

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

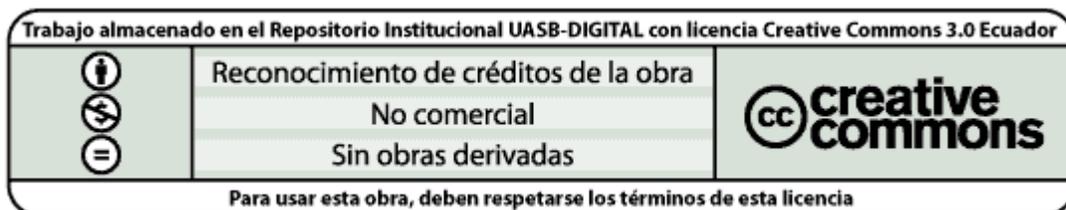
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Consulta Previa: Normas Para la Tutela Judicial Efectiva en
Ecuador**

Milton Ávila Campoverde

2015



Cesión de derecho de publicación

Yo, Milton Modesto Avila Campoverde, autor de la tesis intitulada: Consulta Previa: Normas Para la Tutela Judicial Efectiva en Ecuador, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 5 de febrero de 2015

.....
Autor

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

Consulta Previa: Normas Para la Tutela Judicial Efectiva en
Ecuador

Autor: Milton Avila Campoverde

Tutor: Mario Melo Cevallos

2015

Abstract

La invisibilidad de las colectividades diferenciadas, hizo de los indígenas víctimas de discriminación. El Estado ecuatoriano los consideró meros ciudadanos, y a sus territorios zonas de expansión poblacional y explotación de yacimientos petroleros, que por más de cuatro décadas gravita en el *desarrollo* nacional.

La organización y movilización de los pueblos indígenas, así como la protección en la normativa internacional, confluye en el reconocimiento de sus derechos colectivos, entre ellos la consulta previa sobre explotación de recursos no renovables, y medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.

Más como las actividades extractivas y desarrollistas excluyentes, en nombre del interés mayoritario, no tienen límites y se ejecutan sin el consentimiento; la consulta previa, de gran legitimación social y que debe cumplirse sin restricciones bajo estándares internacionales, no pasa de la retórica; su omisión vulnera otros derechos fundamentales de los sujetos, y así la confrontación persiste.

En este escenario, al que se suman los proyectos de minería en gran escala, se legitima la tutela judicial efectiva de la consulta previa en el régimen de la plurinacionalidad y del *sumak kawsay*. Pero para ello requerimos regularla sin restricciones, desde la perspectiva procesal, sin violar la reserva de ley, con la participación de sus sujetos, y además defenderla con acciones procesales concretas.

Así la justicia que ha definido líneas para su implementación ante falta de configuración legal, está en el centro de la controversia, y llamada a protegerla con fallos ponderados en función de los demás derechos amenazados por su omisión.

Dedicatoria

A mi especial alegría: mi esposa, mis hijos y mis hermanos.

Agradecimientos

Por darme esta nueva oportunidad de seguir creciendo: al Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; y por la orientación responsable de este trabajo, a Mario Melo Cevallos, Ramiro Avila Santamaría y Marco Navas Alvear.

Índice

Abstract.....	4
Dedicatoria.....	5
Agradecimientos.....	6
Índice.....	7
Introducción.....	9

CAPÍTULO I

COLECTIVIDADES INDÍGENAS, RESISTENCIA Y REIVINDICACIONES....	11
1. Liberalismo y Neocolonización.....	12
2. Identidad, Organización y Resistencia.....	18
3. Nuevo Entorno Constitucional.....	22
3.1. Estado Social de Derechos y Justicia.....	23
3.2. Plurinacionalidad, Interculturalidad y Buen Vivir.....	25

CAPITULO II

LA CONSULTA PREVIA EN EL ESPECTRO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	28
1. Antecedentes en la Normativa Internacional y Evolución Constitucional...	29
2. Peculiaridad y Dificultades de los Derechos Colectivos: Argumentos de Reparo y Defensa.....	33
2.1. Identificación de Colectividades Diferenciadas.....	35
2.2. Prevalencia e Incompatibilidad de Derechos.....	37
2.3. Valoración y Proclamación.....	39
3. La Consulta Previa: Producción Normativa y Evolución Constitucional.....	40
4. Sujetos de la Consulta.....	43
5. Tipos de Consulta.....	44
6. Objetivo de la Consulta: Participación y Consentimiento.....	45
7. Requisitos de la Consulta	47
7.1. Previa y Permanente.....	48
7.2. Buena Fe y Procedimientos Apropriados.....	49
7.3. Libre e Informada	50
8. Protección de la Consulta en el Ámbito Regional.....	51

CAPITULO III

DESAFIOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA CONSULTA PREVIA.....	55
---	----

1.	Tutela Judicial: Derecho Humano y Deber del Estado.....	55
2.	Consulta Previa Como Proceso.....	57
2.1.	Desarrollo Normativo de la Consulta Previa.....	58
2.1.1.	Antecedentes en la Normativa Ambiental.....	59
2.1.2.	Reglamento de la Consulta Previa en Planes y Proyectos Hidrocarburíferos.	62
2.1.3.	Instructivo de la Consulta Prelegislativa.....	65
3.	Conflictos Locales, Desarrollo Normativo en la Justicia Constitucional Nacional y la CIDH.....	67
3.1.	Caso FIPSE-Arco Oriente: Inicio de Línea Jurisprudencial Nacional.....	68
3.2.	Constitucionalidad Condicionada: Ley de Minería.....	72
3.3.	Caso Sarayaku-Ecuador.....	76
3.3.1.	Omisión de la Consulta Previa, Violación de Derechos e Indemnizaciones..	78
3.3.2.	Parámetros Básicos de la Consulta Previa.....	81
4.	Instrumentos Para la Implementación.....	82
4.1.	Interpretación Garantista e Intercultural.....	83
4.2.	Acciones de Tutela Previsibles.....	86
4.2.1.	Medidas Cautelares y Acción de Protección.....	87
4.2.2.	Acción por Incumplimiento y Acción de Incumplimiento.....	88
	Conclusiones.....	90
	Bibliografía.....	92

Introducción

La población indígena a lo largo proceso de colonización fue víctima de discriminaciones, y durante siglo y medio de vida republicana su situación no mejoró sustancialmente; solamente a partir de los noventa del siglo XX, gravita en la política nacional y logra representación en el Estado nacional, fundado artificiosamente en la ecuatorianidad. El desarrollo nacional, desde los setenta del siglo pasado se sustenta significativamente en los ingresos petroleros, y que hoy -bajo el discurso del manejo responsable o del menor impacto- se proyecta también a la minería a gran escala en territorios habitados por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, cuya implementación inconsulta afecta derechos sustanciales y encuentra legítima resistencia.

El embate de la colonización y neocolonización, es el escenario que justifica el reconocimiento de los derechos colectivos a los pueblos indígenas, entre ellos el de la consulta previa, así como la configuración del Estado social de derecho, pluricultural y multiétnico (Constitución de 1998), y su posterior desarrollo en la Constitución de 2008 en el marco de la plurinacionalidad, nuevo paradigma para el Ecuador incluyente y democrático.

Este trabajo apuesta por la real implementación de la consulta previa en el Ecuador. Su amplia legitimación social, de la que nos preocupamos por demostrarla con una mirada a los procesos de dominación, resistencia y reivindicaciones de los pueblos indígenas (Capítulo I); así como su conexión con otros derechos individuales y colectivos que se precautelan con ella, y a la que nos referimos en el Capítulo II, justifica defenderla sin dilaciones.

La tutela judicial efectiva de la consulta previa, parte medular de este trabajo que la tratamos en el Capítulo III, se torna inaplazable. Partimos de señalar que la tutela de los derechos es el más alto deber del Estado democrático; que si bien la falta de ley no impide su ejercicio, es necesario su configuración legal sin restricciones y desde la perspectiva procesal; que aparte de las garantías procesales suficientes para el acceso a la justicia, es necesario garantizar el reconocimiento de la violación del derecho, su restauración o reparación integral. Por ello el paradigma de la plurinacionalidad y del Estado de derechos y justicia, invita a los procesalistas a desarrollar este derecho como un proceso, como medio para la materialización de los demás derechos que la protege, y dar contenido al régimen del buen vivir con la materialización del derecho a la participación y la libre determinación.

Esta premisa, y la mora legislativa en reglamentarla, explican que la jurisprudencia constitucional haya marcado el punto de inflexión hacia la materialización de este derecho en el Ecuador; lo cual justifica el análisis de los casos: FIPSE-Arco Oriente y la sentencia de constitucionalidad condicionada ante la demanda de inconstitucional de la Ley de Minería, así como el emblemático caso Sarayaku-Ecuador en el sistema interamericano de derechos humanos. Casos que declaran vulneración de derechos por omisión de la consulta y contienen reglas para su eficacia material, y que son el antecedente de la reglamentación vigente de la consulta prelegislativa y para la explotación hidrocarburífera, de la que hacemos un análisis crítico; pero que además ponen en evidencia que jurídicamente es posible contrarrestar el embate expansionista, y defender los derechos individuales y colectivos de los sujetos de la consulta previa en la Nación ecuatoriana.

CAPITULO I

COLECTIVIDADES INDÍGENAS, RESISTENCIA Y REIVINDICACIONES

El grueso de las investigaciones sobre indígenas del Ecuador, versa sobre cultura material y mitología, y en menor grado sobre relaciones interétnicas; lo que más ha llamado la atención, es la extinción y sobrevivencia de culturas ante el embate de la colonización y *neocolonización*.¹ El interés por estudiar las relaciones étnicas, la interculturalidad, la plurinacionalidad y los derechos colectivos, es nuevo.

Los indígenas en América, *descubiertos* en 1492 por el mundo occidental, durante la colonia y en nombre de la *civilización*, fueron sometidos a un fuerte proceso de dominación: la corona impuso la lengua, la religión, el derecho, y el trabajo forzado en mitas y obrajes. La colonización prolongada por más de cinco siglos, produjo el *mestizaje* que hoy caracteriza a la población americana; en Ecuador, según información del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) sobre el último Censo de Población y Vivienda de 2010: de los 14'483.499 ecuatorianos, el 71,99% se identificó como mestizo, el 7,4% como montubio, el 7,2% como afroecuatoriano, el 7% como indígena, y el 6,1% como blanco.²

Sin embargo el mestizaje no significó pérdida de las raíces indígenas, muchos pueblos conservan no solamente la lengua y el territorio, sino se ha recreado formas de organización social y resolución de conflictos; con esta base, tras el proceso de

¹ Llamamos neocolonización al proceso de homogenización a la cultura de la sociedad nacional, emprendida y fomentada por los Estados nacionales, constituidos luego de la descolonización, a través de procesos de colonización dirigida o espontánea; así como a las ocupaciones del territorio de las comunidades indígenas para implementar proyectos de desarrollo o extracción de recursos naturales.

² “Censo revela que los ecuatorianos aceptan sus orígenes étnicos”. *El Telégrafo*, Guayaquil, 12 de octubre de 2011, en <http://www.telegrafo.com.ec/sociedad/item/censo-revela-que-los-ecuatorianos-aceptan-sus-origenes-etnicos.html>. Consulta: 3 de enero, 2014.

descolonización y configuración del Estado nacional, mantienen su identidad y se autodefinen como nacionalidades.³

A los indígenas como colectividades homogéneas, vinculadas a la categoría de nación dentro de un mismo Estado, suelen asignarse categorías de comunidad, grupo o minoría étnica, pueblos o nacionalidades, como equivalentes cuando en verdad tienen acepciones diferentes. Las dos primeras denotan cohesión interna en función del territorio, la segunda tiene además otros elementos culturales (lengua y organización), pero siempre deslindados de los procesos históricos. Por ello preferimos referirnos como pueblos o nacionalidades; aceptando que la última categoría tiene una dimensión sociológica y política más apropiada en el Estado plurinacional.⁴

1. Liberalismo y Neocolonización

Tras el proceso de descolonización, los Estados liberales en América Latina -a la luz de la igualdad y libertad universales de la Ilustración- representados por mestizos pero con la misma lógica liberal, se fundaron artificiosamente sobre sociedades heterogéneas que resistieron al intento de asimilarlas a las sociedades nacionales.⁵

³ José Almeida, “Regionalismo y Movimiento Indígena en el Ecuador: Un Reto a la Política de la Diferencia”, en *XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*, Milka Castro Lucic y Xavier Albó, coordinadores (Arica-Chile: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, 2000), 535: “Así, actualmente el movimiento indígena presiona al Estado no sólo para mayor justicia y equidad en la distribución de la riqueza, sino también por más apertura a la heterogeneidad, la descentralización y la interculturalidad.”

⁴ Ileana Almeida, *El Estado Plurinacional* (Quito: Abya-Yala, 2008), 42-43: “La categoría de nación y nacionalidad han permitido esclarecer la discusión conceptual sobre las comunidades indígenas. Nación y nacionalidad son categorías inseparables. Las definen a comunidades históricamente conformadas, pero se diferencian porque corresponden a distintas épocas. Mientras la Nación es un fenómeno de la época del capitalismo, la nacionalidad corresponde a épocas anteriores. Los elementos de la nacionalidad se consolidan en la Nación, los lazos consanguíneos como elementos que cohesionan la etnia, han sido superados.”

⁵ Diego Iturralde Guerrero, “Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 104: “[...] la sociedad unitaria y consensual no existe, es una ficción construida y reproducida simbólicamente mediante el signo del estado nacional, sujeto de una supuesta cultura nacional. A la falacia de la cultura nacional se opone en la práctica la existencia de múltiples culturas, desarrolladas por pueblos sometidos a la dominación colonial

Bajo el discurso de la unidad nacional, igualdad ante la ley y ciudadanía, se pretendió desconocer las particularidades y diferencias de los grupos étnicos.⁶ El tratamiento igualitario ante la ley, principio de igualdad formal, en un país marcado por diferencias, constituyó la base de la desigualdad; el Estado nacional a través de su derecho positivo, desconoció la heterogeneidad de los sujetos de derecho, los juzgaba como iguales y buscaba asimilarlos a su lógica.

En Ecuador las Constituciones desde 1830 hasta 1978, se refieren a los indígenas sólo individualmente y como seres inferiores, nunca como colectividades.⁷ Bajo esta concepción los pueblos indígenas, y puntualmente su derecho, organización y autoridad, territorio y cultura, fueron excluidos por contradecir los fundamentos de una nación monocultural; y lo que es más: representaron una carga atávica y transitoria a la civilización, que podía superarse con la expansión de la colonización.⁸

Mediante programas de colonización dirigida y de fomento a la colonización espontánea en la Amazonía ecuatoriana, se impuso el cristianismo, oficializó el castellano, y expandió la frontera agrícola; hoy este fenómeno, que lo llamamos neocolonización, ha rebasado toda frontera a punto que no existen pueblos libres de contacto, por leve que fuera; el dinero y modelo de *éxito* del colonizador, han sido asimilados.

y a la explotación; pueblos que conforme luchan por retener o recuperar los medios para su supervivencia y se forman una conciencia de su interés como productores y de identidad como sociedad van construyendo la clase del trabajo y se expresan como verdaderas nacionalidades, que disputan la legitimidad del estado.”

⁶ Iturralde, “Nacionalidades indígenas y Estado”, 131: “la nación latinoamericana que se ha desarrollado hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha construido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad.”

⁷ Alvino Antuash, *La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazónico del Ecuador* (tesis de maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 13.

⁸ Ecuador, Congreso Nacional, *Ley de Colonización de la Región Amazónica*, en Registro Oficial No. 504 (Quito: 12 de enero, 1978), art. 1: declara la colonización “obra nacional de urgente prioridad [...]” Esto llevó a implementar fuertes corrientes migratorias hacia las cuencas de Paute, Zamora y el Upano en territorios ocupados por los shuar que se repliegan hacia el interior de la selva.

El liberalismo homogeneizador, soslayando las condiciones históricas en las cuales los indígenas resistieron la dominación, implementó políticas con ejecución de proyectos de desarrollo basado en la extracción de recursos naturales de sus territorios,⁹ visibilizándolos como simples habitantes de las zonas de expansión.

El crecimiento económico así concebido, rompe la relación hombre-naturaleza, sustentado en el aprovechamiento *amigable* característico de las comunidades indígenas. Así el calentamiento global, la diversidad cultural y la misma sobrevivencia de pueblos en aislamiento voluntario, hoy es una amenaza latente; nada cuenta sin que tenga valor de mercado. Esta práctica egocéntrica, es inmediatista porque no importa el exterminio natural, cultural y el hambre de mañana, y también es violenta porque busca imponer su visión y neutralizar la capacidad de proponer alternativas.¹⁰

Aquello de que el interés general está sobre el particular, o de que se busca acabar con la pobreza, es ingenuo; la pobreza solamente puede superarse con la eficiente producción y distribución equitativa de la riqueza; el crecimiento económico que propician tales proyectos de desarrollo, sin desconocer que representa importantes

⁹ Byron Real López, “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales” en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 394, 395: “[...] En el primer caso, se trata de planes diseñados para difundir técnicas productivas, formas organizativas, estrategias de salud comunitaria, entre otras acciones, en las que los indígenas reciben cierta capacitación e información práctica, que les facilita su involucramiento en la sociedad de consumo y en las relaciones capitalistas de producción.

