



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Departamento de Posgrados

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TITULO: “El Derecho a la Consulta Previa, libre e informada de los pueblos indígenas. Análisis del caso ecuatoriano a través de la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador (R.O. 176-S, 21-IV-2010)”

Monografía Jurídica de graduación previo a la obtención del título de Especialista en Derecho Constitucional.

Director: Doctor Tarquino Orellana Serrano.

Estudiante: Doctor Carlos Fernández de Córdova Serrano.

**Cuenca – Ecuador
2013**

INDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I	3
NATURALEZA Y PARTICIPACIÓN.....	3
1.1.- La naturaleza como sujeto de derechos.....	3
1.2.- Las nacionalidades y pueblos indígenas.....	5
1.3.- La participación ciudadana.....	9
CAPÍTULO II	11
MARCO NORMATIVO.....	11
2.1.- La consulta previa en el ordenamiento jurídico internacional.	11
2.2.- La consulta previa en el ámbito constitucional.....	15
2.3.- La consulta previa en materia ambiental y como derecho colectivo.....	18
2.4.- La consulta pre legislativa.....	23
CAPÍTULO III	26
Análisis de la sentencia no. 001-10-sin-cc, emitida por el pleno de la corte constitucional del ecuador (r.o. 176-s, 21-iv-2010) sobre la demanda de inconstitucionalidad de la ley de minería.....	26
3.1. Hechos	26
3.2. Bien jurídico tutelado.....	29
3.3. Concordancia con el ordenamiento jurídico nacional e internacional.....	30

3.4. Crítica a la sentencia.....	31
CONCLUSIONES.....	36
Bibliografía.....	37
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	42

RESUMEN

La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más importantes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1989, pasó de ser un asunto relativamente invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.

En nuestra Constitución se encuentra regulado como un derecho colectivo, en el ámbito ambiental y también de carácter pre legislativo a fin de que sea previamente consultada todas las políticas, proyectos económicos y decisiones legislativas y administrativas que adopten los diferentes niveles de gobierno y que puedan afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales.

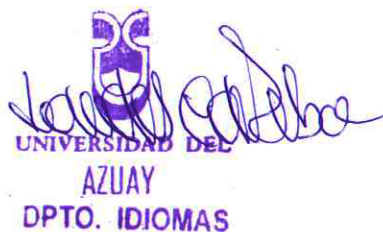
Para garantizar este derecho en nuestro sistema Constitucional el cual está enmarcado en la corriente neo Constitucionalista, los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, son directamente aplicables y tienen rango constitucional por lo que forman parte del bloque de constitucionalidad.

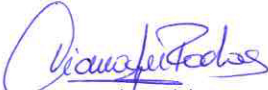
ABSTRACT

Prior Consultation with the indigenous people and the ethnic groups has become one of the most important issues in national and international laws of human rights. In only two decades, since the adoption of the International Labor Organization Convention (No 169) in 1989, this issue has moved from being practically invisible to become the object of judicial, political, and social conflicts. Both economic interests and the survival of the indigenous people and other ethnic groups around the world are at stake.

In our Constitution this is regulated as a collective right in the environmental field. It is also a pre legislative process that allows a previous consultation regarding politics, economic projects, and legislative and administrative decisions made by the government; decisions that can affect the territory of different communities, indigenous people, Afro-Ecuadorians, and Montubio natives.

In order to guarantee this right in our constitutional system, which is encompassed within Neo Constitutionalism, the international regulations of human rights are now part of our judicial system, they are directly applicable and they have a constitutional status; therefore, they are part of the constitutional bloc.




Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN.

La consulta previa a pueblos indígenas y grupos étnicos se ha convertido en uno de los temas más importantes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. En apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1989, pasó de ser un asunto relativamente invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.

A pesar de su relevancia, la consulta previa está marcada por una profunda incertidumbre jurídica y una notable dispersión normativa. Para contribuir a llenar estos vacíos, en el presente ensayo realizaré un breve análisis de los estándares internacionales sobre el asunto, con el fin de dilucidar las reglas que deben ser aplicadas a las consultas a pueblos indígenas en proyectos económicos y decisiones legislativas y administrativas y su vinculación en nuestro sistema Constitucional dentro de la corriente neo Constitucionalista en donde los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, son directamente aplicables y tienen rango constitucional por lo que forman parte del bloque de constitucionalidad .

De igual manera me referiré brevemente a la Sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana y Colombiana sobre este tema que constituyen un buen parámetro para conocer el grado de aplicación de este derecho en los operadores de justicia y los efectos derivados de la misma en cuanto a progresividad e integralidad versus el positivismo rígido y tradicional dentro de un contexto político, económico y social, hasta llegar a la situación actual en donde se han aprobado y se encuentran en proceso una serie de leyes que han puesto nuevamente en el debate público el derecho a la consulta de los pueblos y nacionalidades indígenas, debate que no debería sólo restringirse a la consulta pre legislativa, sino al conjunto de decisiones estatales que puedan afectar los derechos de estos sujetos colectivos, más aún considerando que el ejercicio de éste

derecho ha generado una gran conflictividad social, en las últimas décadas en varios países sudamericanos.

CAPÍTULO I

NATURALEZA Y PARTICIPACIÓN

1.1.- LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS.

Sin duda uno de los grandes aportes de la Constitución del 2008 no solo a nuestro ordenamiento jurídico sino al mundo entero, es reconocer por primera vez en una Carta Magna a la Naturaleza como sujeta de Derechos y de esta forma superar la visión antropocéntrica de entender al mundo, que concentra al ser humano como eje de toda la vida natural, con derechos totales sobre su entorno, toda vez que hasta pocos años en el concierto jurídico se sostenía que los derechos eran atributos de la personalidad. ¹ Para Eugenio Raúl Zaffaroni esta incorporación de la naturaleza al derecho constitucional abre un nuevo capítulo en la historia del derecho. ²

De esta manera hablar de Derechos de la Naturaleza significa privilegiar el concepto de patrimonio por sobre las visiones mercantilistas y por tanto depredadoras del aprovechamiento de los recursos naturales, que para tratadistas como Eduardo Gudynas ha desembocado en el abuso del uso del concepto “capital natural”, y de ideas asociadas como “pago por bienes y servicios ambientales”,

Por su parte Antonio Elizalde asevera que de acuerdo a la concepción clásica del Derecho, son sujetos de derechos, ya no solo las personas o individuos, sino también diversas “ficciones

¹ Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2009).Derechos de la Naturaleza. Quito-Ecuador. pag. 7

² Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2011).La Naturaleza con Derechos. Quito-Ecuador. pag. 9

jurídicas” con un escaso arraigamiento histórico y con una enorme precariedad temporal como es el caso de las personas jurídicas cuya duración es limitada a diferencia de la Naturaleza cuya temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que incluso es anterior a la propia humanidad y que además la trascenderá.³

Para Alberto Acosta la ausencia de este reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos ha llevado a que, por ejemplo, los ambientalistas no sean considerados como activistas luchando en defensa de los derechos fundamentales sino como “criminales” que afectan los derechos de propiedad de otros. Son vistos como “infantilistas ecológicos” que frenan el desarrollo, mientras que desde la perspectiva de la cosmovisión de los pueblos originarios, la misión de la humanidad es alcanzar y mantener el Sumak Kawsai o “Buen Vivir”, definido también como “vida armoniosa” del ser humano consigo mismo, del ser humano con sus congéneres, del ser humano en su colectividad y del ser humano con la Naturaleza; con ésta debe imperar una relación no de utilización, sino de respeto e incluso de solidaridad, de tal manera que como sostiene Ramiro Avila Santamaría el desarrollo evolutivo de los derechos considera que el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es una etapa inevitable.

