisión de forma apresurada, ni tampoco debe haber limitaciones temporales.

La consulta a más de ser previa debe ser libre e informada. El carácter de libre implica que los titulares del derecho a la consulta no deben ser objeto de ningún tipo de coerción, intimidación, presión y manipulación externa, debido a que, si los sujetos consultados son objeto de presiones e influyen en la toma de decisión, los procesos de consulta pierden su legitimidad. Por lo tanto, si los titulares de derechos colectivos no prestan su consentimiento no debe existir amenazas, represalias, persecución ni judicialización a dichos miembros de las comunidades pueblos y nacionalidades.

Una consulta informada comprende que la información sustancial sobre la consulta debe estar determinada, individualizada y caracterizada de manera que los sujetos consultados conozcan el contenido y alcance de la consulta mediante un lenguaje propio y sencillo con la finalidad de hacer accesible la información. Esta característica no implica una mera información o difusión pública de la medida a través de talleres informativos, reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes sino **comprende el acceso oportuno a la información completa, objetiva y necesaria para comprender los distintos efectos que podría tener cualquier medida atentatoria de derechos colectivos.**

El consentimiento de la comunidad tal y como esta configurado en nuestro sistema jurídico no tiene el carácter de vinculante. La Corte Constitucional en su sentencia del año 2010 sobre la ley de minería estableció que no tiene carácter vinculante ninguno de los dos alcances del artículo 57. Asimismo, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana

dictamina que en caso de oposición será la autoridad competente la que tomará la decisión, señalando el mismo efecto de la consulta ambiental a la consulta previa, libre e informada. Lastimosamente, al no tener ley que regule estos aspectos, la norma infraconstitucional es la llamada a actuar hasta algún pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Desde el punto de vista de la representatividad, la consulta debe llevarse a cabo a través de las instituciones representativas de las comunidades, pueblos y nacionalidades. De manera que antes de realizar cualquier tipo de consulta, **las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad, pues son ellas las encargadas de delimitar este aspecto.**

En otras palabras, la consulta debe hacerse con la comunidad a través de sus líderes porque ellos son los medios de los que se vale el Estado para realizar la consulta. De esta forma, las personas que ejercen el liderazgo cumplen con su función social de acuerdo a la propia organización política de cada una de las comunidades. **La consulta propende a buscar el consentimiento y participación de cada uno de los miembros de las comunidades quienes se manifiestan a través de los medios más idóneos.**

En el Ecuador se han realizados varios procesos de consulta, las cuales han tenido ciertos problemas, inconvenientes e irregularidades de acuerdo a su propio contexto. El principal problema se deriva de la participación de los miembros de las comunidades, de quienes ostentan el liderazgo y la opinión o decisión de la comunidad después del proceso de consulta. Los casos más conocidos a nivel nacional son el del Pueblo Sarayaku, el de Quimsacocha, Yasunidos y el de la empresa ARCO.

Los protocolos para realizar la consulta previa según nuestro marco normativo están establecidos en el Instructivo para la Aplicación de la Consulta prelegislativa de la Asamblea Nacional que establece el procedimiento para realizar esta consulta violando el principio de reserva de ley. La Constitución no establece el procedimiento y los Instrumentos Internacionales establecen los lineamientos, directrices y principios para aplicar la Consulta. Por lo tanto, dependerá del Estado regular estos aspectos mediante Ley.

En ausencia de Ley y sobretodo de voluntad política para ejercer la CLPI, los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador se inclinan hacia varias instituciones internacionales y colectivos de la sociedad civil global para hacer valer sus derechos, por un lado; y por otro, ampliar el debate sobre el injusto extractivismo histórico y sobre la construcción del desarrollo que se construye desde su cosmovisión.