La segunda forma de asimilación, la más común, son los proyectos de desarrollo, que incluyen la construcción de infraestructura (carreteras, represas, complejos industriales), y la extracción de recursos naturales renovables o no renovables. En estos casos, los pueblos indígenas constituyen elementos accidentales del proceso impuesto, pues éste no tiene como objetivo el desarrollo de esos pueblos, sino la obtención de recursos naturales de sus territorios. Debido a la presencia de estos grupos, generalmente se incluyen también en los proyectos, planes sociales (de carácter filantrópico en su esencia), que son totalmente tributarios a la actividad principal. Lejos de un ‘mejoramiento del nivel de vida’ de los indígenas, este tipo de proyectos genera profundos impactos en su sociedad.”

¹⁰ Pablo Dávalos, “El ‘Sumak Kawsay’ (‘Buen vivir’) y las cesuras del desarrollo”, www.puce.edu.ec/.../ElSumakKawsayylasesurasdeldesarrollo.pdf, consulta: 7 de enero de 2014: “La libertad de los mercados implica cárceles, persecución, terrorismo de Estado, torturas, genocidios, impunidad. El crecimiento económico es violento por naturaleza. Generar violencia y administrarla políticamente, bajo una cobertura de democracia, ha sido uno de los desafíos más importantes del neoliberalismo.”

ingresos al Estado, no ha significado el crecimiento económico para toda la sociedad y menos para los más pobres.¹¹

Sin embargo, la dinámica que la sociedad civil imprime en su relación con la sociedad política, vía coerción o socialización, determina que se mantenga o cambien sus políticas. El protagonismo político del movimiento indígena en las dos últimas décadas del siglo XX, y el desarrollo del derecho indigenista en la comunidad internacional, gravita en el reconocimiento de sociedades diferenciadas, la interculturalidad y la plurinacionalidad, lo cual representa un esfuerzo político por adaptar el derecho a la realidad heterogénea y construir el Ecuador incluyente.

No obstante, tras el reconocimiento de las diferencias en la firma de convenios internacionales y reformas constitucionales, se esconde el interés del Estado ecuatoriano en seguir ampliando la neocolonización. Nos referimos a los procesos de explotación petrolera y a los recientes proyectos de minera, especialmente en la Amazonía, cuyo control político se acentúa recién a partir de la mitad del siglo pasado, y cuya peculiaridad exige un trato diferenciado,¹² pero que sigue siendo vista como

¹¹ Pablo Ortiz T, “Modelo de desarrollo, extractivismo, buen vivir y conflictos socioambientales (CSA)”, en *Conflictos Socioambientales, Políticas Públicas y Derechos. Aproximación a un Debate*, Pablo Ortiz T., editor, vol. 2 (Quito: Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana/Universidad Politécnica Salesiana, 2011), 102-103: “El extractivismo se caracteriza por responder en primer lugar a las fluctuaciones y demandas del mercado mundial. Cuando aumenta la demanda de determinada materia prima suben los precios de dichos bienes, y, de manera correspondiente, se ejerce una mayor presión selectiva sobre especies minerales o vegetales en calidad de materias primas de valor comercial. En ningún caso, dicho modelo se plantea el procesamiento o transformación de dichos bienes, ni la incorporación de valor agregado. Tampoco fomenta procesos productivos, ni posibilita la redistribución de beneficios económicos en el lugar de origen, y por tanto no promueve ni asegura, el desarrollo regional o local. Muy al contrario, simplemente posibilita tanto procesos de recuperación acelerada de inversiones de capital como de su reproducción ampliada, y con ello, el fortalecimiento de un pequeño bloque de poder que controla el proceso. [...]Luego de cincuenta años de modelo extractivo, los Estados que dependen de exportaciones de petróleo y minerales, según las Naciones Unidas (PNUD, 2004) se encuentran entre los más desafortunados a nivel global, con índices excepcionalmente lentos de crecimiento económico, con instituciones generalmente débiles y regímenes políticos autoritarios, y en casos como el África, que presentan un mayor número de situaciones de violencia armada, comparados con Estados que no disponen de los mismos recursos naturales. El modelo extractivo ha estado además vinculado de manera directa al proceso de liberalización de capitales, lo cual no significa modificación alguna en las condiciones de vida de la mayoría pobre.”

¹² Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República de Ecuador (CRE)*, en Registro Oficial No. 449 (Quito: 20 de octubre, 2008), art. 259: reconoce el menor desarrollo de la

mera zona de reserva natural y expansión. Aquí el embate extractivista afecta el medio ambiente, priva de los recursos materiales de subsistencia, y socava la cultura de los pueblos indígenas con el establecimiento de nuevas relaciones sociales externas y conflictos internos, poniendo en riesgo su propia existencia.¹³ La extracción en la Amazonía “supuso la reducción de sus territorios de reproducción, el cambio violento de sus modos de vida y la subordinación de su fuerza de trabajo a las compañías petroleras y forestales y a los colonos asentados a lo largo de las vías de penetración y en los nuevos pueblos y campamentos.”¹⁴

Lamentablemente la extracción de los recursos naturales se sigue defendiendo como indispensable para el desarrollo nacional; actualmente el petróleo representa alrededor del 20% del PIB y más del 40% de los ingresos del Estado.¹⁵ Con esta visión, y el compromiso del manejo *responsable*,¹⁶ y pese a la considerable baja del precio del crudo desde los últimos meses de 2014, el Estado continúa predispuesto a ampliar la extracción petrolera e incorporar la extracción de minerales a gran escala con sus nuevos aliados en la inversión extranjera. Para ello está presto a franquear las barreras que se presentaren, sin importar que muchos de estos recursos subyacen en territorios de nacionalidades indígenas, cuya explotación demanda de consulta y consentimiento previo en el marco del reconocimiento de los derechos colectivos y la configuración del

Amazonía y propende políticas de desarrollo sustentable y de preservación ecológica. art. 250: habla de la promulgación de una ley que “garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del *sumak kawsay*.”

¹³ Real, “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización”, 365: “[...] los vectores de cambio humano inducido, como son los derivados del desarrollo económico, están entre los más violentos, que inciden en todos los ámbitos de la vida social; y, ecológicamente, sus efectos trascienden a los ecosistemas en donde ocurren. Generalmente beneficioso, el desarrollo puede ser también instrumento de aniquilación cultural y física para ciertos grupos humanos; y generador irreversible de inseguridad ambiental. Sus efectos, plantean cuestionamientos serios para las nociones de democracia, derechos humanos y derechos colectivos.”

¹⁴ Iturralde, “Nacionalidades indígenas y Estado”, 118.

¹⁵ Ortiz, “Modelo de desarrollo, extractivismo”, 109.

¹⁶ Discurso del Presidente de la República del Ecuador con el que se ofrece el menor impacto ambiental y elevar el nivel de vida de las comunidades afectadas por la explotación de los recursos.

Estado constitucional de derechos y justicia; revelando que este nuevo embate de la neocolonización no distingue ideologías.

El capitalismo y el socialismo, aunque distintos en lo ideológico, tienen un carácter similar en cuanto a su naturaleza acumulativa, productiva y de expansión económica. Ambos sistemas están basados en la idea de la industrialización y producción ilimitada de bienes, por lo que el extractivismo de recursos naturales es una actividad central en los dos tipos de regímenes, cuyas economías, en la actualidad, se encuentran fuertemente entrelazadas e interdependientes.¹⁷

Ecuador en la última década tuvo cambios políticos profundos: Partidos políticos debilitados que instauraron regímenes volátiles que sucumbieron ante la crisis, la protesta social, y acción de poderes fácticos como medios de comunicación, devinieron en sucesiones presidenciales ilegítimas y de dudosa constitucionalidad. La emergencia de un nuevo liderazgo político, con respaldo de organizaciones sociales y ciudadanos, lleva que desde el poder se promueve una Constituyente (2008). Esta emite un Mandato amnistiando a 362 enjuiciados por protestas sociales, y termina con las concesiones mineras que generaron la conflictividad y tales enjuiciamientos; redacta la nueva Constitución que amplía derechos y garantías a favor de personas y colectividades, promueve la participación ciudadana en el ejercicio del poder, y somete al mismo Presidente a una nueva elección.

La Constitución se aprueba en referéndum, y el Presidente Rafael Correa es reelecto por dos ocasiones. Sin embargo éste y la Asamblea Nacional, mayoritariamente gobiernista y sin la Constituyente, desatiende la nueva configuración del Estado; la participación ciudadana se burocratiza en el Consejo de Participación Ciudadana y con ello el régimen controla los poderes autónomos, y tras la consulta popular de mayo de 2011, al mismo órgano administrativo y disciplinario de función judicial.

¹⁷ Real, “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización”, 380-381.

Desde el ejecutivo se promueve y a inicios del 2009 se aprueba la Ley de Minería sin la consulta prelegislativa prevista en la Constitución, y en esa misma línea se pretendía expedir la ley de aguas; como consecuencia de la protesta social agudizada en Morona Santiago, fallece el ciudadano shuar Bosco Wisum; ante la detonante y la vehemencia del Presidente de la República quien señala que no habrá la impunidad, se judicializa el hecho como delito contra la seguridad interior del Estado.

El distanciamiento del régimen con el espíritu constituyente, su política desarrollista y decisión de ampliar la política extractivista incluso en el parque Yasuní,¹⁸ lleva al distanciamiento de algunos constituyentes, intelectuales, dirigentes y organizaciones indígenas, que ante la desprotección del Estado se ven obligados a recurrir a organismos internacionales.¹⁹

2. Identidad, Organización y Resistencia

Toda sociedad tiene una explicación de la vida, del mundo y del universo; los pueblos indígenas pese al proceso de homogeneización, a más de algunos elementos materiales de la cultura como vestimenta, utensilios y vivienda, conservan también su

¹⁸ Para no interferir en los territorios de grupos no contactados en la Amazonía, y mantener la reserva ecológica en la selva amazónica ecuatoriana, en 1998, se declara *zona intangible* a un sector del Parque Nacional Yasuní, ubicado entre los cuadrantes de exploración petrolera Ishpingo, Tiputini y Tambocochoa. El gobierno del Presidente Correa, desde de diciembre de 2007 hasta el 15 de agosto de 2013, mantuvo la *Iniciativa Yasuní-ITT* que condiciona el mantenimiento indefinido bajo tierra del crudo de alrededor de 856 millones de barriles de petróleo, a que la comunidad internacional compense por el valor del 50% de las utilidades que percibiría si se explotara el recurso (unos 350 millones de dólares anuales).

Al declararse terminada la Iniciativa Yasuní-ITT se anunció la decisión de proceder con la explotación petrolera, estimando que aquello generará alrededor de 600 millones de dólares anuales durante 30 años; para enfrentar a sus opositores que plantean una consulta popular sobre el tema, se desplegó una fuerte campaña publicitaria de adhesión, anunciando la intervención en un 0.1% del parque nacional (1000 ha), se pidió y consiguió que la Asamblea Nacional declare de interés nacional la explotación del crudo en los bloques 31 y 43, y paradójicamente al igual que los adherentes se proponía también una consulta, de la que se dejó de hablar cuando el Consejo Nacional Electoral (CNE) rechazó el pedido de los oponentes.

¹⁹ Carlos Pérez, Presidente de la ECUARUNARI, en *El Mercurio* del 11 de diciembre de 2013: Relata que los comisionados de la CIDH “deberán verificar in-situo lo que él considera como vulneración de derechos colectivos consagrados en la Constitución y relacionados con la consulta prelegislativa, la criminalización de la protesta social.”

lenguaje, organización social y autoridad, elementos que definen su identidad y dan sentido a la plurinacionalidad.

Un elemento clave en la identidad de los pueblos indígenas, es el territorio; concepto que trasciende al de tierra porque comprende todo el hábitat y que tiene un vínculo especial con su cultura y valores espirituales, expresamente así lo reconoce el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).²⁰

Para una sociedad que usa, compra o vende la tierra, los árboles, el agua, es difícil entender el nivel de conexión que los pueblos tradicionales tienen con su tierra y por qué perderla o verla destruida conlleva un dolor existencial, una tristeza sempiterna, mayor a la que se tiene por la pérdida de un familiar íntimo. Tal vez solo comparable a la pérdida que un niño tiene de sus padres.²¹

Para los indígenas, el territorio es mucho más que una fuente de sobrevivencia o poder personal, constituye la vida misma; sin embargo el Estado no ha cumplido con el deber de adjudicar tierras en la tesitura que corresponde. La presión ejercida sobre ésta por agentes de la colonización o neocolonización, quienes logran adjudicaciones del INDA o prescripciones adquisitivas de dominio por ocupaciones fácticas o compras a antiguos poseedores, constituye el conflicto que -conjuntamente con el ordenamiento territorial y manejo de sus recursos naturales- más preocupa a sus organizaciones.²²

²⁰ OIT, *Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Ginebra: 7 de junio, 1989), art. 13: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

²¹ Real, “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 401.

²² Tito Puanchir, ex-presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE), entrevistado por Mario Melo, en *Tarimiant, Firmes en Nuestro Territorio*, Mario Melo y Juana Sotomayor, editores, 2ª ed. (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales/Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, 2002), 16: “Hablar de territorio no es hablar de lo que se dice ‘tierra’, un espacio físico no más, sino más bien al hablar de territorio estamos tomando en cuenta lo que es la cultura nuestra, el idioma, nuestra forma de organización. Nosotros, como decía antes, no tenemos los bancos donde tenemos cantidad de dinero para asegurar para nuestras generaciones y todo

El territorio de los pueblos indígenas, a más de permitir su sustento, posibilita conservar la cohesión interna de sus miembros, dando sentido a la autodeterminación y la cultura; en hora buena así lo reconoce la Corte Constitucional en un reciente fallo que dejó sin efecto el desalojo de tierras de la Misión Salesiana de Gualaquiza ocupado por algunas familias shuar;²³ esto explica como el desplazamiento atenta su sobrevivencia, y la expulsión es el castigo más grande que puedan recibir.

Otro elemento trascendente para las nacionalidades o pueblos indígenas del Ecuador en su confrontación con la neocolonización, es la organización social y la movilización, lo cual permitió el reencuentro con la autoestima. El indígena deja de tener vergüenza de su condición, lo cual aumenta la cohesión y da lucidez para su proyección externa y reivindicar sus derechos.

Un momento clave es la constitución de la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI) en 1940; más tarde con la reforma agraria se fortalecieron las organizaciones indígenas en la Sierra que forjaron alianzas con centrales sindicales para confrontar al Estado. En la Amazonía surgieron movimientos de reivindicaciones étnicas; en 1964 con la ayuda de los salesianos se constituyó la Federación Interprovincial de Centros Shuar-Achuar (FICSHA) que con la conformación de federaciones shuar en Zamora, Pastaza y Sucumbíos, y de la Federación Interprovincial de Nacionalidad Achuar del Ecuador

eso...entonces, lo valido es tener un territorio y desarrollarnos a partir de eso. Nosotros si nos 'exponemos' a la negociación vamos a tener una situación bastante difícil para nuestras futuras generaciones, porque el territorio para nosotros no es negociable, más bien nos sirve para seguir subsistiendo. Entonces, queremos vivir unos cuantos años más. Esa es la importancia de defender nuestro territorio porque no nos queda más. Tenemos apenas, delimitado ahora al momento, 182.468 has. Nada más. No tenemos más espacio [...] Ancestralmente nuestro territorio era más amplio. Actualmente estamos solicitando que el Estado nos legalice ese territorio delimitado de esas 182.000 has., y partir de eso vamos a comenzar a trabajar.”

²³ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 141-14-SEP-CC* (Quito: 24 de septiembre de 2014), 25-26: “[...] nada que sea básico para la sobrevivencia humana puede ser objeto de colonización, de monopolio, pretensiones hegemónicas o postulados de la oferta y la demanda, apropiándose de los bienes o entornos comunes, a partir de una supuesta filosofía occidental basada en la apropiación individual, procedente de la concepción romana de –res nullius- y la libre utilización desregulada de territorios sin dueño –res communis-.”

(FINAE), limitó su acción en Morona Santiago como Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH).

A fines de la década de 1970, las organizaciones de la Amazonía conforman la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE), en 1986 surge la Organización Shuar del Ecuador (OSHE), y luego los misioneros evangélicos en Makuma propician la aparición de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) reconocida legalmente en 1996.

En el ámbito regional amazónico internacional, ante la explotación irracional de los recursos naturales, por la defensa del ecosistema y del bosque tropical, al que se define prioritario para la sobrevivencia de la humanidad, en 1984 con participación de la CONFENIAE se constituye la Coordinadora Indígena de la Cuenca Amazónica (COICA); y el 15 de febrero de 1992, con el objetivo de permitir que los pueblos tropicales -que históricamente han preservado su hábitat- defiendan sus territorios y participen en las decisiones políticas que marquen su destino, se crea la Alianza Mundial de Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales (IAITPTF).