Por lo expuesto considero que no hay ninguna duda en el sentido doctrinario y racional que la naturaleza sea sujeta de derechos y por tanto goce de protección sin embargo esto debe evidenciarse o materializarse en la práctica o en la realidad con acciones concretas en pro de su defensa, restauración y respeto de su ecosistema situación que implica evidenciar esos derechos con hechos para lo cual no basta con que la Constitución en su artículo 399 establezca que:

“El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza”.

³ Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2009). Derechos de la Naturaleza. Quito-Ecuador. pag. 12

Hasta la fecha este sistema no se ha conformado y no funciona de manera integral e integrada por lo que es necesario y urgente que exista una defensoría pública ambiental que se encargue de velar por los derechos de la naturaleza y ejerza una suerte de patrocinio público e impulse y active todas las garantías en defensa de los derechos de la naturaleza.

1.2.- LAS NACIONALIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

El Estado de Derecho adoptado por nuestro país a inicios de la República, se basó en concepciones napoleónicas y liberales de estado nacional e igualdad formal de todos los habitantes ante la ley, esto es la idea de un estado monocultural, con una sola forma de autoridad, una sola forma de administración de justicia, una sola religión, un mismo idioma, una sola forma de familia y de resolver conflictos etc., esto permitió que se reconozca únicamente como sujeto de derechos al individuo, desconociendo a otros sujetos de derechos colectivos como las colectividades indígenas y por otro lado, implicó la implementación de una política de asimilación forzada a la cultura nacional, en otros casos la migración e inclusive la eliminación física de los pueblos indígenas, a tal punto que nuestra Constitución de 1830 en el artículo 68 establecía: *“Este Congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase de inocentes, abyecta y miserables”*.⁴

En el contexto internacional, la concepción incluyente se mantuvo con pocos cambios hasta la mitad del siglo anterior, en 1957 fue adoptado el Convenio 107 de la organización Internacional del Trabajo, relativo a la integración y protección de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, cuyo objetivo fundamental fue la integración hacia el modelo del estado monocultural y el desaparecimiento de las culturas indígenas, esto suscitó una serie de reivindicaciones de los pueblos indígenas que obligó a que este organismo internacional revise el Convenio 107 y en 1989 adopte el Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue ratificado por el Congreso Nacional del Ecuador el 14 de abril de 1998 y

⁴ Andrade Santiago, Grijalva Agustín, Storini Claudia, editores. La Nueva Constitución del Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2009.pag. 179.

publicado en el Registro Oficial Nro. 304 de fecha 24 de abril de 1998. La Organización de Naciones Unidas (ONU), por su parte también se vió forzada el 13 de septiembre de 2007 a adoptar la Declaración de naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrita por el Estado Ecuatoriano pero que aún no ha sido ratificado.⁵

Todo esto ha generado múltiples reivindicaciones hasta llegar a la Constitución del 2008 la cual declara al Estado Ecuatoriano como plurinacional e intercultural, sobre cuya base se ratifica el reconocimiento de la jurisdicción indígena, a tal punto que para Raúl LLasag el principio constitucional de la plurinacionalidad, denominado en doctrina como la constitución de la Constitución, se sustenta en el reconocimiento de todas las diversidades, sean éstas étnicas, culturales o de otra naturaleza que conlleva a implicaciones muy importantes como que todos los derechos humanos pueden ser ejercidos de forma individual o colectiva.⁶ Y para su ejercicio conforme lo establece el art. 71 inciso segundo de nuestra Carta Magna no se requiere de un representante legitimado de la colectividad por cuanto por mandato constitucional toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

De igual forma con la Constitución del 2008, toma importancia el principio de complementariedad, esto es que el ser humano, es parte del todo y de la naturaleza en el sentido que esta última ya no es un objeto de apropiación y explotación por parte del ser humano, convirtiéndose en sujeto de derechos. Esta nueva concepción permite comprender el principio fundamental del derecho indígena cual es la armonía del ser humano consigo mismo, con la familia, la comunidad y la naturaleza.

Un segundo elemento que consagra nuestra Constitución es el de interculturalidad, el cual se funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos de esas diversidades, con el afán de construir la unidad en la diversidad, y en el tema de la justicia, llegar a una compatibilización de la jurisdicción ordinaria e indígena, bajo el principio del respeto e impidiendo todo tipo de

⁵ Ibídem pág.180 y 181.

⁶ Andrade Santiago, Grijalva Agustín, Storini Claudia, editores. La Nueva Constitución del Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2009. Quito-Ecuador. pag. 182.

discriminación y marginación, es decir la interculturalidad es un mecanismo que intenta viabilizar la plurinacionalidad, en este contexto la Constitución Boliviana es más enfática al señalar que “la interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre los pueblos y naciones”.

En lo que respecta a las nacionalidades indígenas debemos entender como aquellas colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad.⁷ En el Ecuador al menos existen 14 nacionalidades indígenas: Awa, Chachi, Epera, Tsachila, Shuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, Aiconfán, Shiwiari, Zápara y Kichwa, de las cuales las cuatro primeras están en la costa, las nueve siguientes en la Amazonía y la última en la Sierra y la Amazonía.

Por su parte comunidad o comuna indígena son términos sinónimos y se refieren a una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas es el espacio donde se ejerce el gobierno comunitario a través de asambleas generales y se decide sobre la organización social, económica, política y jurídica en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia.

Para Ramiro Ávila Santamaría la Constitución de 2008 a más de lo que consagraba como derechos de los pueblos y nacionales indígenas en la constitución anterior, añade la palabra “libremente” al derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad. Elimina, en el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, una salvedad que otorgaba poder al estado y relativizaba este derecho: “salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública”. Al derecho a la posesión ancestral de las tierras se añade el mismo derecho sobre los territorios (art. 57).

Considera que el derecho a consulta se lo armoniza mejor con el Convenio 169 de la OIT que en la Constitución de 1998. Se añade criterios cualitativos al derecho a la consulta: pues esta debe ser “libre e informada”, los consultados expondrán sus observaciones u opinión “dentro de un plazo razonable”; las indemnizaciones han de abarcar a los daños culturales, sin perjuicio de las debidas a los daños ambientales y patrimoniales; en fin, la consulta es “obligatoria y oportuna”.

⁷ Ibídem pág. 186.

En el empeño de armonizar el texto constitucional con la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se prescribe que: “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”, expresión que se ha de entender en el sentido de que el asunto será sometido a los jueces encargados de resolver los conflictos relativos a los derechos constitucionalmente garantizados y a los criterios de solución de las antinomias en materia de derechos humanos establecidos en la misma Constitución. Los beneficios de la prospección y explotación de recursos no renovables, en la Constitución de 1998, se tenían “en cuanto sea posible”, mientras que, en la Constitución de 2008, al no existir esa condición, se entiende que siempre los pueblos indígenas tendrán derecho a los beneficios obtenidos por la extracción (art.57, numeral 7).

En la Constitución de 2008, se les reconoce el derecho a mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos y mas cerca de la Declaración de las Naciones Unidas se hace mención específica a las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, recursos genéticos, que abarcan la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, al conocimiento y de los recursos y propiedades de la fauna y de la flora, se prohíbe toda forma de apropiación de los conocimientos, innovaciones y prácticas.

En cuanto a la educación, la Constitución da mayor contenido a la educación bilingüe. Establece el derecho a “desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías, de enseñanza y aprendizaje”; se garantiza, en este sistema, la carrera docente digna y se exige que la administración del sistema educativo sea colectiva y participativa, con alternancia y rendición de cuentas” (art. 57, numeral 14). Se revisa el derecho sobre su patrimonio cultural e histórico, como parte del patrimonio cultural del Ecuador.

Además, la Constitución del 2008 reconoce “nuevos derechos”: mantener y desarrollar contactos con otros pueblos, impulsar el uso de vestimentas, exigir que se refleje la diversidad en toda la educación pública, crear propios medios de comunicación en su idioma y acceso a los demás medios sin discriminación (art. 57, numerales 18-21) y se les garantiza que el estado limitará las actividades militares en sus territorios.