En el Ecuador no existe un proceso que cumpla con el verdadero espíritu de la CLPI, las principales deficiencias de los procesos de consulta radican en la falta de aplicación de los caracteres porque se omiten cumplir los aspectos sustanciales en el proceso. Se vulneran los principios de la CLPI por prácticas deslegítimas por parte de las empresas corporaciones o el Estado. No existe una regla general sobre las deficiencias de los procesos porque cada uno de los casos posee sus propias omisiones y errores *sui generis*.

8. Bibliografía:

Instrumentos Normativos:

Constitución de la República del Ecuador, 2008. Decreto Legislativo, registro oficial 449, 20 de Octubre del 2008.

Constitución Política del Ecuador, 1998. Decreto Legislativo, registro oficial 1, 11 de Agosto de 1998.

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

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

Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010

Instructivo de Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional. Resolución Legislativa. Registro Oficial Suplemento 733 de 27 de Junio de 2012

Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. Decreto Ejecutivo No. 1247 Registro Oficial 759

Precedentes Jurisprudenciales

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Sentencia No. 001-10-SINCC de 18 de marzo de 2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia de fondo y reparaciones, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador”. Costa Rica, 27 de junio del 2012.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, 2008. Sentencia de 12 de agosto de 2008,

Textos y Documentos

ÁLVAREZ GONZÁLEZ FREDDY JAVIER, S. A. R. A. V., CARLOS CASTRO RIERA, J. C., PABLO DÁVALOS, CARLOS DE LA TORRE., FRANCISCO HIDALGO, E. I. L., DECIO MACHADO, ESPERANZA MARTÍNEZ, & MATEO MARTÍNEZ ABARCA, M. M., MARIO MELO, FRANCISCO MUÑOZ JARAMILLO, PABLO OSPINA PERALTA, ATAWALLPA OVIEDO, NATALIA SIERRA, FERNANDA SOLÍZ, MARIO UNDA, FERNANDO VEGA, GAYNE VILLAGÓMEZ WEIR, ARTURO VILLAVICENCIO 2013. El correísmo al desnudo, Quito.

- Ávila Santamaría, Ramiro “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Editor): Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los Derechos y sus Garantías: ensayos críticos”; prólogo de Miguel Carbonell. Primera reimpresión. Corte Constitucional para el Periodo de Transición (Pensamiento jurídico Contemporáneo, 1). 2012
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la Constitución 2008”, Quito, Abya-Yala, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista” en Varios Autores: La Restauración Conservadora del Correísmo Edición Juan Cuvi.
- Ávila Campoverde, Milton Modesto. Consulta previa: normas para la tutela judicial efectiva en Ecuador. Quito, 2015, 99 p. Tesis (Maestría en Derecho Procesal). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- BAYÓN, J. W. Y. M. 2015. Tundayme: el despojo minero avanza. PLAN V [Online]. Available: <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/tundayme-el-despojo-minero-avanza> [Accessed 23 diciembre 2015].
- BONILLA, O. A. (2013). Agua y minería en el Quimsacocha (Tesis de Maestría en Desarrollo Territorial Rural). FLACSO Sede Ecuador, Quito.
- CLAVERO, Bartolomé. Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos, http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf.
- CHÁVEZ, David. La consulta previa en el Ecuador. Internet. Observatorio.cdes.org.ec/.../doc.../979-consulta-previa-en-el-ecuador. Acceso: 15 de enero de 2013.
- CARRIÓN, Patricia, *Análisis de la Consulta Previa, Libre e Informada*. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2012.
- CIAP, C. D. I. Y. A. P. 2015. Informe sobre desalojos forzosos realizados por el Estado ecuatoriano y la empresa minera china Ecuacorriente (ECSA) en la Cordillera del Cóndor, Parroquia Tundayme. Quito: Investigación Acción Psicosocial, Acción Ecológica People’s Health Movement.
- CONAIE 2015. BOLETIN DE PRENSA: uestro repudio a los desalojos forzosos en San Marcos- Tundayme.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011. “Informe temático la consulta previa un derecho de participación”. Quito.
- Due Process of Law Foundation. DPLF (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Washington: DPLF/OXFAM.
- ECUADORENVIVO 2015. Salvador Quishpe: Correa y los nuevos ricos son los únicos que disfrutan de los dólares.