En 1986 se conforma la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE); con ésta a partir de los 90 del siglo XX, la organización y movilización adquiere protagonismo en la protesta social, y en 1995 se constituye su organización política (Pachakutik), que en alianza con otros sectores sociales, ha posibilitado alcanzar representaciones legislativas, dirigir gobiernos locales, y mantenerse hasta hoy como movimiento político protagónico.

La resistencia, organización y movilización de los pueblos indígenas, así como el reconocimiento de sus derechos por la comunidad internacional organizada,

trascendió en la transfiguración del Estado liberal de derecho en el Estado social de derechos y justicia, nuevo paradigma del Ecuador incluyente y democrático.²⁴

3. Nuevo Entorno Constitucional

La fuerza y arbitrariedad que caracterizaban a organizaciones sociales preestatales, y al Estado absolutista del siglo XVII y de parte del siglo XVIII, pretendió superarse con el Estado de derecho que desde el poder parlamentario, puso en vigencia el sistema de legalidad, separando y poniendo límites al poder. Pero si bien el Estado de derecho frenó tal arbitrariedad, propiciando la seguridad jurídica que el positivismo liberal reivindica como su estandarte; el sistema de legalidad llevó al empoderamiento del control social por el poder parlamentario; éste inaugurado con el advenimiento de la modernidad (1789) y controlado por el capitalismo emergente, en nombre del poder mayoritario, privilegió sus intereses a los derechos humanos.

Frente a este escenario, surge el Estado constitucional de derechos que en esencia sigue siendo Estado de derecho en cuanto privilegia el derecho como norma, aunque su fuente primaria sea constitucional; es decir, el principio de legalidad se reconceptualiza en función de la protección de los derechos humanos que se constitucionalizan; por ello la Constitución es más dogmática, rígida y garantista.

Como la Constitución emana del poder constituyente, está llamada a perdurar, y para su rigidez se colocan *candados* que dificultan la reforma legislativa. Es más dogmática porque a más de regular el ejercicio del poder en la parte orgánica,

²⁴ Iturralde, “Nacionalidades indígenas y Estado”, 220-221: “El Ecuador es un Estado Social de Derecho según la Constitución Ecuatoriana. Tal declaración obliga al Estado, no sólo a reconocer y garantizar los derechos de los ciudadanos, sino a asumir un conjunto de responsabilidades y compromisos para hacer que todos los ecuatorianos, a partir de sus especificidades culturales, sociales y políticas, puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus deberes de solidaridad social. De modo que el Estado debe romper los obstáculos económicos y sociales que impiden a los ciudadanos el pleno disfrute de los derechos de libertad, igualdad y justicia social, en su dimensión individual y colectiva. [...] La protección de los grupos étnicos y el reconocimiento de sus derechos colectivos dentro del Estado Social de Derecho y en el contexto de la Nación Multiétnica y Pluricultural es realmente un tema novedoso a la vez que desconocido y poco analizado en el Ecuador.”

profundiza en la determinación y desarrollo de los derechos humanos, consagrados como universales y anteriores al Estado. Finalmente es más garantista porque establece garantías para su implementación exigibles ante cualesquier juez; éste deja de ser simple *boca de la ley* porque para garantizar los derechos no tiene límites, cuando las normas no son expresas, debe interpretarlas en función del *bloque de constitucionalidad* y *ponderarse*²⁵ casuísticamente los principios y valores, así como aplicarlos directamente; así la justicia en cuanto implementación de los derechos, demanda de legalidad constitucional.²⁶

3.1. Estado Constitucional de Derechos y Justicia

La transfiguración del Estado liberal de derecho, en el Estado social de derechos y justicia, parte desde la Constitución de 1998 que constitucionalizó los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y proclamó la pluriculturalidad y multiétnicidad en función de la unidad en la diversidad.²⁷ Hoy el Ecuador se define como Estado de *derechos y justicia* (Constitución, art. 1); siguiendo a Ramiro Ávila intentaremos

²⁵ El Bloque de Constitucionalidad, entendido como el instituto jurídico integrado por valores, principios y reglas del sistema jurídico nacional y de otros órganos y fuentes normativas, que coexisten por medio de cláusulas de inclusión o remisión de la propia Constitución y provistas de igual fuerza normativa; permiten que el intérprete, mediante la aplicación inmediata y directa por el principio (pro homine), ante un conflicto de normas que consagran o desarrollan otros derechos, opte por aquella que más favorezca la vigencia y goce del derecho humano que—casuísticamente— el juez considere prominente.

La ponderación implica establecer jerarquías axiológicas en base a razones y argumentaciones, lograda la jerarquía para el caso, opera entonces la subsunción: a mayor limitación de uno de los derechos, mayor importancia de la satisfacción de otro derecho en conflicto; por ello la ponderación demanda de argumentación jurídica, solamente así se evita la arbitrariedad, y requiere de cuatro presupuestos: un fin legítimo, idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad.

²⁶ Ramiro Ávila, “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell, editor, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008) 307-349.

²⁷ Ecuador, Asamblea Nacional Constitucional, *Constitución Política de la República del Ecuador (CPRE)*, en Registro Oficial No.1 (Quito: 11 de agosto, 1998), art.1, Inc.1: “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico [...]” Art. 97, De los deberes y responsabilidades de los ciudadanos: N. 12: “Procurar la unidad en la diversidad, y la relación intercultural.”

resumir estas categorías:²⁸ Estado de derechos tiene dos perspectivas: pluralidad jurídica y relevancia de los derechos humanos.

Teóricamente el positivismo que preconiza el monismo jurídico, y proclama la ley como única fuente del derecho, sede paso al pluralismo jurídico; esto implica el reconocimiento de otras fuentes de derecho o sistemas jurídicos, como es el caso de la jurisdicción indígena. Por otro lado el derecho por principios, normas téticas presentes pero no desarrolladas en la Constitución, y cuya vigencia no requiere de ley que lo desarrolle, autoriza al juez -convocado a garantizar derechos- a crear reglas mediante el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Esto porque la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es obligatoria para los Estados suscriptores -que generalmente incluso los han constitucionalizado- porque el Estado deontológicamente está al servicio del ser humano, y porque existen garantías para que los jueces conduzcan a que el Estado cumpla su finalidad. La Constitución de la República de Ecuador (CRE), en el art. 424 dice: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” Esto sumado a lo preceptuado en su art. 425 y 426, deja claro que la voluntad del constituyente es garantizar la supremacía constitucional y su aplicación directa para garantizar los derechos humanos consagrados en ésta y en los instrumentos internacionales.

Respecto al Estado de justicia, Ramiro Avila nos dice: si bien aquí existe una valoración subjetiva, la finalidad del Estado es la justicia. Las normas que establecen derechos generalmente se expresan en principios, cuya materialización implica la

²⁸ Ramiro Ávila, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ramiro Ávila, editor (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 19-38.

realización de la justicia. Una regla del sistema jurídico sirve no solamente por su vigencia (valor formal), sino por su valor axiológico (validez de contenido), en cuanto conduzca a resultados justos.²⁹

3.2. Plurinacionalidad, Interculturalidad y Buen Vivir

La Asamblea Constituyente de 2008, a más del Estado de derechos y justicia, proclama la plurinacionalidad e interculturalidad como sus elementos constitutivos;³⁰ superó al Estado social de derecho, pluricultural y multiétnico de “[...] pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades” dentro del Estado único e indivisible.³¹ La plurinacionalidad y la interculturalidad como su exigencia, representa el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos e históricos anteriores en los cuales se funda el Estado; por lo tanto no solamente rompe la homogeneización, sino que posibilita a los indígenas -antes convenidos de salvajes y excluidos por la sociedad nacional (pensada como civilizada)- para que desde sus diferencias proyecten su propio desarrollo en el Estado nacional.³²

²⁹ *Ibíd.*, 25-26: “Si se presenta el caso en que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe esa regla, entonces debe crearla. Si la regla es coherente con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio[...] La teoría del derecho, la sociología y la teoría de la justicia, ya no deben ser disciplinas separadas y cerradas, odas se funden y se retroalimentan para alterar la realidad desde la aplicación de la Constitución.”

³⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, 2008, art.1, Inc.1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...]”

³¹ Asamblea Nacional Constituyente, *CPRE*, 1998, art. 83.

³² Ecuador, Corte Constitucional, *Caso No. 0731-10-EP* (Quito: 30 de julio 2014), 12 y 13: “Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnico-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada. En tal virtud, las características de plurinacionalidad e interculturalidad no constituyen una antinomia al estado unitario ni a la democracia.”

Trascender de la multiétnicidad y la pluriculturalidad, al reconocimiento de que tras las culturas existen composiciones económicas, sociales y políticas, que obedecen a procesos históricos concretos de dominación, asimilación y resistencia; revela que la pluriculturalidad, y la teoría de la lucha de clases y antiimperialista, soslayan el neocolonialismo presente.³³ La descolonización o democratización del Estado, al que invita la plurinacionalidad, sustentada en la Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) de 2007, que en los arts. 2, 3, 4 y 5 proclaman la no discriminación y autodeterminación de los pueblos indígenas, conlleva a su liberación; lo cual sin embargo no conlleva al separatismo que preocupa a los nacionalistas, la misma Declaración así lo reconoce.³⁴

El Estado Plurinacional, tiene además un nuevo elemento conceptual para el relacionamiento del hombre con la naturaleza y la sociedad: el buen vivir o *sumak kawsay*;³⁵ entendido como una “[...] oportunidad para construir colectivamente un nuevo régimen de desarrollo [...], busca una vida armónica. Es decir, equilibrada entre

³³ Almeida, *El Estado Plurinacional*, 19-22

³⁴ ONU, *Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* (DDPI). Nueva York: 13 de septiembre de 2007, art. 2: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.”

art. 3: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

art. 4: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.”

art. 5: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

art. 46.1: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

³⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, Preámbulo: “Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* [...]”

todos los individuos y las colectividades, con la sociedad y la naturaleza.”³⁶ Esta proclamación se presenta como alternativa al discurso neoliberal de desarrollo, e implica entablar un vínculo de respeto del hombre con la sociedad y la naturaleza, a la cual además se le reconoce derechos.³⁷

La plurinacionalidad y el buen vivir, debe sobrepasar del discurso descolonizador de los pueblos indígenas, o de la innovación constitucional; demanda de la adecuada comprensión y valoración de la sociedad civil,³⁸ y de tutela judicial efectiva del Estado. No podrá entenderse el impacto generado por la colonización y neocolonización, si no vemos a los pueblos indígenas como distintos y desde su propia óptica; conducta a la que nos invita el ejercicio de la interculturalidad, en cuya práctica cobra sentido la consulta de las decisiones que el Estado pretenda tomar cuando afecten sus derechos, así como su participación y consentimiento previo, como objetivo del ejercicio de este derecho colectivo.

Los instrumentos políticos y jurídicos que el Estado implemente en este proceso, requieren del tratamiento de derechos diferenciados de grupo para el trato igualitario en la sociedad heterogénea; pensar en el indígena como sujeto de derechos individuales y colectivos, jamás como incivilizado; reconocer derechos bajo esa cosmovisión retrógrada y atávica, significa desconocer la dialéctica de los pueblos y pensar al indígena como pieza del folklore, como si la aculturación lo permitiese.

³⁶ Alberto Acosta, *La Maldición de la Abundancia*, Nadesha Montalvo Rueda y Erika Hanekamp, editoras (Quito: Comité Ecuménico de Proyectos y Abya-Yala, 2009), 179-180.

³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, CRE, art. 71-74.

³⁸ Rainer Baubock, “Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos” en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 52: “Mantener la diversidad y el diálogo intercultural es no sólo, y tal vez no primordialmente incluso, una tarea del gobierno sino también de grupos, asociaciones y ciudadanos de la sociedad civil.”

CAPITULO II

LA CONSULTA PREVIA EN EL ESPECTRO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los excesos del absolutismo dieron lugar al liberalismo, al Estado de derecho, y a los derechos humanos individuales con igualdad formal ante la ley. El liberalismo, que defiende el desarrollo en función del crecimiento del capital, da lugar al Estado social de derecho, y al Estado constitucional de derechos y justicia (caso ecuatoriano); así como a los derechos sociales y normas de discriminación positiva para miembros de grupos discriminados, y a los derechos colectivos.

La igualdad ante la ley de los distintos, ciega a las diferencias de género, orientación sexual, pertenencia étnica, etc., hace que los derechos individuales no puedan materializarse en igualdad de condiciones.³⁹ Esto explica que los pueblos indígenas sometidos a los Estados nacionales, que basados en el principio de la igualdad buscaban asimilarlos a su lógica, desde sus organizaciones reclamen el reconocimiento de derechos como colectividades diferenciadas sin que sus miembros queden desprotegidos como ciudadanos de una *nación*.⁴⁰ Organismos oficiales de política

³⁹ IWGIA, *Pueblos Indígenas* (Copenhague: Eks-Sholens Trykkeri aps, 2000), 106: “En algunos países los pueblos indígenas gozan en principio de los mismos derechos individuales que los demás habitantes. No obstante son discriminados colectivamente. Un bosquimano puede hablar su propia lengua, pero la lengua bosquimana no puede ser utilizada en un tribunal de justicia, para dar sólo un ejemplo.”

⁴⁰ José Manuel Hermida, “Presentación”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, Editoras, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), XI: “La categoría de derechos colectivos, ampliamente desarrollada en la Constitución de la República de Ecuador, obedece a largos debates, demandas y realidades históricas que permitieron su reconocimiento progresivo basado en la constatación de que los derechos humanos, en su dimensión individual, no pueden ser disfrutados, ejercidos y protegidos en su plenitud si no se consideran paralelamente los derechos del individuo como miembro de una comunidad, de una nación o de la humanidad entera y buscan precisamente la promoción de la dignidad de la especie humana en su conjunto.”

internacional, organizaciones no gubernamentales (ONGs) y Estados, no permanecieron impávidos, y promovieron el reconocimiento de derechos diferenciados.

El embate neocolonizador de los Estados nacionales, cegados por ingresos económicos a través de la extracción de recursos naturales; sin reparar en que el extracivismo obedece a la dinámica de acumulación de capital impulsada por las grandes metrópolis, y no necesariamente a necesidades o intereses de desarrollo interno,⁴¹ amén del impacto ecológico y humano que genera en los pueblos originarios y posesionarios, con derecho a preservar sus identidades como colectividades diferenciadas, justifica la consulta previa para garantizar el principio de igual dignidad individual, como derecho fundamental para proteger los demás derechos colectivos.

1. Antecedentes en la Normativa Internacional y Evolución Constitucional

Como todo derecho, el derecho internacional responde a demandas sociales y a la capacidad de respuesta de las sociedades políticas organizadas. El Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) de 2007, son instrumentos fundamentales sobre derechos de los pueblos indígenas, en la medida que reconocen su existencia como sometidos al interior de los Estados, y con esta base proyectan nuevas formas de relación entre ellos -no basadas en la imposición, sino en la consulta, la participación y el respeto- para la construcción de sociedades más democráticas y plurales.

Sus antecedentes encontramos en la Convención Sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940, y el Convenio 107 de la OIT Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, adoptados a mediados del siglo XX en el

⁴¹ Edward Vargas, *La Consulta Previa, Libre e Informada en el Ecuador: Una Lectura Desde el Pensamiento Crítico* (tesis de maestría de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 44.

marco del indigenismo tutelar e integracionista para su desarrollo.⁴² El primero, buscaba institucionalizar y coordinar políticas indigenistas en la región a través del Instituto Indigenista Interamericano (III), organismo intergubernamental especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1953. El segundo germinado en el Programa Indigenista Andino que la OIT dirigió a mediados del siglo XX, reveló la explotación a indígenas en lo laboral (trabajo forzoso, abuso en la contratación, etc.), provenientes del despojo territorial como efecto de políticas expansionistas; incorporó derechos que trascienden de lo laboral, como derecho a la tierra y al preservar su derecho consuetudinario.

El Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado en junio de 1989, rompe el integracionismo y sienta las bases de un modelo plural e incluyente, basado en el control indígena de sus instituciones y formas de vida;⁴³ define prioridades de desarrollo económico; propone fortalecer las identidades, lenguas y religiones; proclama derechos sobre el territorio, a preservar sus instituciones culturales y sociales, al disfrute del medio ambiente, los recursos naturales, y al *etnodesarrollo*;⁴⁴ además introduce la necesidad de la consulta previa, en función de la autonomía y la

⁴² OEA, *Convención Sobre el Instituto Indigenista Interamericano* (México: 11 de enero, 1940), Preámbulo: “existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población.”