Merece destacar el reconocimiento a los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario. Los pueblos en aislamiento tienen derecho a la posesión de sus tierras, a que no se realice actividad extractiva en sus tierras, el respeto a su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento.

Finalmente, se dispone que el irrespeto a estos derechos, se sancionará como etnocidio. (art. 57, penúltimo inciso) así como se consagra el derecho a constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura (art. 60) y adicionalmente a más de los pueblos afroecuatorianos, se reconocen los derechos de los pueblos montubios, para que, con respeto a su cultura, puedan llevar adelante un proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible (art.59).

Todos estos derechos deberán interpretarse en concordancia con la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que forma parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador.⁸

Para terminar este capítulo me permito referirme al criterio de Nina Pacari en cuanto a la aplicación de los derechos antes analizados quien expresa que: “...en la medida en que tanto los pueblos indígenas, cuanto sus pensamientos sean incluidos se podría hablar de la construcción de un Estado Plurinacional en los términos consagrados en nuestra Constitución que ponga en práctica el principio de la diversidad cultural y la convivencia de civilizaciones y de sus racionalidades...”⁹

1.3.- LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

⁸ Ávila Santamaría Ramiro. Los Derechos y sus Garantías”; prólogo Miguel Carbonell. Quito. Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012. Pág 103.

⁹ Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2009).Derechos de la Naturaleza. Quito-Ecuador. pag. 9

Para Bobbio la democracia se define como “el gobierno del poder público en público”. Definición que demuestra la dimensión del derecho público a diferencia del derecho privado, siendo lo público la expresión de lo visible y por ende lo opuesto a lo secreto u oculto, desde esta visión lo público es un factor constitutivo del ejercicio democrático ya que el poder público es lo contrario al poder reservado de un determinado grupo o sector social ejercido en su propio beneficio, por lo tanto “poder público”, significa todo poder que simultáneamente es ejercido por el pueblo a través de organismos, formas y procedimientos de participación/representación y en ejercicio para el pueblo.¹⁰

Podemos decir que un sistema es democrático en la medida que ofrece condiciones jurídicas y materiales para que toda la ciudadanía intervenga de forma transparente en los asuntos públicos, por lo que hay siempre una correspondencia y relación de proporcionalidad entre la distribución del poder y la constitución de lo público en el sentido que a mayor concentración del poder menos espacio público.

En la sociedad actual, desde una concepción teórica, la democracia comprende la libertad de discernir y escoger pero también la pluralidad o el contenido de las prácticas colectivas de sus sujetos, como estar informados, ser consultados y también la igualdad de oportunidades económicas y sociales. En el ámbito de la participación política, la democracia directa implica que es el pueblo el que ejerce el gobierno del Estado, y se dota de un orden jurídico en el que el pueblo elige a sus representantes para que a su nombre tomen decisiones y ejerzan el poder es decir un mandato.

Por lo tanto el ejercicio del poder ciudadano se encuentra contenido en el derecho a la participación democrática ciudadana garantizada en el art. 61 de la Constitución del 2008, que ha más del derecho a elegir y ser elegidos, incluye la participación en asuntos públicos, a presentar proyectos de iniciativa popular, a ser consultados, fiscalizar los actos del poder público, revocar el mandato conferido a las autoridades de elección popular, desempeñar empleos y funciones públicas, conformar partidos y movimientos políticos. De igual manera el artículo 83.17 ibídem establece entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos el de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente.

¹⁰ Pólit Montes de Oca, Berenice. “La Consulta Previa”. Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2010. Pág.39.

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

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

Podríamos decir que al menos en teoría se ha institucionalizado la participación ciudadana y control social en nuestro país a tal punto que dentro de la estructura del Estado establecida en la Constitución de la República se la considera como una función del Estado, representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social cuyas atribuciones conforme lo establece el artículo 208 numeral uno de la Carta Magna son la de promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública, propiciar la formación ciudadana en valores, transparencia y lucha contra la corrupción, establecer mecanismos de rendición de cuentas en las instituciones del sector público; investigar denuncias; solicitar información a las instituciones públicas.

En conclusión el nuevo marco jurídico constitucional viabiliza que los ciudadanos se involucren en la administración del Estado no solo para designar a sus mandantes sino para incidir en las políticas públicas y pedir cuentas del manejo dado a la res public.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

2.1.- LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.

A la luz de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tanto las del sistema universal como del interamericano, se reconoce a la consulta previa como un derecho colectivo consagrado internacionalmente en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en casi la totalidad de Constituciones de los Estados Americanos, en donde los estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales en relación con todos los asuntos que les afecten, tomando en cuenta su especial vinculación con la tierra y los recursos naturales, sobre lo cual y haciendo un compendio de la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a este tema, no cabe duda que la aplicación de este derecho está supeditado a estándares o parámetros mínimos que garanticen su respeto y cumplimiento el cual está reconocido no solamente para los pueblos o comunidades catalogadas como indígenas sino también para las catalogadas como tribales y que se concretan en que sea libre, informada, oportuna y de buena fe, condiciones que constituyen verdaderos principios integradores de este derecho y del debido proceso para ejercerlo o implementarlo por parte de un Estado, llegándose incluso a exigir como ya lo ha hecho la Corte en el caso del pueblo Saramaka vs. el Estado de Surinam el consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.¹¹

Boaventura de Sousa Santos va mucho más allá y habla incluso de un derecho de la humanidad (*jus humanitatis*) referido a entidades naturales y materiales que pertenecen a toda la humanidad, respecto de los cuales todos los pueblos tienen derecho a opinar y participar en el manejo y la distribución de los recursos. En concreto, expresa la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de estos para la sostenibilidad y la calidad de vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, tanto presente como futura, actuando como mecanismo de

¹¹ Memorial Caso Hipotético, Chupanky vs Atlantis, Curso de Derechos Humanos. Especialización de Derecho Constitucional. Fernández de Córdova, Carlos; Martínez, Andrés; Villavicencio Jaime. Mayo de 2012

contención de los efectos perversos y de degradación del capitalismo, permitiendo la conservación y la recuperación de una biodiversidad común, en la que todos participamos, claro está, mientras ésta siga existiendo. La mejor manera de que así sea es permitiendo y poniendo en manos de los pueblos indígenas su gestión y el reconocimiento integral de sus derechos originarios.¹² Esta teoría se complementa mucho más con lo que sostiene Rainer Baubock respecto a que *“Sólo participando en decisiones legislativas (que crean derechos) pueden crear los ciudadanos derechos para ellos mismos”*.¹³

En este aspecto se debe resaltar los esfuerzos del Sistema de las Naciones Unidas en la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que ha logrado un mayor reconocimiento de sus derechos. En buena parte esto obedece a las normas que se han elaborado a nivel internacional que reconocen sus derechos colectivos y a mecanismos e instancias que se encargan de velar por su aplicación y protección, entre ellas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, espacios en los cuales se prosigue el desarrollo del contenido y alcance de estos derechos, marcando un hito importante la adopción por parte de la Asamblea General de la ONU de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, en septiembre del año 2007. Este instrumento internacional, cuyas negociaciones tomaron dos décadas, establece estándares mínimos de respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, tales como propiedad de la tierra, acceso a los recursos naturales de los territorios donde se asientan, el respeto y preservación de sus tradiciones y la autodeterminación.¹⁴

¹² Espinosa Gallegos, Carlos- Caicedo Tapia, Anda y Danilo, Editores (2009). Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito-Ecuador, SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pág. 51 y 61

¹³ Ávila Ordóñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén. Editoras. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito-Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.(RAINER BAUBOCK). JUSTIFICACIONES LIBERALES PARA LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS ÉTNICOS. pág. 36.