- GALEANO, E. 1994. Úselo y tírelo, Planeta.
- GIZ. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit. 2013 El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA.
- GUERRERO, Eduardo. IMPLICACIONES DE LA MINERÍA EN LOS PÁRAMOS DE COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ. Resumen Ejecutivo. (Versión para revisión del Comité Coordinador y Comité Directivo PPA. Disponible en
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. “Constitucionalismo en Ecuador”. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, (Pensamiento jurídico contemporáneo, 5) 2012
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. “Introducción ¿Qué son los Derechos Colectivos?”, en, María Paz Ávila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma (Editoras): Los Derechos Colectivos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2011
- INIGEMM, I. N. D. I. G. M. M. D. E. 2015. El proyecto minero Loma Larga aporta al progreso de Azuay. [Accessed 4 de enero de 2015].
- INREDH, F. R. D. A. E. D. H. 2013. Informe de la visita in situ para analizar los acontecimientos del 7 de noviembre de 2013 en relación al operativo militar en el río Zamora, en la parroquia Bomboiza, cantón Gualaquiza, provincia de Zamora.
- INVMETALS 2015. Presentación del Proyecto Loma larga.
- MCSE, M. C. D. S. E. 2015. Agua potable para tres comunidades en Azuay gracias a la minería. Sectores Estratégicos para el Buen Vivir. Quito.
- MELO, Mario. “Voces de Las Selva en el estrado de la Corte Interamericana de Derechos humanos”. Disponible en: <http://lalineadefuego.info/2015/03/05/voces-de-la-selva-en-el-estrado-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-mario-melo/>
- MURCIA, D. M. 2012. La naturaleza con derechos. Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y el desarrollo., Quito.
- ND. 2013. Rafael Correa pone fin a la iniciativa Yasuní ITT. EL UNIVERSO, 15 agosto 2013.
- ONU, O. D. L. N. U. 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. In: GENERAL, A. (ed.).
- OXFAM, F. N. P. E. D. P. L. D. 2011. El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.
- PÉREZ, Carlos, 2012. “Agua u Oro: Kimsacocha la resistencia por el agua”. Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca.
- PNUD, P. D. L. N. U. P. E. D. H. 2015. informe sobre el desarrollo humano 2015.
- PORRAS Velasco, Angélica & Romero Larco, Johanna. “Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana: período octubre 2008 - diciembre 2010”. 1a reimp. Corte

- Constitucional para el Período de Transición (Jurisprudencia constitucional, 1) 276 p. Quito. 2012.
- Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, 2009. James Anaya “Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos”.
- SALAZAR Marín, Daniela. “La criminalización de la protesta como restricción de la libertad de expresión en el Ecuador”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Compilador): Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional. Quito. 2012
- SALAZAR Marín, Daniela. “La libertad de expresión, la protesta pública y el Código Orgánico Integral Penal” en el Ecuador”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Compilador): Código Orgánico Integral Penal Hacia su mejor comprensión y aplicación. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional. Quito. 2015
- SOTOMAYOR Moreira, Carla Catalina. El derecho de consulta previa, libre e informada, en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa. Quito, 2013, 99 p. Disertación (Disertación previa a obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas) Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- TAMARIZ Ochoa, María Elisa. La consulta previa en la Constitución del 2008. Quito, 2013, 95 p. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- TRUJILLO, Julio César. Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional. Quito. 2013
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Derecho Penal y Protesta Social”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Compilador): Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional. Quito. 2012 Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL) y Acción Ecológica. “Cuando Tiemblan los Derechos Extractivismo y Criminalización en América Latina. Quito – Ecuador. 2011