⁴³ OIT, *Convenio 169*, art. 8.2: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

⁴⁴ Jhon Antón Sánchez, “Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 225: “[...] el derecho al desarrollo diferenciado, se conoce con el nombre de etnodesarrollo, cuyo contenido se define en el entendido que las bases materiales del desarrollo están constituidas por los valores culturales, la organización social, los recursos naturales y humanos y la base material y espiritual desarrolladas por los pueblos a lo largo de su historia [...] En el centro del concepto de etnodesarrollo está la capacidad, el derecho, y en la mayoría de los casos, el reclamo para su efectiva implementación, de un desarrollo autodeterminado y autogestionado.”

participación⁴⁵ en políticas o programas nacionales que vayan a afectarlos en su vida diferenciada que este Convenio instituye, más adelante lo puntualizaremos.

Los pueblos indígenas del mundo, pese a las críticas por el uso de términos ambiguos, consideran importante su ratificación; y gracias a su exigibilidad para los países que lo ratificaron, y porque ha sido la base para reformas constitucionales y legales internas, políticas públicas y el desarrollo jurisprudencial en la región, es conocido como el *núcleo duro* de los derechos de los pueblos indígenas.

La DDPI de 2007 tiene como antecedente al Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), establecido y adscrito en 1982 a la Subcomisión de Derechos Humanos con la misión de conocer e informar sobre los derechos humanos de los indígenas, y -partiendo de que ningún pueblo indígena en el mundo- hasta hoy decide su propio futuro,⁴⁶ se propuso la declaratoria de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que finalmente adopta la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

Esta sintetiza y desarrolla los avances del derecho internacional respecto de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo, particularmente los reconocimientos del Convenio 169. Recoge los principios desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las recomendaciones respecto de situaciones de vulneración de sus derechos, y declara mínimos para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas del mundo.⁴⁷

⁴⁵ OIT, *Convenio 169*, art. 7.1: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

⁴⁶ IWGIA. *Pueblos Indígenas*, 104.

⁴⁷ ONU, *DDPI*, art. 43: “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.”

Partiendo desde el principio de igual dignidad de los seres humanos, profundiza en el derecho a la identidad (art. 5, 12, 25), reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modelo de desarrollo, y a participar en las decisiones del Estado en asuntos que los involucre (art. 2, 3, 4, 23); proscribire el genocidio, la asimilación y traslado forzado (art. 8, 10). Este instrumento, al ser una declaración no está sujeta a ratificación ni contiene obligatoriedad jurídica, pero incluye una cláusula para que los Estados adopten medidas para su cumplimiento (art. 38).

Los países de la región en tésitura con la evolución de la normativa internacional señalada, instauraron políticas integracionistas, reformas agrarias, reconocieron derechos sociales, sindicalización, cooperativismo, y derechos colectivos de los pueblos indígenas. Al respecto siguiendo a Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, señalamos tres ciclos de reformas constitucionales en América Latina:⁴⁸

El primero arranca en los ochenta del siglo XX, y se caracteriza por la introducción del derecho (individual y colectivo) a la identidad cultural, junto con la inclusión de derechos indígenas específicos. El segundo, durante los noventa del siglo XX, incorpora derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT; afirma el derecho a la identidad y diversidad cultural, pero además reconoce el pluralismo jurídico y desarrolla conceptos de nación multiétnica y estado pluricultural. Y el tercero, en lo que va del presente siglo, abre el debate sobre el Estado plurinacional y un modelo de pluralismo legal igualitario, basado en el diálogo intercultural; es el caso de las Constituyentes de Bolivia (2007-2008) y Ecuador (2008).

Los derechos colectivos plasmados en el Convenio 169 de la OIT de 1989, así como los ambientales y de los consumidores, se reconocieron por primera vez en la Constitución de 1998 con la proclamación de la diversidad étnica y cultural; y con su

⁴⁸ Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, “Balances y Retos de Implementación del Derecho Internacional Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Latinoamérica”, en ponencia, *Seminario Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balances y Retos*, 2009, 10-12.

evolución en la DDPI de 2007 se profundiza en la Constitución del 2008 que proclama la plurinacionalidad; a partir de aquí los pueblos indígenas literalmente son tratados como nacionalidades, sujetos políticos colectivos con derecho a participar en las decisiones del Estado nacional. Lamentablemente la reforma constitucional no vino acompañada de la reforma legal, por ello la materialización de los derechos encuentra reparos.

2. Peculiaridad y Dificultades de los Derechos Colectivos: Argumentos de Reparación y Defensa

El liberalismo concibe al ser humano como sujeto único de derechos que se definen bajo el principio de igualdad formal de todos ante la ley, visión igualitaria que contrasta con la diferencia material o sustancial que persiste tras la decadencia del régimen feudal e instauración del capitalismo; por ello la búsqueda de la igualdad material implica el reconocimiento de las diferencias, y a partir de aquí el tratamiento *distinto* a los *distintos*, lo cual caracteriza a los derechos colectivos y cuyo debate está abierto.⁴⁹

Estos derechos se distinguen por su indivisibilidad, la cual impide que puedan garantizarse individualmente porque tienen sentido en una colectividad homogénea y diferenciada dentro de la sociedad nacional.⁵⁰ Son disímiles pero no excluyentes de los

⁴⁹ Real, “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización”, 366: “Mientras mucho se ha teorizado sobre los derechos humanos individuales, aún es escueta la reflexión jurídica sobre los colectivos. Se empieza a hablar de ellos, a partir de las Convenciones OIT 107 y 169 y aunque se tiende a ubicarlos en los llamados ‘derechos de tercera generación’, en realidad los derechos colectivos incluyen una serie de garantías básicas que han sido catalogados en todas las generaciones en que han clasificado a los derechos humanos.”

⁵⁰ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039/97* (Santa Fe de Bogotá: 21 de febrero de 1997), 17-18: “[...] la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace ‘a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’. Y sobre la protección de la referida diversidad dijo la Corte en la mencionada sentencia (en alusión a la sentencia T-380/93):

derechos individuales que también asisten a sus miembros en cuanto ciudadanos, y para cuya protección se requiere *simplemente* alegar la condición de ser humano; y dependiendo del caso concreto, pueden incluso complementarse entre sí. Además es posible determinar a quienes los incumbe; contrario a los derechos difusos, verbigracia el derecho de los consumidores, que comprende a todos los miembros de una sociedad y cuya violación afecta a todos sin poder determinarse específicamente a quienes.⁵¹

Reconocido el hecho de que en una sociedad diferenciada los conflictos han sido la constante; y que el cosmopolitismo como resultado de la homogenización y del principio de igualdad formal,⁵² encuentra reparos en la resistencia de los pueblos indígenas que demandan protección específica que los derechos individuales no pueden proveer;⁵³ y que por lo tanto las diferencias de hecho no deben ser irrelevantes al derecho como propuso el liberalismo clásico, sino que es necesario preocuparse de las

[...] En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).”

⁵¹ Lorena Bachmaier Winter, “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español” en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 308: “Intereses difusos: Se reserva dicho término para aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; por ejemplo, en materia de publicidad engañosa o aquellos procesos en los que se ejercita una acción para exigir el etiquetado de determinados productos de consumo.

Intereses colectivos: En sentido estricto, podemos hablar de la existencia de un interés o intereses colectivos cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad; por ejemplo: un grupo de padres de alumnos de un colegio, o un grupo de clientes que suscribieron con una determinada entidad bancaria un crédito hipotecario en un concreto año.”

⁵² Neus Torbisco Casals, “La Interculturalidad Posible: El Reconocimiento de Derechos Colectivos” en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 66: “El ideal de ciudadanía universal comprendido en las teorías liberales se asocia a la homogeneidad en la distribución de los derechos: asignar los mismos derechos a todos los ciudadanos se considera suficiente para garantizar las formas legítimas de diversidad en una sociedad democrática.”

⁵³ Torbisco, “La Interculturalidad Posible”, 71: “Con la idea de derechos colectivos se pretende resaltar que la igualdad en los Estados multiculturales requiere algo más que un sistema democrático y el respeto a los derechos individuales básicos. Estos derechos permitirían garantizar el desarrollo de la identidad e instituciones distintivas de las culturas minoritarias, contribuyendo a paliar el impacto que la globalización y las culturas dominantes en los distintos Estados ejercen sobre aquéllas y proporcionando las bases para resolver los conflictos etnoculturales de forma más justa.”

ellas para construcción de sociedades democráticas, el Estado enfrenta algunas dificultades:

Que grupos humanos se los considera diferenciados, y como tales sujetos de derechos colectivos...?; en qué grado el reconocimiento de estos derechos trastoca los derechos individuales de sus miembros, que el Estado y la comunidad internacional los protege con la acepción de derechos humanos...?; y cuáles son los derechos que deben reconocerse como diferenciados...?

2.1. Identificación de Colectividades Diferencias

Respecto a la primera interrogante; el liberalismo reitera en que el Estado debe ser neutral, no incentivar ni desincentivar la pertenencia a grupos etnoculturales, ni menos aún reconocerlos legalmente; hacerlo afecta la estructura individualista y universal de los derechos que prevalece en la concepción liberal. El reconocimiento de la diversidad cultural y la adecuada interpretación del principio de no discriminación en la teoría constitucional contemporánea, opuesto al establecimiento de regímenes jurídicos singulares, se señala como suficiente;⁵⁴ asignar derechos diferenciados implica sacrificar los principios de igualdad y neutralidad que inspiraron al liberalismo.⁵⁵

⁵⁴ *Ibíd.*, 79: "La idea de que un derecho es colectivo porque pertenece a un sujeto colectivo (las minorías culturales, en este caso) cuyos intereses son irreducibles a los de sus miembros desemboca en una prolongación de discusiones complejas donde los desacuerdos son profundos. [...] Fundamentalmente, que es imposible concebir de forma coherente que los fundamentos de una sociedad puedan establecerse sobre la base de ambas clases de derechos."

⁵⁵ *Ibíd.*, 89-91: "Según esta visión, la igualdad requiere que las instituciones sean 'ciegas' a las distintas identidades etnoculturales de los ciudadanos. La universalidad significa que, tendencialmente, la dimensión de los derechos constitucionales debe ser general. El impulso democrático que siguió a las revoluciones liberales es incomprensible sin esta pretensión homogeneizadora: los regímenes especiales fueron la base de la discriminación premoderna; a fin de erradicar la opresión hacia determinados colectivos e integrarlos en la vida social, el Estado moderno se construye sobre el rechazo al derecho personal, definiendo la ciudadanía en términos únicamente territoriales. Este esquema de pensamiento supone que la mejor estrategia para hacer frente a los problemas de minorías consiste en aplicar de forma estricta el principio de no discriminación. Se trata de impedir que las distintas afiliaciones e identidades de los individuos sean razones relevantes para el derecho. [...] el pluralismo constituye una característica definitoria de las sociedades democráticas. Autores como RAWLS favorecen la neutralidad porque creen

A este argumento, los colectivistas y los neoliberales, señalan que la homogenización ha sido insuficiente para la asimilación; por ello las minorías étnicas resisten y demandan protección específica que los derechos individuales no proveen. Respecto a la neutralidad del Estado, Neus Torbisco Casals, dice: los Estados no han sido neutrales -sin que ello signifique que no debieran serlo- por tanto los argumentos sobre tal neutralidad son injustificados. “Al Estado moderno le resulta imposible no tomar decisiones en el ámbito cultural, por lo que el ideal de neutralidad estatal en el ámbito cultural es una ilusión irrealizable [...]”⁵⁶

El reconocimiento de los derechos colectivos, coloca a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, no como simple sumatoria de individuos sino como colectividades homogéneas y diferenciadas con derecho a la identidad que limita el impacto de las decisiones del Estado. Protecciones externas que pueden traer ciertos problemas, “no de opresión individual dentro de un grupo, sino de injusticia entre grupos;”⁵⁷ por ello corresponde “[...] esclarecer qué entienden por ‘grupo’ o ‘minoría’, enuncian una serie de intereses colectivos que consideran legítimos [...], y argumentan que tales intereses conforman el substrato de determinados derechos de titularidad colectiva.”⁵⁸

Si los derechos colectivos buscan proteger intereses de colectividades diferenciadas, necesitamos de un marco conceptual para su identificación y selección; de lo contrario, la heterogeneidad de criterios, conducirá a una arbitraria selección y atribución de derechos. Detractores de estos derechos, evalúan negativamente la falta

que, ante la pluralidad de referentes éticos, culturales y religiosos omnicomprensivos, sólo un Estado situado al margen de las particulares cosmovisiones del mundo puede ser capaz de suscitar consenso entre los ciudadanos y evitar la fragmentación social. [...] El deber de neutralidad se justifica como requisito sine qua non de la igualdad entre grupos.”

⁵⁶ *Ibíd.*, 96.

⁵⁷ Will Kymlicka, “La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales” en *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 6.

⁵⁸ Torbisco, “La Interculturalidad Posible”, 72.

de consenso sobre el concepto de minorías étnicas, y criterios para identificarlas, temiendo que puedan proliferar demandas de toda clase de grupos, y con ello se prolifere su reconocimiento generalizado.⁵⁹

El debate de esta inclusión tiene connotaciones antropológicas y sociológicas importantes,⁶⁰ pero que no corresponde desarrollar en este trabajo; en todo caso nuestra Constitución en lo aplicable, incluye este reconocimiento a afroecuatorianos y montubios, y existen otras sociedades que también reclaman el reconocimiento, verbigracia los *macabeos*.⁶¹

2.2. Prevalencia e Incompatibilidad de Derechos

Respecto a este dilema, las respuestas tampoco son fáciles: Cuando estos dos derechos colisionan, entramos en la disyuntiva: si se privilegia el derecho individual, puede propenderse la homogenización en menoscabo de la diferencia; pero si se privilegia los derechos colectivos, el individuo miembro de ese grupo puede quedar desprotegido del Estado del cual es su ciudadano.

El liberalismo sostiene que el individuo es anterior a la comunidad, ésta importa únicamente en la medida que contribuya al bienestar de quienes la conforman, y se deslegitima cuando se contrapone.⁶² El reconocimiento de derechos colectivos, conlleva

⁵⁹ *Ibíd.*, 78-80.

⁶⁰ *Ibíd.*, 86-87: [...] son las personas quienes deben argumentar que su pertenencia al grupo, su colaboración en la producción de determinados bienes colectivos, es instrumentalmente valiosa para su bienestar. [...] Lo relevante no es tanto probar la existencia e identidad clara de un grupo al que asignar derechos, sino argumentar por qué razón deberíamos considerar como moralmente relevante el interés que muestran los individuos en la pertenencia a ciertos grupos identitarios.

⁶¹ Primeros colonizadores blancos y mestizos serranos de Macas y lugares aledaños, conocida como “la tierra de los Macas” en el actual cantón Morona y provincia de Morona Santiago, asentados alrededor del año 1540 (sin que se pueda precisar una fecha), que al establecer una relación interétnica prolongada con los shuar, asimilaron y transmitieron patrones culturales con los nativos en la frontera de colonización (margen derecho del río Upano); modismo que los distingue de los nuevos colonizadores que intensifican su presencia en esta zona desde mediados del Siglo XX.

⁶² Torbisco, “La Interculturalidad Posible”, 77: “Son los individuos, y no los grupos, quienes tienen intereses, por lo que, en sentido estricto, sólo los individuos pueden tener derechos. La preocupación latente en esta posición es que admitir la existencia de derechos colectivos conduzca a sacralizar a los grupos, sin que existan argumentos claros acerca de su valor intrínseco.”

restricciones internas a sus miembros porque el grupo étnico o sociedad nacional puede pretender usar el sistema normativo para, en nombre de la colectividad, restringir derechos individuales de sus miembros.⁶³

A la crítica sobre el riesgo de subordinación de los derechos fundamentales a los diferenciados de grupo, los colectivistas niegan que el interés de la comunidad se reduzca al de sus miembros;⁶⁴ si bien los derechos colectivos se legitiman en el grupo, esto no supone amenaza al individualismo. Hablando de la amenaza de las restricciones internas, Will Kymlicka dice que es erróneo sugerir que ésta deslegitime la defensa del grupo diferenciado; es perfectamente lógico aceptar aquello “[...] y negar al mismo tiempo que los grupos tengan derecho a imponer determinadas prácticas a unos miembros que no desean mantenerlas.”⁶⁵ Los derechos colectivos los detentan conjuntamente todos los miembros de un grupo y se basan en intereses de esos miembros en bienes colectivos protegidos por el derecho.⁶⁶

En definitiva, ante el argumento de incompatibilidad absoluta entre derechos colectivos e individuales, existe el esfuerzo por una mejor comprensión de los dilemas basado en demostrar la falta de solidez de las premisas que avalan esa conclusión.

⁶³ Kymlicka, “La tensión entre los derechos”, 23-24: “Los individualistas aducen que el individuo es moralmente anterior a la comunidad: la comunidad importa únicamente porque contribuye al bienestar de los individuos que la constituyen. Si tales individuos consideran que ya no vale la pena mantener las prácticas culturales existentes, entonces la comunidad no tiene ningún interés independiente en mantener dichas prácticas, y ningún derecho a impedir que los individuos las modifiquen o las rechacen. Por tanto, los individualistas rechazan la idea de que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos.

Por el contrario, los colectivistas niegan que los intereses de una comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen. Equiparan los derechos colectivos a los individuales, y los defienden de forma paralela.”