¹⁴ Ávila Ordóñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén. Editoras. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito-Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (JOSÉ MANUEL HERMIDA). Pág. 12

Recogiendo estos elementos, el Convenio 169 de la OIT, define como pueblos indígenas y tribales aquellos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales y son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su status legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas” (art. 1, numeral 1)

En lo que respecta al carácter del procedimiento de consultas y su objeto también están determinados por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate y por el efecto previsto de la medida propuesta. La Declaración dispone que, en general, las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse “de buena fe... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (art. 19). No debe considerarse que esta disposición de la Declaración confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto” con respecto a las decisiones que los puedan afectar sino, más bien, que señala que el consentimiento es la finalidad de las consultas con los pueblos indígenas. A este respecto, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que las consultas deberán celebrarse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas” (art. 6, párr.2), haciendo hincapié en que las consultas sean de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.

Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas.

En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad

procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). De la misma manera, en un caso que afectaba al pueblo saramaka de Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”¹⁵

2.2.- LA CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL.

La consulta previa se encuentra reconocida como derecho colectivo en las constituciones de Ecuador, Colombia,¹⁶ y Boliviana,¹⁷ por nombrar unos cuantos países con quienes compartimos una identidad cultural, histórica, geográfica así como tenemos muchas similitudes en los problemas que estamos enfrentando en cuanto a temas económicos, sociales y los relacionados

¹⁵ Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Misión Ecuador – 2009. Pág. 200-203. Ávila Ordóñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén. Editoras. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito-Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

¹⁶ CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Capítulo III De Los Derechos Colectivos Y del Ambiente

Art. 79.- Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

¹⁷ CONSTITUCIÓN BOLIVIANA

Art. 11.- 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa..

Art. 30.- II. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

Art. 304.- 21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.

Art. 403.- I. “... a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios...”

con nuestros recursos naturales particularmente con las actividades mineras en estos territorios, el contenido de los mismos es muy similar en cuanto al derecho y también en cuanto a sus efectos.

El artículo 56 de nuestra Constitución de la República, entre otros, reconoce como derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el mantener y fortalecer libremente su identidad, el no ser objeto de ninguna forma de discriminación, el derecho a conservar la propiedad de sus tierras comunitarias, la consulta previa, el derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, entre otros, derechos que tienen como uno de sus objetivos el respeto a la identidad y a la cultura de estos pueblos.

Disposición constitucional que está directamente vinculada con lo que establece el artículo nueve de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que el Ecuador suscribió y que según los artículos diez y once de nuestra Constitución tiene rango constitucional que dice lo siguiente: *“Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate”*.

Para Agustín Grijalva la Constitución del 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución del 2008 los denomina *“derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”*, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo diez son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo once, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva. Esta ampliación de la titularidad de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades indígenas pueden eventualmente demandar

como tales no solo sus específicos derechos colectivos sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución.¹⁸

El derecho a la consulta previa, libre e informada está reconocido en el Art. 57 numerales 7 y 17 de la actual Constitución del Ecuador, que dispone:

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

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen.

La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”.

Del simple análisis de éstas disposiciones entenderíamos que la consulta previa, como uno de los derechos colectivos está previsto para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, y previo a la adopción de medidas legislativas. Sin embargo, desde una interpretación sistémica y desde el bloque de constitucionalidad, este artículo debe ser leído en función a lo dispuesto en el

¹⁸ Grijalva, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. Pag 400. Espinosa Gallegos, Carlos- Caicedo Tapia, Anda y Danilo, Editores (2009). Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito-Ecuador, SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Convenio No. 169 de la OIT y a la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas que disponen lo siguiente:

Convenio 169 de la OIT

Artículo 6.- 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 19.- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En consecuencia, el alcance de este derecho no se limita, por un lado, solamente a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras sino a toda medida administrativa que el Estado adopte y pueda afectar sus derechos; y por otro lado, no se limita a las leyes sino a otros actos normativos jerárquicamente distintos, pues la propia Constitución establece potestades normativas, no solamente a la Asamblea Nacional, sino a otros órganos e instituciones del Estado.

Cabe advertir, que el Ecuador ratificó el Convenio No. 169 de la OIT en 1998, por lo que desde ese año se reconoce el derecho a la consulta tanto para medidas normativas como administrativas, incluyendo como ya se mencionó a las actividades extractivas.

2.3.- LA CONSULTA PREVIA EN MATERIA AMBIENTAL Y COMO DERECHO COLECTIVO.

El derecho ambiental se caracteriza por ser tutelar y preventivo ya que tiene por objeto evitar el acto in jurídico y ha instrumentado mecanismos para viabilizar este fin como los acuerdos voluntarios, la publicidad, y la participación comunitaria lo que le ha diferenciado del resto de derechos que obligan a ciertos comportamientos como los de hacer o no hacer, en esta materia se pretende más convencer que imponer y sancionar lo que ha sido mal interpretado como derecho blando sin embargo poco a poco se ha ido endureciendo y siendo más sancionador.

La primacía del interés colectivo es un principio del Derecho Ambiental que a contrario censu del privado que garantiza los derechos e intereses de las personas, se inserta primordialmente en el campo del derecho público, ya que apunta a la defensa de los bienes de interés general que atañen a la comunidad toda, siendo este uno de los fines del Estado, al ser las normas ambientales de orden público, no son susceptibles de transacción o renuncia entre particulares como así lo establece nuestra Constitución al disponer como responsabilidad del Estado y de todos los ecuatorianos “promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular”.

De igual manera otro principio de relevancia en materia ambiental es el de participación ciudadana que tiene su origen en el derecho internacional que contempla el deber de información y consulta previa respecto de las actividades que puedan causar impacto, lo que acarrea la obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental, y fue planteado en la carta Mundial de la Naturaleza de 1982, al hacer alusión al derecho de la población a la información previa y a la participación efectiva. En el apartado 23 de este documento se señala:

“Toda persona, de conformidad con la legislación nacional tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”.¹⁹

¹⁹ Pólit Montes de Oca, Berenice. “La Consulta Previa”. Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2010. Pág. 84

Nuestra Constitución contempla toda una sección dedicada al Medio Ambiente a su vez que constituye un eje transversal en todos los ámbitos de la administración del Estado y consagra como uno de sus deberes primordiales la protección del medio ambiente, defender el patrimonio natural y cultural y declara de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país; la prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales, el establecimiento de un sistema nacional de áreas protegidas, que garanticen la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los pisos ecológicos.

Con el fin de dar cumplimiento a lo enunciado se han generado espacios de responsabilidad compartida a partir de la promoción de la participación ciudadana como eje transversal en la gestión, planificación, administración y políticas públicas, la cual se ha institucionalizado como función del Estado, a la vez que nuestra Constitución contempla las herramientas o mecanismos de participación, siendo una de ellas la consulta previa, que a diferencia de los casos de las comunidades y nacionalidades así como para el tratamiento pre legislativo, también se considera para el caso es profesamente de protección al ambiente.

De esta manera el artículo 398 de la Constitución de la República dispone lo siguiente:

“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”.

Del contenido de la norma antes citada se desprende que es necesario de una ley que regule la consulta previa la participación ciudadana y demás elementos y criterios sobre la actividad sometida a consulta, situación que hasta la fecha no se ha cumplido por cuanto el mencionado cuerpo normativo no ha sido promulgado por la Asamblea y por tanto las disposiciones contenidas en la ley de Gestión Ambiental de carácter pre constitucionales y que de alguna manera regulan a la consulta previa no tendrían validez así el art. 28 de la ley de Gestión Ambiental dispone los siguiente:

“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 (398) de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”.