⁶⁴ Torbisco, “La Interculturalidad Posible”, 82: “En conclusión, en mi opinión, la doble relación establecida entre derechos individuales-liberalismo y derechos colectivos-comunitarismo resulta analíticamente contraproducente. Por un lado, no permite justificar algunos regímenes o instituciones especiales ya existentes en muchas democracias plurinacionales o pluriculturales. Los estatutos jurídico-políticos especiales de que gozan Quebec o Cataluña, por ejemplo, serían, a lo sumo, explicables por razones históricas, pero no exigibles ni justificables desde el punto de vista de la justicia liberal. Por otro lado, la perspectiva dominante nos desvía de las cuestiones normativas que subyacen a las distintas demandas que plantean las minorías culturales bajo la categoría de ‘derechos colectivos’.”

⁶⁵ Kymlicka, “La tensión entre los derechos”, 13.

⁶⁶ *Ibíd.*, 38: “Decir que una colectividad posee un derecho equivale a decir que los individuos poseen un derecho colectivamente y no pueden poseerlo por separado. La existencia de tales derechos debería ser igual de indiscutible desde una perspectiva liberal que la existencia de bienes colectivos.”

2.3. Valoración y Proclamación

Respecto a los derechos que deben reconocerse como diferenciados; éstos deberían ser aquéllos que justifican protección de los grupos diferenciados en la sociedad nacional; Rainer Baubock nos señala cuatro argumentos que justifican el reconocimiento de los derechos colectivos: fronteras históricas, compensación por desventaja colectiva, valor de la pertenencia, y valor de la diversidad.⁶⁷

El de las fronteras históricas atañe a pueblos, cuya continuidad histórica, concentración territorial y diferenciación cultural, apoyan su pretensión de ser comunidades políticas sin Estado.

El argumento de justicia compensatoria por desventaja; justifica la discriminación positiva porque la conformación de los Estados nacionales puso en desventaja el disfrute del derecho igualitario de ciudadanía de sus miembros; esto porque los Estados liberales, no son neutrales en la defensa de sus fronteras territoriales y cultura dominante.⁶⁸ Aun aceptando que la homogeneización no existe en los Estados democráticos; siempre los derechos colectivos tendrán esa función correctiva, “remedio para rectificar injusticias cometidas en el pasado y compensar a los descendientes de quienes sufrieron las consecuencias del nacionalismo estatal.”⁶⁹

⁶⁷ Rainer Baubock, “Justificaciones liberales”, 41-57.

⁶⁸ *Ibíd.*, 48: “La igualdad liberal exige, por tanto, algo más que la mera libertad para mantener una cultura minoritaria en la vida doméstica y en las asociaciones de la sociedad civil. Se necesita, primero, protección contra la discriminación étnica. [...] podría ser necesaria alguna discriminación positiva que otorgue al grupo derecho a un interés especial. [...] Segundo, si no pueden reorganizarse los estados para que sean verdaderamente neutrales respecto a las diferentes afiliaciones culturales de sus ciudadanos, las minorías desfavorecidas han de contar con una compensación para que recuperen el valor pleno de sus derechos de ciudadanía. [...] La discriminación positiva para compensar la discriminación racista es algo que se considera en realidad temporal. Cuando no hay ya pruebas de desventaja persistente expira también la justificación de esa política. Si los derechos de grupo étnico son necesarios para restaurar derechos de ciudadanía iguales se puede pensar que son sólo resultado de males del pasado e imperfecciones del presente de los países occidentales y que acabarán siendo innecesarios en un modelo más perfecto de democracia liberal.”

⁶⁹ Torbisco, “La Interculturalidad Posible”, 95.

Sobre el argumento de pertenencia; ésta se adquiere al nacer, y se la retiene a lo largo de la vida, lo cual distinta de las afiliaciones voluntarias, sin quitar que pueda cambiarse por asimilación voluntaria o forzada.⁷⁰

Finalmente el argumento sobre el valor de la diversidad; si bien es un valor más *superficial* que el de pertenencia, se contrapone a la discriminación y asimilación; pero tampoco se limita al reconocimiento y respeto de la diferencia, conlleva a materializar la interculturalidad.

3. La Consulta Previa: Producción Normativa y Evolución Constitucional

Los conflictos entre Estados nacionales y pueblos indígenas, dinamizados por la dominación y resistencia, y crecientes por la implementación de proyectos de desarrollo y extracción de recursos naturales en territorios de estos pueblos, incidió en el reconocimiento y ampliación de los derechos colectivos, y de la consulta previa en particular por organismos internacionales de derechos humanos.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es la génesis del derecho a la consulta previa; concebida como instrumento de diálogo, negociación y participación de los pueblos indígenas en decisiones del Estado que puedan afectar su desarrollo.⁷¹ El art. 6 en sus numerales 1 y 2, y art. 15 del Convenio, dicen:

⁷⁰ Baubock, “*Justificaciones liberales*”, 39-40: “¿Por qué podría ser instrumentalmente valiosa, por ejemplo, la pertenencia a minorías étnicas desfavorecidas? ¿Por qué habrían de otorgárseles derechos colectivos si una sociedad liberal les ofrece integrarse en una mayoría nacional como una vía de escape individual? En esos casos la base de la reclamación es el valor intrínseco de la pertenencia. Tal como lo utiliza Raz, el término “intrínseco” incluye las subvariedades de valor constitutivo y de valor decisivo para evaluar opciones diferentes para su vida y para perseguir proyectos diferentes. [...] Hay una gran diferencia entre decir que la pertenencia individual a un grupo es intrínsecamente valiosa y sostener que es intrínsecamente valioso el propio grupo.”

⁷¹ Isabela Figueroa, “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado Brasileiro en Consultar a los Pueblos Indígenas e Tribales” en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú* (Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, 2009), 46.

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

A su vez el art. 15 determina los derechos de los pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales de sus tierras, y en caso de que pertenezca al Estado, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados; igualmente señala que los pueblos deben participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por el daño que puedan sufrir.⁷²

El Congreso Nacional del Ecuador, aprobó el Convenio 169 de la OIT el 24 abril de 1998, y una vez ratificado por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 1387 publicado en el R.O. No. 311 del 6 de mayo de 1998, obliga al Estado a cumplir y garantizarlo en todas sus decisiones, y a la vez se convirtió en fuente normativa. Por primera vez la Constitución de 1998 reconoce el derecho a la consulta

⁷² OIT, *Convenio 169*, art. 15: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

previa,⁷³ no obstante que se lo ha mimetizando o transfigurando, como lo señalaremos más adelante.

Posteriormente y con el desarrollo de los derechos colectivos en la DDPI de 2007, que contó con el voto favorable del gobierno ecuatoriano, en la que se afirma la igual dignidad de los pueblos indígenas y su derecho a determinar libremente su destino, el derecho a la consulta previa se amplía en la Constitución de 2008: se reconoce la consulta prelegislativa, y subsume los elementos de buena fe, instituciones representativas, procedimientos y mecanismos adecuados planteados en el Convenio 169 de la OIT.

CRE, 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:

No. 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 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.

No. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

No. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Si bien Ecuador reconoce el derecho a la consulta previa, así como la participación, cuando el Estado pretende explotar recursos naturales que subyacen en territorios de los pueblos indígenas, y ante medidas prelegislativas, lamentablemente

⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, CPRE, 1998, art. 84.5: “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.”

restringe su objetivo, y omite referirse a la consulta sobre medidas administrativas que expresamente lo determina el Convenio citado.

4. Sujetos de la Consulta

La responsabilidad de ejecutar, y definir las condiciones en las que debe desarrollarse la consulta, es del Estado, pero la determinación del órgano responsable debe regularse internamente, lo cual debería también ser materia de consulta prelegislativa, toda vez que afecta directamente el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁴

Nuestra Constitución define como sujetos de la consulta previa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas -con dimensiones sociológicas diferentes como lo señalamos en el Capítulo I, pero con efectos jurídicos similares- que resulten o puedan resultar afectados por la medida que se pretende aprobar; y en el art. 58 y 59 de la CRE se incorporó también como sujetos a los pueblos afroecuatoriano y montubio.

CRE, art 58: Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

CRE, art 59: Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.

Identificar 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

⁷⁴ Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Directrices Para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas* (Dinamarca: IBIS, 2013), 27.

impacto de la medida, y permitir que quienes se sientan afectados manifiesten las razones por las que consideran que deben participar de las consultas.⁷⁵

5. Tipos de Consulta

Empezamos señalando que nos vamos a referir a los subtipos de la consulta previa a pueblos indígenas, que dista de la consulta ambiental (CRE, art. 398), porque la segunda se dirige a toda la sociedad nacional en cuanto ciudadanos, y porque además la primera va mucho más allá del tema ambiental; y que por supuesto va más allá de la consulta como derecho para materializar la participación democrática que asiste a todos los ciudadanos (CRE, art. 61).

La normativa internacional distingue tres tipos de consulta a los pueblos indígenas, concretamente el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, y art. 19 y 32.2 de la DDPI, señalan el deber del Estado a consultar sobre: implementación de proyectos de desarrollo, infraestructura, exploración o explotación de recursos naturales en los territorios indígenas; así como respecto de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a sus derechos.

Nuestra Constitución vigente, en el art. 57.7 ratifica la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, como lo hizo la Constitución de 1998; y en el art. 57.17, reconoce por primera vez la consulta sobre medidas legislativas que puedan afectar a los sujetos. Pese a que se omite la consulta sobre medidas administrativas, su alcance no debe limitarse a aspectos legislativos; esto porque la disposición debe leerse en relación con el art. 6 del Convenio 169 de la OIT y la DDPI, normas de cumplimiento obligatorio para el Estado,

⁷⁵ *Ibíd.*, 43.

y que vincula la consulta también a esas medidas cuando puedan afectar derechos que la consulta protege; única forma de además garantizar el derecho de participación.

6. Objetivo de la Consulta: Participación y Consentimiento

Con el afán de materializar la consulta que el Convenio 169 determina, la DDPI de 2007 señala algunos casos en los cuales se requiere el consentimiento de los pueblos afectados. El art. 10 menciona que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, y deja a salvo el consentimiento libre, previo e informado; el art. 29.2, garantiza que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Adicionalmente el art. 28.1 señala el derecho que tienen a la reparación, por las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado de otra forma, y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento.

Partiendo del principio de la igual dignidad de los pueblos, de amplia justificación antropológica y sociológica conforme hemos tratado de evidenciarlo en el Capítulo I de este trabajo, la DDPI profundiza y desarrolla el modelo proclamado en el Convenio 169; amplía este principio clásico a la igual dignidad de todos los pueblos y el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su destino,⁷⁶ y a participar en la toma de decisiones con el Estado.

Si bien estas declaraciones, al tenor del art. 64.1 del Convenio, no deben entenderse que faciliten a los pueblos indígenas la constitución de nacionalidades autónomas, si

⁷⁶ ONU, *DDPI*, art. 3: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

art. 4: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.”

dan contenido a una serie de otros derechos como el de participación. Este derecho replantea la relación ente Estado y sociedad, e impide adoptar decisiones que afecten derechos sin la consulta y el consentimiento; al interrelacionar consulta y participación, que el Convenio prevé en todos los niveles de formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente, cobra relevancia la consulta porque es la que permite participar y decidir sus propias prioridades.

El deber de respeto a la libre determinación de los Pueblos Indígenas impide a los Estados adoptar decisiones que afecten el ejercicio de ese derecho a un pueblo, sin su consentimiento. En otras palabras, siempre que una decisión estatal vaya a afectar la libre determinación de un Pueblo Indígena, el Estado deberá obtener su consentimiento libre, previo e informado.

De acuerdo a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la libre determinación de los pueblos incluye, entre otros aspectos: (a) determinar libremente su condición política; (b) perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. (art. 3); (c) autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales; (d) disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. (art. 4)⁷⁷

De este modo se justifica el objetivo de la consulta: lograr el consentimiento o el acuerdo entre Estado consultante y comunidades o pueblos consultados (Convenio 169, art. 6.2). Si no se logra el consentimiento o el acuerdo, la consulta fracasa, no debería prosperar la ejecución del proyecto consultado,⁷⁸ y el Estado deberá acordar con los consultados un tiempo adecuado para reiniciar el diálogo o desechar la decisión no consentida.⁷⁹

Nuestra Constitución vigente, pese a que desarrolló el derecho de participación ciudadana en el art. 95, vagamente dice que cuando no se obtenga el consentimiento a través de la consulta, “se procederá conforme a la Constitución y la ley”; así se mimetizó su objetivo, dejando al intérprete la solución de la fisura en la negociación,

⁷⁷ Foro Permanente, *Directrices Para la Aplicación del Derecho*, 19.

⁷⁸ *Ibíd.*, 10: “El Pleno cumplimiento del objetivo de las consultas a los Pueblos Indígenas se refleja en el consentimiento de los consultados. [...] Si, por el contrario, no se llega a dicho consentimiento, las consultas habrán sido fallidas, trucas e ineficaces.”

⁷⁹ *Ibíd.*, 48.

más ésta a la luz del desarrollo jurisprudencial de la CIDH en el caso Saramaka-Surinam, no puede ser sino a favor del consentimiento.⁸⁰ Esta imprecisión constitucional, no puede soslayar el compromiso de cumplir el mandamiento del Convenio 169 de la OIT, ni minimizar la finalidad de la consulta previa. El discurso etnocéntrico de que el interés general está sobre el particular, es una estrategia política que usa esta imprecisión constitucional para asimilar la consulta a un simple proceso de información o socialización.⁸¹

7. Requisitos de la Consulta

La consulta previa, derecho irrenunciable de las nacionalidades y pueblos indígenas, es un procedimiento de diálogo, consenso, reflexión y participación en las decisiones que el Estado deba tomar en relación a aspectos legislativos, administrativos o ejecución de proyectos que puedan afectarlos, y debe realizarse en condiciones de transparencia y respeto mutuo.

El art. 6 del Convenio 169 de la OIT determina que la consulta debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas. Con esta base, del desarrollo jurisprudencial de países suscriptores y de la CIDH, y de los mecanismos especializados en derechos de los pueblos indígenas de la ONU (Relator Especial, Mecanismo de Expertos y Foro Permanente), se definen cuatro requisitos, indivisibles e inseparables: libre, previa, informada y de buena fe.

⁸⁰ OEA, CIDH, *Caso: Saramaka-Surinam* (San José de Costa Rica, 27 de septiembre de 2007): “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

⁸¹ Gabriela Rivadeneira, Presidenta de la Asamblea Nacional, *El Telégrafo*, 2 de octubre de 2013: Luego de que la Asamblea Nacional declarara de interés nacional la explotación petrolera de los bloques 31 y 43 del ITT, al referirse a la Consulta Previa asentadas en el Yasuní dice: “Ese proceso servirá para informar a la población sobre los planes y programas de exploración y explotación de los recursos naturales no renovables”. Lo cual efectivamente así ocurrió cuando a fines de diciembre de 2013 el gobierno informó que concluyó la consulta realizada entre el 14 y 17 diciembre; según una nota del El Universo del 26 de diciembre de 2013; la *consulta* se hizo fuera del bloque 43, con excepción de yanchama, y se habría limitado a tres visitas meramente informativas en las que se recogieron firmas a los presentes.

7.1. Previa y Permanente

Si el objetivo del consentimiento es precautelar el goce efectivo del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y la participación en decisiones que los afecten, la consulta debe ser anterior a cualquier medida normativa o administrativa que los afecte; solicitarlo sobre decisiones ya tomadas que han ocasionado impacto, es extemporáneo e inútil, y solamente servirá para compensarse con la reparación integral.⁸² Su antelación debe ser suficiente para que el sujeto consultado cuente con el tiempo necesario para recopilar información y debatirla internamente; es decir debe respetarse el tiempo que necesiten para decidir.

El ejercicio de la consulta debe sustentarse en el respeto a otra característica: permanencia. No solamente se requiere que se lo haga con anterioridad a las fases, sino durante todo el proceso; de modo que se permita participar libremente en todos los niveles, en la formulación, implementación, y evaluación de medidas y programas que les conciernen.⁸³

Si la consulta es prelegislativa debe ser anterior y tanto en la presentación de proyectos, en el debate legislativo, como en la fase de sanción u objeción; y en el caso de consulta sobre proyectos de inversión y desarrollo, la consulta debe realizarse antes de iniciar el proyecto y durante todas sus fases de ejecución.

⁸² Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-652/98* (Santa Fe de Bogotá: 10 de noviembre de 1998), 20: “Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar.”

⁸³ ONU, *Informe del Relator Especial, sobre los derechos de los pueblos indígenas a la Asamblea General* (ONU, 2011), página 20, párrafo 54: El Relator Especial señaló 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.

7.2. Buena Fe y Procedimientos Apropriados

Los pueblos indígenas históricamente marginados por el Estado, tienen desconfianza hacia sus instituciones, por ello la instauración de un clima de confianza es fundamental para el éxito de la consulta. El Convenio 169, si bien no determina el procedimiento de la consulta, obliga a que el Estado intervenga de buena fe, sin engaño o fraude; y esto “solo es posible en la medida en que el Estado esté dispuesto a modificar la decisión consultada para acomodarla a las propuestas de los consultados si con ello se obtiene el consentimiento, o desecharla si no se lo obtiene.”⁸⁴ El Foro Permanente de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, destaca así esta característica: "Las partes deben establecer un diálogo que les permita hallar soluciones adecuadas en una atmósfera de respeto recíproco con buena fe, y una participación plena y equitativa.”⁸⁵

Respecto a los procedimientos adecuados; los instrumentos internacionales han determinado que la consulta debe efectuarse a través de sus organizaciones representativas y mediante procesos propios e internos,⁸⁶ respetando el derecho a la identidad y libre determinación de cada pueblo. Tomando las “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios

⁸⁴ Foro Permanente, *Directrices Para la Aplicación del Derecho*, 45.

⁸⁵ *Ibíd.*, 38.

⁸⁶ CIDH, *Sentencia del caso Saramaka-Surinam*, Puntos Resolutorios, No. 8: “El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129-140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia.”

eficaces”, teniendo en cuenta su diversidad lingüística, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada.⁸⁷

La representatividad de la organización o autoridad del ente consultado, es un componente importante de la consulta; si no se desarrolla un proceso apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas representativas, las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio. Por ello la reglamentación de su procedimiento debe ser flexible, permitir que el Estado consultante y los consultados acuerden casuísticamente el procedimiento mediante un proceso pre consultivo;⁸⁸ la imposición de modalidades puede llevar a que la voluntad del consultado se vicie por intimidación o manipulación, limitando así las posibilidades del consentimiento libre.⁸⁹

Lamentablemente hasta ahora ni el Estado, ni gobiernos locales, han establecido procedimientos adecuados para materializar la consulta prelegislativa, no obstante que la Corte Constitucional determinó su necesidad; y la reglamentación de la consulta sobre proyectos de inversión o extracción de recursos, a parte de su cuestionada legalidad, restringe el derecho en función de los intereses extractivistas.

7.3. Libre e Informada

Los titulares de este derecho no deben ser objeto de coerción, intimidación, presión y manipulación externa, como incentivos monetarios y estrategias de división; cuando la decisión es negar el consentimiento o no participar de la consulta, lo cual pueden hacerlo en ejercicio de su derecho a la libre determinación, no debe existir amenazas,

⁸⁷ Foro Permanente, *Directrices Para la Aplicación del Derecho*, 19

⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-769/09 (Santa Fe de Bogotá: 29 de octubre de 2009), 35: “[...] antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, respetando las especificidades culturales, para ‘establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos’.”

⁸⁹ Foro Permanente, *Directrices Para la Aplicación del Derecho*, 30.

represalias, persecución, y judicialización de conductas adversas a los intereses del consultante.

Lo de informado supone que los pueblos indígenas cuenten con información objetiva y completa sobre la consulta, y las repercusiones que conlleva; el objeto de la consulta, debe estar definido, individualizado y caracterizado, de modo tal que los sujetos conozcan su contenido y alcance, en lenguaje propio o accesible de los sujetos de consulta. El Estado debe entregar la información a los consultados, cumpliendo los criterios señalados por el Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas a través de las Directrices Para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas.⁹⁰

[...], el Estado debe entregar información completa y fidedigna sobre los alcances del proyecto que se pretende consultar incluyendo los impactos que se prevén ocasione; que dicha información sea entregada en el idioma propio de los consultados, en un formato accesible y de manera culturalmente adecuada; que los consultados dispongan del tiempo necesario para analizar con libertad la información entregada, contrastarla con otra que pudiere venir de fuentes independientes, a fin de que formen su propio criterio: que el Estado provea los recursos necesarios para que los consultados cuenten con la asesoría que consideren necesaria, escogida libremente por ellos.⁹¹

8. Protección de la Consulta en el Ámbito Regional

La protección constitucional de la consulta previa de los pueblos indígenas en el América Latina, como lo referimos en la constitucionalización de los derechos colectivos, en general inició y evolucionó con los reconocimientos en el ámbito

⁹⁰ *Ibíd.*, 36: Según el Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas a través de las Directrices Para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas, la consulta debe considerar los siguientes aspectos: a) la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b) la razón o las razones o el objeto del proyecto o la actividad; c) la duración del proyecto o la actividad; d) la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e.) 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; f) 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 g) los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

⁹¹ *Ibíd.*, 36.

internacional. De esta mirada son Brasil, Colombia y Perú, a parte Ecuador, los países donde mayor relevancia jurídica tiene este derecho.

En el caso de Brasil, su Constitución vigente que inauguró la constitucionalización de la consulta previa en América Latina, introduce la consulta prelegislativa de carácter general cuando pueda afectar derechos que reconoce la Constitución a los pueblos indígenas (en función del art. 6.1 del Convenio 169 de la OIT); y también para la autorización del Congreso Nacional para la explotación de recursos minerales y aprovechamiento hidroeléctrico de los ríos en sus territorios.⁹²

La jurisprudencia brasileña señala que la consulta debe ser directa a las comunidades afectadas, *intuitu personae*, y no a sus organizaciones; el Congreso, llamado a autorizar, no puede delegar la consulta y solamente debe autorizar la obra después de oír a la comunidad.⁹³

En Colombia, su Constitución vigente si bien deja la tradición integracionista por la perceptiva diferenciada e incluyente, no proclama explícitamente la consulta previa en los términos previstos en el Convenio 169 de la OIT; se limita a propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos que puedan afectar su integridad.⁹⁴

⁹² Brasil, *Constitución* (1988), art. 231: “Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes. No. 3: El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.”

⁹³ Biviany Rojas Garzón, “La Consulta Sobre Medidas Legislativas a los Pueblos Indígenas y Tribales en Brasil. Un verdadero reto de reinención democrática y creativa normativa”, en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía (RAMA) compiladora (Quito: RAMA, 2009), 57-62.

⁹⁴ Colombia, *Constitución* (1991), art. 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

No obstante, su jurisprudencia constitucional, más que en ningún otro país de la región, ha desarrollado la consulta en tesitura con el Convenio 169 y la jurisprudencia internacional (bloque de constitucionalidad), como derecho fundamental e instrumento para materializar el derecho de participación, integridad, diversidad cultural, autonomía y subsistencia de las comunidades indígenas, garantizados en la Constitución y que pueden entrar en colisión con proyectos de desarrollo basados en la extracción de recursos naturales de sus territorios.⁹⁵

Perú, pese a haber ratificado el Convenio 169 de la OIT, tardó en reconocer los derechos colectivos a los pueblos indígenas como sujetos de derechos;⁹⁶ no obstante en su Constitución vigente desde 1993, hace reivindicaciones de su identidad, y además cuenta con instrumentos infra constitucionales importantes: Ley de Protección de la Diversidad Biológica y de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación Contacto Inicial, y Reglamento de Participación Ciudadana del Sector Hidrocarburos expedido en Decreto Supremo 012-2008.

⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039/97*: “A juicio de la Corte, 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 observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la 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 de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social [...]”

Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-769/09*, 31-32: “La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades.”

⁹⁶ Vladimir Pinto, “Situación del Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado a los Pueblos Indígenas en el Perú”, en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, RAMA, compiladora (Quito: Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, 2009), 143: “El Perú ha caminado a contracorriente de sus vecinos sudamericanos, reduciendo los márgenes de protección constitucional de los derechos colectivos y negándose a reconocer a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos, titulares de derechos colectivos. En el texto constitucional, solo las comunidades campesinas y nativas gozan de personería jurídica y a ellas se les reconoce la propiedad y libre disposición de sus tierras; estas comunidades son la unidad nuclear de la población indígena, pero sus identidades mayores no figuran en el cuerpo constitucional.”

En el hábito legislativo, más que en ningún otro país de la región, ha debatido y reglamentado el derecho a la consulta previa sobre explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, medidas legislativas y sobre proyectos de desarrollo, así como sobre actos legales o administrativos que afecten sus derechos.

Finalizamos este título refiriéndonos a que la Comunidad Andina de Naciones (CAN), ha mostrado también preocupación en el fortalecimiento organizativo y cooperación entre pueblos indígenas y entidades del Estado, organismos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil de los países miembros; así como el seguimiento de las decisiones del Sistema Andino de Integración (SAI), y de los tratados, acuerdos y convenios internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.⁹⁷

⁹⁷ El Consejo Presidencial Andino de en su Declaración de Machu Picchu sobre Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza (julio de 2001), dispuso el establecimiento de una Mesa de Trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas, con la participación de las organizaciones indígenas, organismos de derechos humanos, representantes de la sociedad civil y de gobiernos de los países miembros, encargando su creación al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE). Esta, luego de desarrollar una Mesa en Urubamba-Cusco en mayo de 2002, el 7 de julio del 2002 emite la Decisión No. 524 que establece esta Mesa de Trabajo como instancia consultiva en el SAI, para promover la participación de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional.

CAPITULO III

DESAFÍOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA CONSULTA PREVIA

La actividad *extractivista*, en pos de ampliar la frontera petrolera e implementar la minería en gran escala, que regularmente compromete territorios de comunidades o pueblos indígenas, minimiza la consulta y el consentimiento previo; lo cual genera conflictos que probablemente no se previnieron al proclamar este derecho; por ello su implementación, necesaria para la vigencia de la diversidad, se torna inaplazable.

Pero la tutela judicial efectiva de los derechos, que constituye otro derecho humano, es también deber del mismo Estado que encuentra reparos; arguyendo falta de desarrollo legislativo, conflicto de derechos, y primacía del interés mayoritario, el Estado con historia de afección a los pueblos indígenas en la explotación petrolera, no ha implementado la consulta, o ha pretendido hacerla unilateralmente a través de la llamada *socialización* de los proyectos -generalmente ejecutada por las mismas concesionarias- sea por delegación del Estado o exigencias de organismos que financian sus actividades,⁹⁸ que no ven más allá de sus intereses.

1. Tutela Judicial: Derecho Humano y Deber del Estado

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), exige que el Estado se abstenga de vulnerar los derechos humanos (conducta negativa), y que en la

⁹⁸ Edward Vargas, *La Consulta Previa*, 23: “[...], el derecho a la consulta también ha sido objeto de desarrollo normativo por parte de los organismos multilaterales de crédito, es así que, tanto el Banco Mundial como el Banco Interamericano de Desarrollo adoptaron una serie de directrices relacionadas a pueblos indígenas, en las cuales se establecen estándares sobre la consulta, que si bien no son jurídicamente vinculantes para los Estados, condicionan el financiamiento de proyectos de desarrollo cuando éstos puedan afectar a pueblos indígenas.”

práctica asegure su pleno ejercicio; pero que además lo restablezca o reparare cuando aquello no fuere posible.⁹⁹ La Convención establece obligaciones específicas para los Estados que lo ratificaron, su art. 1.1, dice: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna [...]” A su vez el art. 8.1, garantiza el derecho a la protección jurisdiccional: nadie puede ser impedido de acceder a la justicia para dilucidar si un acto, sin importar de donde provenga, afecta o no sus derechos, y obtener respuesta en un plazo razonable.

En tésitura con la normativa internacional, el art. 3.1 de la CRE, determina: “Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, [...]” Esto conlleva a que se reconozca el derecho a la tutela efectiva como un derecho fundamental de los ecuatorianos, y un alto deber del Estado; lo cual obliga a respetar y hacer respetar todos los demás derechos protegidos a través de la tutela judicial efectiva para materializar el derecho (sustantivo) a través del proceso;¹⁰⁰ al cual con razón se lo define como el medio para la realización de la justicia, y a la que no puede sacrificársela por omisión de formalidades.¹⁰¹

⁹⁹ Roberto Ruiz Días Labrano, “Tutela Efectiva de los Derechos Humanos: Una obligación de los órganos Jurisdiccionales del Estado”, en *El Paraguay Frente al Sistema Internacional de los Derechos Humanos*, Cynthia González Feldmann, Compiladora (Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay-Fundación Konrad Adenauer, 2004), 66: “La obligación de restablecer el derecho conculcado o la de reparar, en cuanto fuera ello posible, debe ser la óptica desde la cual los jueces deben analizar y resolver toda violación de los derechos humanos, sea por obra de los funcionarios estatales o por obra de los particulares.”

¹⁰⁰ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, en *FORO: Revista de Derecho*, No. 14 (Quito: UASB, Sede Ecuador/CEN, 2010), 21-22: La Tutela judicial afectica, pese a ser un derecho fundamental de aplicación directa, a diferencia de otros derechos, se hace efectivo a través del proceso y por lo tanto requiere de configuración legal. Como derecho de prestación, su ejercicio demanda de normas que instrumenten oportunidad, motivos y legitimación para el ejercicio de cada uno de los derechos y garantías.

¹⁰¹ Asamblea Nacional Constituyente, CRE, art. 75: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.”

El derecho a la tutela judicial efectiva, implica acceder al órgano jurisdiccional para la protección de otros derechos, que en una situación jurídica concreta pueden estar siendo vulnerados o amenazados; por ello el derecho procesal y el proceso, no debe olvidar su propia misión, a lo que pueden llegar posturas procesalistas extremas.¹⁰² Pero este derecho, no se agota en el mero acceso, ni aún través de un proceso con garantías mínimas (respecto del juez, del procedimiento, y la defensa); ni en obtener una resolución motivada sobre lo reclamado; la tutela es efectiva cuando logramos ejecutar la resolución que ordena restaurar el derecho que se declara vulnerando, o la reparación integral cuando ya no es posible su restauración.

2. Consulta Previa Como Proceso

La materialización de la consulta previa, en cuanto derecho sustantivo, demanda de un alto compromiso político del Estado para con los pueblos indígenas; más aún cuando son múltiples sus dificultades: reconocimiento limitado en la Constitución, cosmovisión etnocéntrica enraizada, y falta de ley que desarrolle su implementación.

Biviany Rojas Garzón nos dice: la consulta debe entenderse fundamentalmente como derecho procesal, cuyo valor como derecho independiente es garantizar las formas que faciliten una relación bilateral para acordar entre las partes -Estado y pueblos indígenas- decisiones que afectan a éstos y cuyo desenlace (consentimiento u oposición) dependerá del nivel de afectación. Cuando la consulta se analiza sin

art. 169: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

¹⁰² Giovanni F. Priori Posada, “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso” (Quito: Documento inédito entregado en clases, 2012), 7: “Se pensó que el derecho procesal y el derecho material podían separarse, divorciarse, en aras de una desesperada proclamación de la autonomía del derecho procesal, como si esta tan ansiada autonomía fuera incongruente con la necesaria relación que debe existir entre el derecho procesal y el derecho material, relación que está dada por una situación de instrumentalidad del primero respecto del segundo.”

generalizaciones, el debate se desplaza a la importancia procesal de la consulta en función de los derechos sustantivos en juego en cada decisión, y cuya observancia busca precisamente facilitarla.¹⁰³

Para que el derecho tenga eficacia material, es importante su configuración legal y por supuesto que el órgano jurisdiccional reconozca, precautele y obligue a la restauración o reparación ante sus violaciones. Cuando se define al proceso como un medio para la realización de la justicia, se reconoce que su objetivo es materializar el derecho en situaciones concretas y calmar el conflicto.¹⁰⁴ Muy poco sería el reconocimiento de la consulta, como cualesquier otro derecho, si se limita a ello; es necesario garantizar su eficacia en función de su objetivo: el consentimiento o libre acuerdo entre las partes; lo cual solamente se podrá alcanzar si la consulta se convierte en un instrumento de diálogo para armonizar intereses contrapuestos; por ello es necesario reglamentar su procedimiento, sin restringir el derecho sustancial, con la participación de los pueblos interesados, y considerando siempre su propósito.

2.1. Desarrollo Normativo de la Consulta Previa

En contraste con la consulta ambiental, la consulta previa sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, y la consulta prelegislativa, no han tenido desarrollo normativo suficiente; lo cual constituye una inobservancia de las obligaciones del Estado, concretamente es la Asamblea Nacional la llamada a regular mediante ley orgánica el ejercicio de los derechos.¹⁰⁵

¹⁰³ Biviany Rojas Garzón, “La Consulta Sobre Medidas Legislativas”, 53-55.

¹⁰⁴ Derecho Procesal es la rama del derecho que se preocupa de las normas que fijan el procedimiento para la materialización del derecho positivo; de nada serviría tener un derecho si no podemos hacerlo eficaz, si no tenemos las normas para su materialización. Su importancia hace que estas normas sean de orden público, de imperativo cumplimiento, y no pendan exclusivamente de la voluntad de las partes.

¹⁰⁵ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 84: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para

Este vacío normativo y los crecientes conflictos generados por omisión de la consulta en el embate neocolonizador, explican la respuesta jurisdiccional que declara la vulneración de derechos y emite reglas para su materialización. Ante los fallos que ratifican la obligatoriedad de la consulta y bajo estándares mínimos, que además deben regularse, la Comisión Administrativa Legislativa de la Asamblea Nacional (CALAN) y la Presidencia de la República procedieron a regularla, pero lo hicieron a su conveniencia cuando en junio y agosto de 2012 dictan respectivamente un *instructivo* y un *reglamento* para la consulta prelegislativa, y la licitación y asignación de los bloques hidrocarboníferos.