Si bien la presente disposición se refiere de alguna forma a la obligatoriedad de consultar sin embargo la ley de Gestión Ambiental no es una norma que desarrolle el derecho a la Consulta Previa conforme lo establece nuestra Constitución y por consiguiente en aplicación de lo dispuesto en los artículos 132 num. 1 y 133 num. 2 ibídem en aplicación al principio de reserva de ley debe ser desarrollada mediante ley orgánica, sin embargo la normativa internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad viabiliza la aplicación y la manera en que debe ser aplicada.

En lo concerniente a la consulta previa como derecho colectivo éste se encuentra consagrado en el Capítulo Cuarto de nuestra Constitución que se refiere a los Derechos de las Comunidades,

pueblos y nacionalidades en cuyo artículo 57 numeral 7 se refiere en los términos transcritos en el punto anterior y establece la forma en la que debe realizarse la consulta, sobre que debe realizarse, la participación en los beneficios y como proceder en el caso de no obtenerse el consentimiento de la comunidad.

De igual forma el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Artículo 303 establece como una obligación de todos los niveles de gobierno lo siguiente:

“...Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos de la circunscripción del gobierno autónomo descentralizado correspondiente, deben ser consultados frente a la adopción de medidas normativas o de gestión que puedan afectar sus derechos colectivos...”

Esto demuestra que la consulta previa al ser un derecho colectivo debe estar garantizado por el Estado a través de todos sus niveles de gobierno y por consiguiente no es una obligación exclusiva de la administración pública central la falta de cumplimiento de la misma acarrearía la nulidad de todo lo actuado y la correspondiente indemnización y daños y perjuicios que podría causar la violación de este derecho constitucional.

2.4.- LA CONSULTA PRE LEGISLATIVA.

En lo que respecta a la Consulta pre legislativa consagrada en el art. 57 numeral 17 de la Constitución vigente, la potestad normativa está encarnada en la Asamblea Nacional en cuanto a la promulgación de las leyes, sin embargo existen varios niveles de gobierno de conformidad a la

división político administrativa del país que tiene la facultas de emitir actos normativos como son las Regiones, Provincias, Municipios y Parroquias.²⁰

Concomitantemente, la función ejecutiva tiene potestad normativa en tres ámbitos, dos de ellos en el marco del proceso de aprobación de las leyes como lo es la iniciativa para presentar proyectos de ley a la Asamblea Nacional y el rol de colegislador que se materializa en la facultad de sanción u objeción de las leyes; y el tercero es de carácter reglamentario o de emitir normativa secundaria en ejercicio de su facultad de emitir los reglamentos para la aplicación de las leyes.

Dentro de la potestad normativa, también se deben considerar tanto el proceso para elaborar una nueva Constitución como para reformarla parcialmente.

En relación a esta potestad, el Relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha manifestado que “si bien el artículo 6 del Convenio 169 establece el deber genérico de los Estados de consultar en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente”, debe entenderse que dichas medidas legislativas incluyen también los procesos de elaboración o reformas de normas constitucionales. En este sentido se han pronunciado los órganos de control normativo de la OIT, que han interpretado que las reformas constitucionales constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto, entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio.”

El Relator también ha manifestado que la consulta pre legislativa debe operar a nivel internacional, local y municipal, así como el Consejo de Administración de la OIT, se ha pronunciado en el sentido que los reglamentos, cuando afectan derechos colectivos, constituyen una medida legislativa que debe ser consultada en virtud de lo previsto en el Convenio No. 169 de la OIT.

Por lo tanto la Constitución como los instrumentos internacionales determinan que, el derecho a la consulta pre legislativa se aplica para toda potestad normativa prevista constitucionalmente: procesos de elaboración o reformas constitucionales, de leyes, ordenanzas y reglamentos y ésta debe ser previa por lo que como su nombre lo indica debe llevarse a cabo previo a todas las fases del proceso para su aprobación, lo que incluye en el caso de las leyes, y en razón a que el

²⁰ Constitución de la República del Ecuador. Capítulo III. GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS Y REGÍMENES ESPECIALES. Artículos.- 251 al 267.

ejecutivo es colegislador, la fase de sanción u objeción, de igual forma los plazos establecidos para los procesos de participación social en la elaboración de las medidas normativas no pueden limitar el tiempo que requiere la consulta para pueblos y nacionalidades indígenas. En este sentido se ha pronunciado el Relator de Naciones Unidas para Pueblos Indígenas²¹, y es precisamente por esta razón que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Artículo 325 dispone lo siguiente:

“Consulta prelegislativa.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y los convenios internacionales reconocidos por el Ecuador, deberán establecer un proceso de consulta prelegislativa respecto de aquellas normas que directa y objetivamente pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales.

Este proceso estará dirigido a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial del respectivo gobierno autónomo descentralizado y desarrollará, por lo menos, las siguientes fases:

- a) Preparación de la consulta, identificación del o los temas materia de la consulta y de los sujetos a ser consultados (instancias representativas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la correspondiente circunscripción territorial);*
- b) Convocatoria a la consulta a través de cualquier medio efectivo que garantice el conocimiento oportuno de los sujetos consultados acerca del tema de consulta, la documentación pertinente y el cronograma del proceso de consulta;*

²¹ Fernández, Nora. INFORME TEMÁTICO LA CONSULTA PREVIA, UN DERECHO DE PARTICIPACIÓN DOCUMENTO FINAL. 2010

c) Consulta prelegislativa: las organizaciones representativas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente, que tengan interés en participar en la consulta, deberán inscribirse en el registro y ante el organismo que para el efecto señale el órgano legislativo consultante; hecho lo cual, recibirán los formularios para sus procesos de deliberación interna y la designación de sus representantes que no serán más de dos, por cada organización inscrita;

d) Análisis de resultados y cierre de la consulta: las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente que se hubieren inscrito, harán llegar a la secretaría del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado su posición sobre el tema consultado, misma que será debatida en una mesa de diálogo que se conformará con representantes del órgano legislativo y aquéllos que hubiere designado cada organización participante.

El proceso concluirá con la suscripción de un documento en que consten los consensos y disensos alcanzados. El respectivo gobierno autónomo descentralizado podrá mediante ordenanza o resolución para el caso de los gobiernos parroquiales rurales reglamentar y desarrollar esta disposición”.

De lo expuesto se desprende, que el derecho a la consulta pre legislativa no se refiere únicamente al ámbito de aprobación de la leyes, sino a todo el espectro normativo que el Estado adopte respecto de los sectores antes mencionados, y al ser un derecho y conforme expresamente se encuentra establecido en la Constitución, como ya se ha comentado en los puntos anteriores, la regulación de este derecho en base al principio de reserva de ley, debe hacérselo a través de este mecanismo de regulación como bien se ha procedido en el COOTAD para el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sin embargo esto no sucedió con la Asamblea Nacional que en lugar de realizar la reforma a la Ley Orgánica de la Función Legislativa para entre otros temas regular todo lo referente a la consulta pre legislativa, al haberse vetado totalmente el proyecto de ley por parte del Presidente, ésta función del estado opto por regular este derecho constitucional a través de un instructivo emitido por el (CAL) Comisión de Administración

Legislativa que a todas luces no cumple con los presupuestos y principios constitucionales analizados y tampoco con la Sentencia de la Corte Constitucional que vamos a analizar en el siguiente capítulo que dispuso a la Asamblea que emita una ley no un instructivo.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 001-10-SIN-CC, EMITIDA POR EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (R.O. 176-S, 21-IV-2010) SOBRE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE MINERÍA.