Esta normativa, a la cual más adelante nos referiremos separadamente, atenta la reserva de ley, es inconsulta porque no contaron con la participación y consulta a los pueblos indígenas y más sujetos de derechos colectivos, niega espacio para la oposición, y al establecer plazos muy cortos para su ejecución dificulta que los consultados puedan decidir de manera libre e informada; en definitiva al imponer un procedimiento, que además desconoce los usos y costumbres de los sujetos de consulta, tampoco es de buena fe.

2.1.1. Antecedentes en la Normativa Ambiental

Antes del primer reconocimiento constitucional de la consulta previa a los pueblos indígenas (Constitución Política de 1998), el conflicto más significativo estuvo en el bloque 10 a fines de los 90; aquí la demanda de las organizaciones indígenas de Pastaza, recurrieron al Convenio 169 de la OIT, y lograron que la empresa presente un

garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 131.1: “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. [...] Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”

Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental; esto antecedió a la consulta previa y a las normas ambientales para el sector petrolero en el Ecuador. En 1995, mediante Decreto Ejecutivo No. 2982, se promulgó el primer Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas.

Luego de la constitucionalización de la consulta previa, el primer desarrollo normativo de la consulta previa, sobre proyectos que puedan generar impactos ambientales y sin que específicamente se refiera a los pueblos indígenas, encontramos en el art. 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, expedida en julio de 1999; y en 2001 se promulgó el Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas que también hace mención a la consulta para proyectos del sector.

En agosto de 2000 se aprobó la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (Trole II) que reguló la consulta a las comunidades indígenas y pueblo afroecuatoriano para actividades hidrocarburíferas y su participación en la infraestructura que dejaren;¹⁰⁶ el Tribunal Constitucional en diciembre de 2000, declaró inconstitucional a esta disposición por restringir el derecho.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 3401 de diciembre de 2002, se dictó el Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas, éste ilegítimamente soslayaba la consulta respecto del impacto social

¹⁰⁶ Ecuador, Congreso Nacional, *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, en Registro Oficial, Suplemento No. 144 (Quito: 18 de agosto, 2000), primero y segundo artículos innumerados agregados al art. 40:

Primer artículo innumerado, prevé consultar con las etnias o comunidades a través de asambleas o audiencias públicas para explicar planes y fines de sus actividades, condiciones en que vayan a desarrollarse, duración y posibles impactos ambientales sobre la comunidad o sus habitantes. Los actos, acuerdos o convenios que se generen en las consultas se dejará constancia escrita, mediante acta o instrumento público. Efectuada la consulta, el ministerio del ramo, adoptará las decisiones que más convinieran a los intereses del Estado.

Segundo artículo innumerado, se refiere a que comunidades indígenas y pueblos afroecuatorianos, asentados en áreas de influencia directa en los que se realicen trabajos de exploración o explotación de hidrocarburos, podrán beneficiarse de la infraestructura construida, una vez que haya concluido la etapa de exploración hidrocarburífera o explotación, conforme el procedimiento que se determine en el reglamento correspondiente,

de las actividades de extracción de hidrocarburos¹⁰⁷ contenida en el art. 84.5 de la Constitución de 1998, y cuyo desarrollo legislativo preveía su art. 141, 142 y 143; este Reglamento se derogó mediante Decreto Ejecutivo No. 1040, con el que se dictó el Reglamento de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental que vincula al procedimiento de consulta a los pueblos indígenas y afroecuatorianos.¹⁰⁸

Con la vigencia de la actual Constitución que profundiza el derecho de participación y la consulta previa, en abril de 2010 se publica la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC), fundada en el propósito de garantizar y propiciar la participación ciudadana, y los colectivos sociales en la toma de decisiones que corresponda (art. 1); más respecto a la consulta previa, el art. 81 a parte de ratificar como sus sujetos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y pueblos afroecuatoriano y montubio, no desarrolla el precepto constitucional como se esperaba.

Reitera en el reconocimiento constitucional y deber de garantizarla, que debe ser obligatoria, oportuna, libre, informada, en plazo razonable, y en que de no obtenerse el consentimiento “[...] se procederá conforme a la Constitución y la ley.” Respecto a la consulta sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, señala que participarán de los beneficios que generen, y recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que se ocasionen.

¹⁰⁷ Ecuador, Presidencia de la República, *Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas*, en Registro Oficial No. 728 (Quito: 19 de diciembre, 2002), art. 1: Señala que el objetivo es regular la consulta en temas relacionados con los impactos socio - ambientales por la realización de actividades hidrocarburíferas; y la participación en los procesos relacionados con la elaboración de los estudios de impacto ambiental, los planes de manejo ambiental, incluidos los planes de relaciones comunitarias.

¹⁰⁸ Ecuador, Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo No. 1040, *Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, en Registro Oficial No. 332 (Quito: 8 de mayo, 2008), art. 26: “El procedimiento de participación social señalado en este reglamento, se aplicará sin perjuicio del régimen especial que otorga los artículos 84 y 85 de la Constitución Política de la República a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos.”

A su vez el art. 83 de la LOPC, que se refiere a los procesos de consulta en general y que por lo tanto incluye la ambiental, señala: si de la consulta deriva en oposición mayoritaria, la decisión de ejecutar o no el proyecto la tomará la máxima autoridad administrativa correspondiente mediante resolución motivada. De decidirse ejecutar, se establecerá parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; considerando métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, y la posibilidad de integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos en condiciones de dignidad humana.

2.1.2. Reglamento de la Consulta Previa en Planes y Proyectos Hidrocarburíferos

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1247 de agosto de 2012, se expide el Reglamento Para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos; pese a que concibe la consulta previa como un deber del Estado y como un proceso de participación social, con principios de legitimidad y representatividad que demandaba ser normado (art. 1), restringe el contenido de la norma constitucional reproducida en la LOPC.

Limita la consulta a procesos de licitación o asignación hidrocarburíferas, sin referirse a proyectos de minería a gran escala que el Estado está implementándolos; respecto a la distribución de los beneficios económicos de las actividades hidrocarburíferas de los que habla el art. 81 de la LOPC, nada se reglamentó. Si bien delega a la Secretaría de Hidrocarburos, adscrita al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (MRNNR), y encargada de la administración de las áreas hidrocarburíferas del Estado, para que represente al Estado en el proceso (art. 6), señala a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del área de influencia de los

bloques, como los únicos sujetos de la consulta, omite referirse a los pueblos afroecuatoriano y montubio (art. 2 y 7).

Más allá de esta restricción constitucional y legal, que por supuesto no resiste a los principios de jerarquía y aplicación directa de la Constitución; este Reglamento carece también de legitimidad formal: la potestad reglamentaria del Presidente de la República contenida en el art. 147.13 de la Constitución, es exclusiva para la aplicación de leyes o regular la administración pública, pero no para regular el ejercicio de un derecho constitucional que tiene reserva de ley (CRE, art. 123.1).

Como muy a pesar de los cuestionamientos hechos, es la única norma que regula y que se aplica para cumplir con la consulta previa y obligatoria para los procesos de extracción de hidrocarburos en territorios de pueblos indígenas, como ocurrió en los bloques 31 y 43 del ITT luego de la declaratoria de interés nacional la explotación petrolera, conviene hacer algunas referencias.

Convocatoria y Procedimiento: El Reglamento prevé un procedimiento previo y posterior a la convocatoria. La Secretaría de Hidrocarburos, designará un Facilitador socio-ambiental que facilite la consulta, ofreciendo información sobre los beneficios sociales del proyecto, medidas de mitigación y compensación social (art. 10); a su vez el MRNNR designará un supervisor para que identifique a las comunidades del área de influencia, abra y maneje el expediente que registre el cumplimiento de las obligaciones de las partes, y elabore el informe (art. 8 y 9).

La convocatoria contendrá un compendio de las características de la actividad, lugar, fecha, hora y metodología a seguir; identificación del bloque con ubicación geográfica y actividades a desarrollarse; objeto de la consulta con mención al marco

regulatorio, cronograma, ubicación de la oficina con el período y horario de atención, y beneficios del proyecto. Se lo hará simultáneamente en dos publicaciones y días consecutivos en un diario de mayor circulación a nivel local; a través de la página web de la Secretaría de Hidrocarburos y del MRNRR; en el área de influencia con cuñas en radio de mayor sintonía, carteleras en sedes de los Gobiernos Seccionales Autónomos y dependencias Gubernamentales, peritoneo o mensajes por altoparlantes, y comunicaciones escritas a autoridades, organizaciones y líderes comunitarios (art. 11).

La Secretaría de Hidrocarburos, abrirá una Oficina de Consulta en el área de influencia para difundir información del proyecto, beneficios de los programas y proyectos que pueden implementarse; así como para recoger comentarios, opiniones, recomendaciones y requerimientos de intervención de las comunidades y ciudadanos sobre planes y programas. Estas se sistematizarán como insumo para el informe del facilitador socio-ambiental que se remitirá a la Secretaría de Hidrocarburos; ésta coordinará con las instituciones pertinentes para, de ser factible, se implemente. La autoridad correspondiente podrá aceptar, observar o rechazar las propuestas presentadas por el supervisor del proceso, encargado de registrar en una acta la apertura de la Oficina de Consulta, y llevar a cabo los planes y programas (art. 14, 15, y 17).

Al final de la consulta las partes podrán formalizar acuerdos de cumplimiento obligatorio, siempre que se ajusten a los objetivos, políticas y metas del Plan Nacional (art. 22 y 23); si los convocados no ejercieren su derecho a participar, o se opusieron a la consulta, el proceso no se anulará o suspenderá. Recibido el informe del facilitador socio-ambiental con señalamiento de las actividades más relevantes, se los sistematizará analizando los posibles conflictos sociales evidenciados y las respectivas soluciones. De

estar conforme con la información presentada, la autoridad lo aprobará e incorporará como documento habilitante al proceso (art. 19).

Oportunidad, Duración, Conclusión e Impugnación: La consulta debe ser antes de iniciar los planes o programas de asignación de bloques o áreas, lo cual cumple con la característica de previa; pero señala que ésta no durará más de treinta días calendario desde la última publicación de la convocatoria, y concluirá cumplido el plazo (art. 12 y 20), lo cual limita gravemente su carácter de informada, que es sustancial para que los consultados puedan conocer suficientemente y con esa base resolver.

Si por razones motivadas no fuere posible cumplir con una de las actividades previstas en el Reglamento, no se suspende la consulta, y la autoridad competente cumplirá con las disposiciones previstas para el proceso (art. 21); el cual podrá impugnarse en sede administrativa, en primera instancia ante la Secretaría de Hidrocarburos, y en segunda y definitiva instancia ante el Ministro Sectorial (art. 24).

En definitiva, la consulta que además excluye a los bloques en explotación antes de la vigencia de la Constitución de 2008 (Disposición Transitoria), se redujo a un simple proceso de información o socialización de los beneficios del proyecto, antes emprendido por los concesionarios, así como a receptar requerimientos de programas o proyectos predeterminados por el Estado. Finalmente la Tercera Disposición General señala que para su correcta operación se elaborará un instructivo de aplicación, lo cual deja entrever que aún desde la lógica vertical del Estado, ni siquiera se reglamentó todo.

2.1.3. Instructivo de la Consulta Prelegislativa

En junio de 2012 la CALAN aprobó el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, el que con las reformas de julio de ese año, sigue vigente y

sirviera para la aprobación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua, y se aplica para la aprobación de la Ley Orgánica de Culturas. De su lectura hacemos el siguiente análisis:

Objetivo: Reconoce a la consulta prelegislativa como derecho colectivo, y señala que su finalidad es regularla para materializar su ejercicio y el derecho de participación, permitiendo pronunciarse sobre proyectos de ley que puede afectar sus derechos.

Responsabilidad y Sujetos: Su ejecución es responsabilidad de la Asamblea Nacional a través de la Comisión Especializada Permanente u Ocasional que corresponda según los temas de la consulta; y los sujetos son los pueblos indígenas y más sujetos de derechos colectivos reconocidos en la Constitución (art. 1, 2 y 4).

Estándares: Acepta que debe ser oportuna, en plazo razonable, de buena fe, libre, informada, y observando los principios de interculturalidad y de acción afirmativa (art. 3); pero respecto a que debe respetar los procedimientos internos y costumbres de cada pueblo o nacionalidad, lo reserva exclusivamente para la discusión de los temas a su interior (art. 14), lo cual hace de la consulta se torne un proceso impositivo.

Procedimiento y Fases: Con el informe del primer debate del proyecto de ley, la Comisión podrá recomendar la consulta de los temas que pueden afectar derechos de los sujetos colectivos, y durante el primer debate el Pleno resolverá su ejecución (art. 5); sin embargo los temas de la consulta y el formulario respectivo lo aprobará la CALAN (art. 7-8) y no el Pleno. Define cuatro fases que coinciden con las señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia *No. 001-10-SIN-CC*:

a) Convocatoria a cargo del Presidente de la Asamblea, contendrá los temas a consultarse, será pública y convocará a inscribirse en el plazo de veinte días (art. 9); para su desarrollo se abrirá una oficina central en la sede de la Asamblea Nacional, y

otras en oficinas provinciales en las Delegaciones del Consejo Nacional Electoral (CNE) donde se inscribirán las organizaciones de base que decidan participar, se entregará el temario, cronograma y normativa de la consulta (art. 9-12).

b) *Ejecución*: Cumplido el plazo de inscripciones, la consulta se ejecutará en veinte días, luego los inscritos entregará el formulario con los temas consultados, actas de sesiones y lista de participantes; con la recepción de los resultados, en dos días las oficinas provinciales enviarán a la Comisión Legislativa para su consolidación.

c) *Análisis*: Una vez consolidado el resultado en cinco días, durante el plazo de 30 días se realizarán asambleas provinciales para socializar los temas e identificar consensos y discrepancias con las organizaciones de segundo grado y representantes de la Asamblea Nacional, lo cual constituirá insumo para la mesa de diálogo nacional que se cumplirá hasta por cinco días para la discusión de los temas debatidos en las provincias. El instructivo privilegia la participación representantes (de hasta 3) de la CONAIE, Federación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras (FENOCIN), Consejo de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicos del Ecuador (FEINE), FAI (organización poco conocida) y del Pueblo Montubio, sin determinarse su representación (art. 15, 16, 17, 18 y Tercera Disposición General).

d) *Cierre*: Concluida la consulta, en el plazo de siete días se elaborará un informe por la Comisión Legislativa correspondiente, y con éste el Presidente de la Asamblea declara el cierre e informará sus resultados, los cuales se incorporarán para el segundo debate del proyecto (art. 19).

3. Conflictos Locales, y Desarrollo Normativo en la Justicia Constitucional Nacional y la CIDH

Tras el reconocimiento constitucional de la consulta previa (1998), los conflictos por fenómenos relacionados con la materialización de este derecho no

cesaron; la continuidad de la política ampliatoria de la frontera petrolera, la reciente implementación de proyectos mineros a gran escala en territorios indígenas, y la insuficiencia de instrumentos normativos secundarios que regulen el ejercicio de este derecho, son la detonante.

Algunos conflictos se han judicializado y revelando importantes datos para la sociología jurídica; y de éstos algunos concluyeron con reconocimiento de vulneración de derechos por los órganos jurisdiccionales, cuyos fallos tienen un efecto político valioso para mitigar el embate expansionista, y contribuir al desarrollo de normas de procedimiento para la real implementación de la consulta previa en la dimensión constitucional y bajo estándares internacionales.

Ecuador con historia de explotación petrolera con afección a derechos de los pueblos indígenas, ha sorteado la consulta previa. Pese a consentir que su tutela judicial efectiva tiene connotaciones políticas; ante mora legislativa para regularla, importa abordar su desarrollo jurisprudencial constitucional nacional. Ésta trazó las primeras líneas para su observancia en el caso FIPSE-Arco Oriente, y se desarrolla en la sentencia de constitucionalidad condicionada ante la demanda de inconstitucional de la Ley de Minería; en el ámbito internacional, nos referiremos al emblemático caso Sarayaku-Ecuador, antecedente inmediato de la reglamentación de la consulta en nuestro país.

3.1. Caso FIPSE-Arco Oriente: Inicio de Línea Jurisprudencial Nacional

El 27 de abril de 1998 tuvo lugar la concesión petrolera a Arco Oriente para la explotación de hidrocarburos del Bloque 24, ubicado al nororiente de Morona Santiago (cantón Taisha) y habitado mayoritariamente por shuar asociados a la FIPSE. La experiencia del Nororiente, donde la explotación petrolera alteró el ecosistema y la vida

de sus habitantes, sin que sus recursos representaran el progreso o bienestar nacional prometido, y menos de los pueblos originarios, llevó a que la FIPSE, FICSH y la FINAE dijeran *no* al proyecto, y rechacen negociaciones o prebendas de la compañía.