3.1. HECHOS

En los casos Nro. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados) presentados por el Presidente de la Confederación de nacionalidades Indígenas CONAIE, el Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, y otras comunidades de la Provincia del Azuay, acusaron la inconstitucionalidad de la Ley de Minería ante la Corte Constitucional para el período de Transición del Ecuador, entre varios aspectos que se argumentaron y plantearon, uno de ellos fue por haber violado los convenios internacionales analizados en el presente monografía, así como por haber violado el derecho a la consulta prelegislativa de las nacionalidades indígenas consagrada en la Carta Magna, indicando que ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional Ecuatoriana para el período de Transición al resolver sobre la aplicación de la consulta pre legislativa en razón de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, estableció que la misma es un derecho de carácter colectivo y si bien este

requisito forma parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad sino que es un derecho de carácter sustancial, resolviendo además que al existir un vacío legal que regule o desarrolle el contenido y aplicación de este derecho, hasta que la Asamblea Nacional promulgue la Ley que lo viabilice el proceso de expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir con al menos los siguientes requisitos fundamentales: “1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población. 2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa libre e informada contemplada en el Art. 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el Art. 398 de la Constitución. 3) Que los pronunciamientos de la comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.”²²

En lo concierne al sujeto consultante y consultado, estableció que la Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta, para lo cual pedirá la colaboración del Consejo Nacional Electoral y el CODENPE la cual estará dirigida exclusivamente a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los pueblos afroecuatorianos y montubios, que puedan verse afectados en sus derechos colectivos por la aplicación de una ley. Aclarando que se deben respetar los procesos de deliberación interna que se realicen de conformidad con su cultura, costumbres y prácticas vigentes.

De igual manera en la sentencia se establecen que en todas las fases se observara el principio de interculturalidad, por lo que la consulta se realizará en castellano, pudiendo receptarse pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados, estableciéndose las siguientes fases:

²² 18-III-2010 (Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Pleno de la Corte Constitucional, R.O. 176-S, 21-IV-2010)

1) Fase de preparación: la Asamblea establecerá la agenda de consulta con identificación de los temas a ser consultados, el procedimiento de consulta, los tiempos de la consulta y el procedimiento de diálogo y toma de decisiones. Adicionalmente definirá conjuntamente con el CNE los documentos necesarios para la elaboración de la consulta que incluirán una papeleta de resultados y un sobre de seguridad.

2) Fase de convocatoria pública: la Asamblea Nacional abrirá oficialmente esta consulta mediante convocatoria pública a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias previamente identificadas por el organismo público especializado como posibles afectados en sus derechos colectivos. Establecerá también una oficina de información y recepción de los documentos de la consulta en Quito y en las provincias que correspondan y determina que el CNE en los 5 días laborables posteriores a la convocatoria receptorá la inscripción de los sujetos consultados que participarán en el acto ciudadano.

3) Fase de información y realización de la consulta: En esta fase la Asamblea Nacional establecerá: a) la entrega oficial de la norma consultada y de los documentos para la realización de la consulta, que se lo hará al momento de la inscripción de los sujetos consultantes; b) la entrega de normas que rigen la consulta prelegislativa con información sobre los tiempos de realización; c) adicionalmente las oficinas de información deberán tener a disposición la información detallada en los literales anteriores y toda información que facilite la deliberación interna de las entidades consultadas; d) Determina el plazo de 20 días laborables para receptor los documentos de la consulta debidamente sellados, y se aclara que la discusión interna en los distintos niveles de organización de los sujetos consultados deberá realizarse en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones sin que ninguna instancia ajena intervenga.

4) Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta: en esta fase la Asamblea Nacional establece la instalación de una mesa de diálogo, durante 20 días laborables, conformado por los

delegados de los sujetos consultados previamente inscritos, y por una comisión legislativa ad-hoc nombrada por el Consejo de Administración Legislativa (CAL).

Posterior a la discusión pública sobre los resultados de la consulta, se suscribirán los consensos de existirlos caso contrario, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada con lo cual se procederá a la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la misma.²³

3.2. BIEN JURÍDICO TUTELADO

De lo expuesto se desprende que la consulta previa es un derecho constitucional reconocido y tutelado en nuestra Constitución y en los Convenios Internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, y constituye un instrumento básico para preservar la existencia y subsistencia de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como un mecanismo de participación ciudadana encaminado a asegurar por parte del Estado el derecho a la defensa como garantía del debido proceso de quienes podrían resultar afectados con la proyectada intervención.

Para la Corte Constitucional Colombiana, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia de que la referida participación, a través del mecanismo de consulta adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende su subsistencia como grupo social.²⁴

Por lo tanto al ser este el bien jurídico tutelado, la participación de los pueblos en la toma de decisiones a través del mecanismo de la consulta previa no debe ser restringida por ningún impedimento o discriminación peor argumentando falta de ley o de reglamentación cuando de acuerdo a la Constitución de la república los instrumentos internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Pólit Montes de Oca, Berenice. "La Consulta Previa". Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2010. Pág. 106.

En este contexto cabe preguntarse si la naturaleza es sujeta de derechos no tendría como consecuencia de aquello también el mismo derecho por cuanto puede ser afectada en sus derechos a causa de la intervención del Estado y si esto es así, a quien debería consultarse en este sentido cobra nuevamente fuerza la idea de que debe crearse una Defensoría Pública Ambiental que se encargue de tutelar los derechos de la naturaleza.

3.3. CONCORDANCIA CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.

Considero que ésta sentencia no guarda relación con el ordenamiento jurídico nacional ni internacional, por cuanto como hemos analizado en líneas anteriores nuestra Constitución establece que los Convenios Internacionales prevalecen sobre cualquier norma de menor jerarquía y más aún los de materia de derechos humanos que están a la par de la misma y por tanto son de inmediato cumplimiento por y ante cualquier autoridad administrativa o judicial de manera que el hecho de que la asamblea no haya emitido una Ley que regule la consulta no quiere decir que no existe normativa en torno a este derecho colectivo, al contrario existe amplia normativa contenida en los instrumentos internacionales antes citados y por tanto la Asamblea debía haber aplicado los mismos en el momento de tratar la ley de Minería.

Estos convenios internacionales como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad, y en lo que respecta a desarrollo del derecho a la consulta previa, otorga derechos y garantías mucho más amplias que las recogidas en nuestra Constitución y que no han sido consideradas del todo en la presente sentencia, de la manera que si han sido aplicadas en la jurisprudencia internacional como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como es el caso del consentimiento libre e informado que en sentencias como la de la Tribu Saramaka en contra del país de Surinam resolvió que:

“...el Estado a más de la consulta está obligado a obtener el Consentimiento de los pueblos cuando se trata de proyectos de desarrollo que puedan tener impacto profundo en los derechos de propiedad de sus territorios...”

En el presente caso no solo que no se obtuvo el consentimiento por parte del Estado, sino ni siquiera se realizó la consulta en base a los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales y que nuestra Constitución manda a cumplir obligatoriamente, por cuanto no cabe duda que muchos yacimientos que se encuentren en cualquiera de sus etapas respecto a la explotación tienen impacto en comunidades indígenas.

3.4. CRÍTICA A LA SENTENCIA

De lo expuesto se desprende que la Sentencia de la Corte Constitucional no considero y aplico todos los principios constitucionales y derechos que se encuentran reconocidos y consagrados en la amplia normativa internacional sobre este tema y que nuestra Constitución no solo que los vincula y reconoce sino que les da un rango o jerarquía Constitucional por lo que dichos instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad y son de aplicación directa y obligatorio sin necesidad de invocarlos en función del principio “iura novit curia”, prueba de ello es que la sentencia establece reglas y procedimientos exclusivamente para la consulta de medidas legislativas, lo que contraría la obligación del Estado de consultar otras medidas normativas a nivel nacional y local (elaboración y reforma constitucional, reglamentos y ordenanzas) que puedan afectar los derechos o intereses de los pueblos indígenas, tampoco se cumple con la obligación del Estado de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas conforme el convenio de la OIT y que además constituye el fin último de la consulta sino que se limita únicamente a que de los resultados de la consulta se suscribirán los consensos y los desacuerdos, los cuales serán puestos de manifiesto de manera explícita y motivada con lo cual termina el proceso, es decir se denota una concepción eminentemente formalista o de mero trámite.

En cuanto a los sujetos consultados, la sentencia si bien es cierto que establece que serán las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, y manifestando que se deben respetar los procesos de deliberación interna de conformidad con su cultura, determina que serán convocadas oficialmente a la consulta a aquellas que hayan sido previamente identificadas por el organismo público e inscritas en el proceso, lo que vulnera los criterios objetivo y subjetivo de identificación como pueblos, así como el respeto a decidir internamente cuáles son las organizaciones o instituciones que los representan.

De igual forma en lo relacionado con el carácter previo de la consulta, la sentencia en primer lugar establece que la Asamblea, al hacer la agenda de consulta, determina unilateralmente los temas a ser consultados, los tiempos para llevarla a cabo, y la información que se entrega como son las normas consultadas y las que rigen la consulta, violentando, por un lado la posibilidad de que los pueblos y nacionalidades indígenas cuenten con el tiempo suficiente para recopilar la información necesaria y efectuar los debates internos; y por otro el respeto al tiempo en que los pueblos indígenas adopten su decisión, tampoco prevé que en el caso de las normas de índole legislativo al cumplir la función ejecutiva las funciones de colegislador, la fase de sanción u objeción deberá contemplar, de ser el caso, un proceso de consulta adicional.

Respecto al carácter libre, si bien es cierto que la sentencia plantea que la discusión interna en los distintos niveles de participación de los sujetos consultados deberá realizarse en base a sus costumbres y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones sin que ninguna instancia ajena intervenga, lo planteado no salvaguarda este carácter pues estas reglas establecen que la Asamblea Nacional unilateralmente determinará cuáles son las comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas por esta medida, el procedimiento y mecanismos de consulta, los plazos para cada fase del proceso, el resultado adoptado en dicha consulta y el modo en que se lo expresa; lo que pone en entredicho el respeto a la decisión de quiénes son sus instituciones representativas, sus procesos internos de debate y las decisiones que adopten los sujetos consultados.

Para terminar en cuanto al carácter informado, la sentencia establece que el órgano legislativo determina como información a ser entregada los temas de la norma consultada, las reglas del proceso de consulta y los documentos para expresar los resultados. Esto impide que los pueblos y nacionalidades indígenas cuenten con la información integral para comprender el alcance y las

implicaciones de la medida legislativa de manera integral, más aun tomando en cuenta lo ya dicho en los dos elementos anteriores.

En Colombia con una Constitución mucho menos garantista que la del Ecuador en cuanto a reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos colectivos, se ha avanzado comparativamente mucho más en materia de justicia indígena y derechos constitucionales.

²⁵Prueba de ello es que al igual que en el Ecuador la Corte Constitucional Colombiana en torno a la acusación de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 que modificó el Código de Minas que prohíbe las actividades mineras en zonas protegidas como páramos, humedales Ramsar y parques naturales (Ley 685 de 2001 Código de Minas). La declaró inexecutable, pero con dos años más de vigencia. Los fundamentos de la Decisión reafirman el derecho consagrado en su constitución y en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT que tienen las comunidades étnicas tradicionales a ser consultadas previamente a que se tomen medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles y por lo tanto la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas debe propiciar la participación de los representantes de estas tomando en consideración su integridad cultural social y económica. ²⁶

Un aspecto muy interesante en el análisis de este caso tanto desde el punto de vista de la ponderación de los derechos, de las medidas de garantía de los mismos, así como de las amplias facultades que en la corriente neoconstitucionalista tienen las cortes dentro del control concentrado de la Constitución es que si bien la Decisión de la Corte fue la de declarar inexecutable la ley acusada, como segundo punto resuelve diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos años, por cuanto si bien se constata la inconstitucionalidad de la ley por no haberse llevado a cabo la consulta previa cuyo efecto es la expulsión del ordenamiento jurídico la Corte considero que con el "...retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera...".

25

Grijalva, Agustín. EL ESTADO PLURINACIONAL E INTERCULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008. Pág. 397. Espinosa Gallegos, Carlos- Caicedo Tapia, Anda y Danilo, Editores (2009). Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito-Ecuador, SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

²⁶ (EXPEDIENTE D-8250; Sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 20102.

De esta manera la Corte pretende garantizar el derecho de las comunidades a la consulta pre legislativa y concomitantemente salvaguardar los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, que considera de trascendental importancia o indispensables para las supervivencia humana y de su entorno y por consiguiente concede un tiempo prudencial para que tanto el Congreso como el Gobierno impulsen una nueva ley pero previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa.

Por regla general la ejecución de una sentencia es de efecto inmediato, lo que significa que las consecuencias de la sentencia una vez ejecutoriada y notificada son de directo e inmediato cumplimiento sin embargo en este caso los efectos de la sentencia se suspenden y se condicionan a que el órgano legislativo apruebe una ley que cuente con el proceso de consulta previa y de esta manera no dejar un vacío legal y como consecuencia de esto las personas queden desprotegidas, es lo que en materia constitucional se conoce como sentencias atípicas o modulativas.

Es por esta razón que la Corte Constitucional Colombiana realiza una ponderación de los derechos en juego y considera que expulsar la norma del ordenamiento jurídico, pueden generar circunstancias asimismo inconstitucionales de pronto hasta más graves por generar vacíos que afectan negativamente el ordenamiento jurídico y la vigencia de los preceptos constitucionales. En estos casos la Corte ha optado por suspender el efecto inmediato de la sentencia, cual es el de expulsar la norma del ordenamiento total o parcialmente, hasta tanto el órgano legislativo no emita en un término determinado una norma que evite se produzca esa circunstancia inconstitucional. Lo anterior no desconoce la incompatibilidad de la norma legal declarada inexecutable con la Constitución, sino que busca darle preponderancia a la coherencia del ordenamiento jurídico y así no afectar su validez y vigencia, por cuanto eliminar del ordenamiento jurídico algunas normas de contenido o impacto exclusivamente ambiental comprendidas en ella, atentaba contra la vigencia de los preceptos constitucionales que ordenan al Estado la protección del ambiente.

Para finalizar este punto quiero hacer hincapié en que ambos organismos de control concentrado de la Constitución coinciden en el hecho de que la Función Legislativa debe elaborar una ley regule y desarrolle la aplicación del derecho colectivo a la consulta pre legislativa y eso tiene

una razón muy simple y es la aplicación del principio constitucional de reserva de ley, que se encuentra previsto en los Art. 132 numeral 1 y 133 numeral 2 de la Constitución del Ecuador y establece que los derechos y garantías constitucionales deben ser desarrollados a través de leyes orgánicas, principio que guarda estrecha relación con el de participación democrática, y es justamente por esta razón que la Asamblea Nacional con total derecho incorporo la regulación y desarrollo de este derecho a ser aplicado en los procesos de aprobación de determinadas leyes como un capítulo dentro del proyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica de la Función Legislativa que lamentablemente fue vetado totalmente por el ejecutivo, obligando a la Asamblea a tener que aprobar a través del CAL un instructivo para la aplicación de este derecho que obligatoriamente debería regularse en una ley como bien lo ha hecho la Asamblea para el caso de los gobiernos autónomos descentralizados en el art. 325 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que ha sido analizado en los puntos anteriores.²⁷

²⁷ Artículo 325.- Consulta prelegislativa.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y los convenios internacionales reconocidos por el Ecuador, deberán establecer un proceso de consulta prelegislativa respecto de aquellas normas que directa y objetivamente pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de sus respectivas circunscripciones territoriales. Este proceso estará dirigido a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial del respectivo gobierno autónomo descentralizado y desarrollará, por lo menos, las siguientes fases:

- a) Preparación de la consulta, identificación del o los temas materia de la consulta y de los sujetos a ser consultados (instancias representativas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la correspondiente circunscripción territorial);
- b) Convocatoria a la consulta a través de cualquier medio efectivo que garantice el conocimiento oportuno de los sujetos consultados acerca del tema de consulta, la documentación pertinente y el cronograma del proceso de consulta;
- c) Consulta prelegislativa: las organizaciones representativas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente, que tengan interés en participar en la consulta, deberán inscribirse en el registro y ante el organismo que para el efecto señale el órgano legislativo consultante; hecho lo cual, recibirán los formularios para sus procesos de deliberación interna y la designación de sus representantes que no serán más de dos, por cada organización inscrita;
- d) Análisis de resultados y cierre de la consulta: las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias de la circunscripción territorial correspondiente que se hubieren inscrito, harán llegar a la secretaría del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado su posición sobre el tema consultado, misma que será debatida en una mesa de diálogo que se conformará con representantes del órgano legislativo y aquéllos que hubiere designado cada organización participante. El proceso concluirá con la suscripción de un documento en que consten los consensos y disensos alcanzados. El respectivo gobierno autónomo descentralizado podrá mediante ordenanza o resolución para el caso de los gobiernos parroquiales rurales reglamentar y desarrollar esta disposición.

Sin embargo esto no obsta ni excluye que para garantizar el pleno ejercicio de este derecho colectivo de conformidad con la Constitución de la República se tenga que aplicar la amplia normativa internación y por tanto se aplique el derecho en su integralidad.

CONCLUSIONES.

Es indiscutible que en nuestro país a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, iniciamos un nuevo paradigma al transitar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuya razón de ser en materia de justicia constitucional y por ende derechos en toda su gama y amplitud ya no solo está justificada en la aplicación de la norma suprema por excelencia al puro estilo del positivismo formal, sino va mucho más allá de eso al conformarse un sistema de valores, principios y reglas a ser reconocidos y garantizados por el Estado, en donde el rol de los jueces, autoridades, funcionarios públicos mandatarios y todos los ciudadanos en común, también transita de simples aplicadores de normas a garantes de los principios y derechos consagrados en la Constitución como es el caso de la consulta previa en todos sus ámbitos, en donde las Cortes deben resolver problemas o conflictos políticos con criterios y métodos jurídicos convirtiéndose en un proceso de generación jurisprudencial al aplicar con argumentos la constitución lo que actualmente se conoce como neoconstitucionalismo, siendo por tanto la motivación, y los razonamientos válidos y suficientes que configuran la argumentación jurídica lo que legitima un fallo, la aprobación de una ley o la validación de un proceso, por sobre otros factores que siendo importantes no son de la trascendencia y efectos que una sentencia tiene en la sociedad y es por esta razón que entre los factores de mayor impedimento para la implementación de un verdadero pluralismo jurídico se encuentra en la resistencia por parte de muchos judiciales, autoridades y servidores públicos al no concebir al Derecho como una materia interdisciplinaria que debe auxiliarse de otras ramas, así como de otros instrumentos como los tratados y convenios internacionales; situación que se debe en gran medida al fuerte sesgo positivista y a la impronta de un modelo paleopositivista altamente marcado en las sentencias de los operadores de justicia así como en la aprobación de leyes y demás normativa secundaria de cuyo contenido resalta la falta de aplicación de la Constitución, y de instrumentos internacionales en materia de pueblos indígenas, sino cuando aquellas se

encuentran expresamente determinadas en una ley. Este apego irrestricto al texto de la ley, muestra los rezagos de una sociedad sesgado por una tradición positivista, cuando la misma Constitución en el Art. 11.3 determina que en materia de garantía de derechos se velará por la efectiva tutela de los mismos sin que medie una ley para ello.

Queda sentado en el presente monografía jurídica el grado de desarrollo de la normativa internacional en torno al tratamiento de los derechos colectivos como la consulta previa, la cual está vinculada directamente a nuestro ordenamiento por decisión del pueblo soberano al haber aprobado igualmente en consulta la actual constitución, sin embargo esta normativa que tiene rango constitucional no está siendo directamente aplicada y lo que es peor está siendo contrariada como en el caso de la consulta previa, por lo que parafraseando al profesor y jurista Agustín Grijalva coincidimos en el hecho de que, *“...para el ejercicio efectivo de los derechos colectivos son necesarias, pero no suficientes, normas constitucionales y legales. Se requiere que la sociedad organizada conozca y defienda activamente estos derechos, que los funcionarios de las instituciones públicas y privadas actúen acorde a ellos y sean sancionados cuando los contravengan. Con abrumadora frecuencia histórica, los derechos no han nacido a la vida social cuando se los declara formalmente sino cuando la sociedad organizada los ha conocido y reclamado vigorosamente...”*²⁸

Bibliografía.

Andrade Santiago, Grijalva Agustín, Storini Claudia, editores. La Nueva Constitución del Ecuador. Corporación Editora Nacional. 2009. Quito-Ecuador. pag. 179, 182.

Ávila Santamaría, Ramiro. Los Derechos y sus Garantías”; prólogo Miguel Carbonell. Quito. Corte Constitucional para el Período de Transición. 2012. Pág 103.

²⁸ Grijalva, Agustín. pag.18. Ávila Ordóñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén. Editoras. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito-Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Ordóñez, María Paz y Corredores Ledesma, María Belén. Editoras. (2009). Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección. Quito-Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Espinosa Gallegos, Carlos- Caicedo Tapia, Anda y Danilo, Editores (2009). Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito-Ecuador, SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Pólit Montes de Oca, Berenice. “La Consulta Previa”. Cevallos Editora Jurídica. Quito. 2010. Pág.39, 84, 106, 107

César Rodríguez Garavito, Meghan Morris, Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. La Consulta Previa a Pueblos Indígenas, los Estándares del Derecho Internacional. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Universidad de los Andes. Bogotá-Colombia. 2010.

Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2009). Derechos de la Naturaleza. Quito-Ecuador. pag. 7,9

Acosta Alberto y Martínez Esperanza (Compiladores). Ediciones Abya-Yala (2011). La Naturaleza con Derechos. Quito-Ecuador. pag. 9

Guartambel Pérez, Carlos, “Justicia Indígena”, Cuenca-Ecuador, 2010. Universidad de Cuenca.

Fernández, Nora. Informe temático la Consulta Previa, un Derecho de Participación documento final. 2010

Espinoza, Eloy – Saldaña, Barrera (2003). Jurisdicción Constitucional Impartición de Justicia y debido Proceso. Cuenca-Ecuador. ARA Editores, de la página 45-60.

Zabala, Jorge (2010). Derecho Constitucional Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Guayaquil-Ecuador. Edilex S.A, de la página 65-68, 273-299

Memorial Caso Hipotético, Chupanky vs Atlantis, Curso de Derechos Humanos. Especialización de Derecho Constitucional. Fernández de Córdova, Carlos; Martínez, Andrés; Villavicencio Jaime. Mayo de 2012

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución del Estado Colombiano.

Constitución del Estado Boliviano.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948
- Convención América de Derechos Humanos. 1969
- Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 1969
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. 2007
- Estatuto de La Comisión Interamericana De Derechos Humanos.
- Reglamento de La Comisión Interamericana De Derechos Humanos.
- Estatuto de La Corte Interamericana De Derechos Humanos.
- Reglamento de La Corte Interamericana De Derechos Humanos
- Convenio No. 107 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1957.
- Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 2007.

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 17

Corte Constitucional de Colombia. EXPEDIENTE D-8250; Sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana declaró la inexecutable de la Ley 1382 de 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

18-III-2010 (Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Pleno de la Corte Constitucional, R.O. 176-S, 21-IV-2010)

Apuntes de Clase. Especialización de Derecho Constitucional. De lo Constituyente a lo Constituido. Segovia, Andrés. Mayo de 2012.