Pese a que esa resolución fuera comunicada a Arco Oriente, los acercamientos individuales no cesaron. La concesionaria buscaba debilitar la oposición de las organizaciones y sus autoridades, a través de conversaciones con representantes de gobiernos seccionales, shuar incrustados en organismos del Estado, dirigentes sin representación, y posesionarios de las tierras.¹⁰⁹

Como esta práctica generaba problemas socio-organizativo, la FIPSE interpuso un amparo constitucional ante el Juez Civil de Macas: requirió que Arco Oriente y cualesquier otra compañía que asuma sus responsabilidades contractuales en el Bloque 24, no se acerque o promueva reuniones con individuos u organizaciones de base, dentro y fuera del territorio de la FIPSE, sin autorización de la Asamblea a través de su directiva. La sentencia del 8 de septiembre de 1999, consideró que la compañía petrolera al acercarse a las comunidades shuar sin el consentimiento de sus representantes, trasgrede la autoridad y organización indígena, por ello determinó tal prohibición.¹¹⁰ La parte demandada, con el argumento de que se prohíbe dialogar con cualquier individuo o asociación shuar libremente, impugna esta sentencia inédita; pero el Tribunal Constitucional en marzo de 2000 lo ratificó. De esta forma la justicia constitucional inició la línea jurisprudencial en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador, y concretamente el derecho preservar el territorio, la organización y autoridad indígena, como elementos básicos de su

¹⁰⁹ Isabela Figueroa, “Relaciones Comunitarias en el Bloque 24. Una estrategia de violación de derechos”, en *TARIMIANT, Firmes en Nuestro Territorio, FIPSE Vs. ARCO*, Mario Melo, editor, 2ª ed. (Quito: CDES-CONAIE, 2002), 24: “El propio gerente local de la compañía declaró, con mucha sinceridad a un periódico nacional, que se ‘había comprometido en trabajar más a nivel local porque, en su opinión, las grandes organizaciones ya no representan al pueblo’.”

¹¹⁰ Ecuador, Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de Morona Santiago, Exp. No. 247, *Sentencia: Caso FIPSE-Arco Oriente* (Macas, 8 de septiembre de 1999).

identidad cultural, en este caso amenazados por la omisión de la consulta previa en las actividades de prospección petrolera.¹¹¹

Ejecutoriada la sentencia, y con el ánimo de evadirla, Arco Oriente transfirió sus derechos sobre el Bloque 24 a la Burlington Resources; lo cual “no trajo ninguna novedad en las relaciones entre petroleras y pueblos indígenas de la región [...] Las mismas personas que trabajaban en el diseño y ejecución de las estrategias de ‘relaciones comunitarias’ de Arco [...] se encargan de ‘relaciones comunitarias’ de Burlington.”¹¹²

Los acercamientos de la Burlington Resources a dirigentes ilegítimos y posesionarios de las tierras que faciliten la explotación petrolera, no cesaron; por ello las organizaciones expulsan de la comunidad a quienes apoyan individualmente el proyecto; al ejecutarse esta resolución se denuncia haberse incendiado viviendas y atentado la propiedad privada de los *petroleros*;¹¹³ éstos con el apoyo de la empresa, pugnaban que la Fiscalía ordene detenciones de los dirigentes denunciados; y a su vez las organizaciones denuncian la presión que se ejerce en la Fiscalía de Morona Santiago para perseguir ilegítimamente a sus dirigentes.

A mediados de 2001 la FIPSE conoce de un *plan de relacionamiento comunitario*; por ello y conjuntamente con la FICSH y FINAE presentó un habeas data ante un Juez Civil de Quito; como la información entregada revelaba el franco incumplimiento de la sentencia constitucional, se solicitó al Juez de Macas que exhorte a la concesionaria su cumplimiento, el Juez aceptó lo solicitado pero no hizo seguimiento. Por ello el 11 de abril del 2002, luego de una manifestación pública en Macas, se denunció en la Fiscalía el desacato y solicitó una inspección ocular a

¹¹¹ Ecuador, Tribunal Constitucional, Caso No. 994-99-RA, *Sentencia No. 247-RA.00-I.S* (Quito, 16 de marzo del 2000).

¹¹² Figueroa, “Relaciones Comunitarias”, 27.

¹¹³ *Petroleros* es como los llaman los shuar que se oponen a la explotación del hidrocarburo, a quienes han acordado facilitar su explotación.

comunidades de Makuma y Mamayaki; acción que dejó una trágica secuela,¹¹⁴ sin merecer instrucción fiscal.

De este modo la justicia se colocaba en el centro de la lucha política que protagonizan la compañía transnacional, con el auspicio del Estado interesado en el proyecto, y las organizaciones indígenas que protegen y defienden el territorio como su vida misma.¹¹⁵

Las acciones judiciales emprendidas, expresión de resistencia de los shuar, hicieron que finalmente la Burlington se declare en estado de *fuera de fuerza mayor*, que significa declaración de automoratoria contractual prevista en el contrato de concesión; pero esto no significó el cese de acercamientos con estrategias diseñadas y conocidas por el gobierno.¹¹⁶

Esto explica que la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOLS), solidaria con la FIPSE y para reivindicar sus derechos en el escenario internacional, en diciembre de 1999 presentara ante la OIT una reclamación sobre el incumplimiento del Convenio 169 por parte del Estado, Arco Oriente y la Burlington; éste organismo en abril de 2002, hizo hincapié en la obligatoriedad de la consulta soslayada en el Bloque 24; y ante el argumento del Estado de que la concesión se firmó antes de ratificarse el Convenio 169, señaló que las actividades de continuidad, posteriores a su ratificación, como el traspaso de la concesión, sí debieron consultarse.

¹¹⁴ Cumplida la diligencia el 7 de mayo por parte de la Fiscalía, en la que participara como patrocinador de las organizaciones indígenas el actual Ministro del Interior (José Serrano), Presidente de la FIPSE y dos más de sus dirigentes; estos últimos fallecieron en un accidente aéreo en Taisha, lo cual generó pánico y solidaridad por parte de la población mestiza de Macas y Morona Santiago.

¹¹⁵ Pablo Tsere, Presidente de la FICSH, *El Comercio*, Quito, 27 de abril de 2004: En la reunión de la Burlington ante 50 inversionistas, gerentes y miembros del Directorio en Houston Estados Unidos, dice: “Nosotros los shuar somos un pueblo milenario que continúa viviendo en nuestro territorio según nuestras costumbres. El bosque húmedo tropical que habitamos contiene nuestro patrimonio cultural y las compañías petroleras quieren destruir esa riqueza.”

¹¹⁶ Figueroa, “Relaciones Comunitarias”, 30: El “Programa de relaciones comunitarias del bloque 24 durante el período de fuerza mayor” implementado se trata de un documento presentado por la Burlington a PETROECUADOR en el que se señalan algunos cambios en el proceso de acercamiento para romper el pacto anti petrolero; y en el que se señala que el proyecto tiene adhesión en la opinión pública, en la mayoría de líderes de opinión, autoridades locales y algunos sectores de la Iglesia.

Más allá del valor declarativo de la sentencia constitucional, poco conocida en la academia y amén de que su ejecución tuvo reparos por los intereses del Estado y de la compañía transaccional, lo cual también revela la fragilidad de la justicia constitucional llamada a prevalecer ante el atropello de derechos sin importar de donde venga, tiene un valor jurisprudencial y persuasivo importante en el Estado plurinacional.

[...] la gente no creía de que íbamos a ganar, hubo incertidumbre de lo que iba a pasar. Nos intimidaban, nos amenazaban, de que nos iban a enviar la fuerza pública y de esa manera nos encarcelaban a los que íbamos en contra del Estado y la empresa petrolera, o sea en contra del programa nacional. Para la gente, fue una alegría, un alivio de que nuevamente recuperamos la tranquilidad de continuar nuestro proceso. Con eso la gente se sintió bastante tranquila, ya que recuperamos la unidad; ya no hay posiciones contradictorias en la política de la Federación. Hicimos un lanzamiento público a nivel nacional, y ahora la gente empieza a trabajar.¹¹⁷

Lo alcanzado por los shuar y achuar en este enfrentamiento, que se explica en la fortaleza y solidaridad de sus organizaciones locales y nacionales, así como en la asesoría jurídica brindada por las ONGs, es ejemplo, como el caso Sarayaku al que no referiremos más adelante, del éxito de la resistencia ante la arremetida extractivista.¹¹⁸

3.2. Constitucionalidad Condicionada: Ley de Minería

Aprobada la Constitución de 2008, se impulsó la expedición de la Ley de Minería que se promulga en enero del 2009 sin la consulta prelegislativa; respecto de la consulta para exploración o la explotación minera, la ley dice que debe establecerse un

¹¹⁷ Tito Puanchir, Expresidente de la FIPSE, Entrevista, en *TARIMIANT, Firms en Nuestro Territorio, FIPSE Vs. ARCO*, Mario Melo, Editor, 2ª ed. (Quito: CDES-CONAIE, 2002), 14.

¹¹⁸ Mario Melo, “El Caso Bloque 24: Una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva Amazónica Ecuatoriana”, en *Petróleo, Ambiente y Derechos en la Amazonía Centro Sur*, Víctor López A., Editor (Quito: CDES, Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, e Instituto Amazanga, 2002), 70: “Las ONGs que trabajamos junto a la FIPSE y al Comité Internacional sentimos la presión de los grupos de poder. Sin embargo, estamos convencidos de que esta arremetida se produce porque la lucha que compartimos con los pueblos indígenas está golpeando la política extractivista en donde más de duele. [...]”

procedimiento especial de conformidad con el art. 398 de la CRE;¹¹⁹ disposición que se refiere a la consulta ambiental, soslayando que la consulta previa a las comunidades, pueblos y nacionalidades recogida en su artículo 57, va mucho más allá del tema ambiental.

Ante este hecho, y alegando otras inconstitucionalidades de fondo, la CONAIE, los Sistemas Comunitarios de Agua de Tarqui, Victoria del Portete y de otras comunidades del Azuay, demandaron la inconstitucionalidad de la ley. La Procuraduría General del Estado (PGE) y el Ejecutivo, alegaron: que sí se consultó a dirigentes indígenas, que el Estado es propietario de los recursos no renovables (CRE, art. 1), y que el objeto de las actividades mineras es satisfacer el interés general antepuesto al interés particular; por ello, y en comunión de ideas con el representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, se opuso a la demanda.

La Corte Constitucional, en el fallo de marzo del 2010, señala que la vigencia de la nueva Constitución representó un proceso de transición que obligó a cumplir plazos para la expedición de ciertas leyes, sin que exista una regulación anterior e infra constitucional para la consulta prelegislativa; por ello considera que las comunicaciones del Ejecutivo a varias organizaciones ecologistas, sociales, e indígenas, entre ellas la CONAIE, aunque no se equiparen a una consulta prelegislativa, fue suficiente porque contienen sus elementos sustanciales.

Con esta base, concluye declarando la constitucionalidad de la Ley de Minería; no obstante, ante a el desafío de control de constitucionalidad –y esto es lo valioso de la sentencia- hace algunas consideraciones valiosas: Reconoce a la consulta

¹¹⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley de Minería*, en Registro Oficial, Suplemento No. 517 (Quito: 29 de enero, 2009), art. 90: “Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.”

prelegislativa como un elemento del proceso de aprobación de leyes, y como un derecho colectivo reconocido en el Convenio 169 de la OIT y la Constitución; y que el carácter de la consulta ambiental (CRE, art. 398), al que se refiere la Ley de Minería, está dirigido a la comunidad en general y no a los pueblos indígenas en particular. Finalmente hace diferenciaciones y determina fases y reglas mínimas, a tomarse en cuenta en lo posterior, tanto para la aplicación de la consulta prelegislativa como para la consulta previa, libre e informada en actividades de extracciones mineras.

Respecto de la primera señala: Asamblea Nacional es el órgano obligado a consultar, y que ésta se desarrollará en cuatro fases: a) *preparación* en la que se definirá a los sujetos, duración y procedimiento de la consulta; b) *convocatoria* que será pública e implicará abrir una oficina de información en Quito y otras ciudades según corresponda; c) *registro, información y ejecución* que comprenderá la entrega oficial de la norma consultada, documentos relacionados y las reglas de la consulta; y d) *análisis de resultados y cierre*, comprende establecer mesas de diálogo en función de los resultados de la consulta directa (mediante boleta de votación con la participación del CNE) y de las propuestas de las comunidades o pueblos que aleguen afección a sus derechos, así como determinar discrepancias y consensos a los que se pueda arribar, finalmente el consultante hará el pronunciamiento oficial de los resultados de la consulta.¹²⁰

Sobre las actividades mineras en territorios con asentamientos de pueblos indígenas, la Corte reitera en el obligatorio cumplimiento de esta consulta, y fija reglas provisionales hasta que se dicte la *ley* que regule este derecho, a saber: La consulta es un derecho colectivo medular y no solamente procesal; y sobre esta última connotación lo define como un procedimiento flexible y sistemático de negociación que debe

¹²⁰ Ecuador, Corte Constitucional, casos acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC* (Quito: 18 de marzo de 2010), 40-43.

llevarse a cabo de acuerdo al derecho o procesos internos, tradiciones, usos y costumbres de los sujetos consultados. Es previo, porque debe realizarse antes de iniciar cada una de las etapas de la actividad minera. Es pública e informada, porque los consultados deben tener acceso oportuno a la información sobre los efectos de la actividad minera en sus territorios; puntualiza que la información o difusión, que debe hacerse en un tiempo razonable y en todas sus fases, no sustituye la consulta que debe constituir un diálogo con los representantes de los sujetos consultados.

Es de buena fe en la medida que debe constituir un verdadero mecanismo de participación para la búsqueda del consenso entre los participantes. Antes de llevarse a cabo, debe definirse concertadamente a los pueblos y comunidades afectadas; así como los temas sustantivos, la toma de decisiones, y el procedimiento de negociación o de consulta que debe sujetarse a procedimientos formalizados, previamente conocidos (que puedan replicarse en situaciones similares), pero cuidando las particularidades de los sujetos consultados en la toma de decisiones.

Señala que el resultado de la consulta previa, libre e informada es una obligación del Estado, cuyo incumplimiento le acarrea responsabilidad internacional, e internamente la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas; pero que no es vinculante para el Estado, “la opinión de los pueblos consultados si tiene una connotación jurídica especial [...] sin que esto implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.”¹²¹

No darle a la consulta previa un efecto vinculante, puede trastocar su objetivo y minimizarlo a un simple sondeo de opinión frente a una decisión del Estado. Esto, sumado al hecho de que pese a consentir que la Ley de Minería no tuvo un proceso de consulta prelegislativa, sin embargo para no declarar la inconstitucionalidad, lo asimila

¹²¹ *Ibíd.*, 55.

a las comunicaciones realizadas por el Ejecutivo a varias organizaciones indígenas, genera dudas sobre la tutela efectiva de este derecho ante la política extractivista del Estado. No obstante, sin duda es valioso que se haya reconocido y diferenciado de la consulta ambiental con los dos tipos de consulta previa dirigida a los pueblos indígenas con; así como reglado, ante la falta de ley que se define como necesaria, lo que mínimamente debe observar cada una de éstas a partir de la sentencia.

3.3. Caso Sarayaku-Ecuador

Estado ecuatoriano en de julio de 1996 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 roda de licitación que incluyó el Bloque 23, cuya área de influencia es habitada mayoritariamente por los Sarayaku, pueblo kichwa ubicado en la provincia de Pastaza a riberas del río Bobonaza.

Antes de la prospección sísmica, la petrolera intentó acercamientos con miembros de la comunidad de Sarayaku mediante ofrecimientos de atención médica, regalos, dinero y otras prebendas personales; así como pagando a personas que recluten adeptos a la prospección, e incluso donando dinero a la comunidad para la ejecución de obras y ofreciendo trabajo a sus hombres. La Asamblea General de junio de 2000 rechazó la oferta; pero para ablandar la resistencia y posibilitar el acercamiento, la petrolera contrató con DaymiServices, una sociedad de sociólogos y antropólogos; como consecuencia se dividió la comunidad con la conformación de la *Comunidad de Independientes de Sarayaku*, predispuesta a firmar el acuerdo.

En julio de 2002 se aprobó el Plan de Manejo Ambiental y Plan de Monitoreo presentado por la CGC para las actividades de prospección sísmica, y en septiembre se pidió el reinicio de actividades suspendidas por la oposición; el pueblo se declaró en

emergencia y paralizó sus actividades. En noviembre de 2002 la Junta Parroquial de Sarayaku denuncia los hechos a la Defensoría del Pueblo, y pide la salida de las Fuerzas Armadas que protegían a la petrolera en la colocación de explosivos (pentolita), apertura de trochas y helipuertos que afectaban el hábitat natural y escenarios considerados sagrados.

En ese mismo mes y año la Organización de los Pueblos Indígenas del Pastaza (OPIP), presenta un amparo constitucional ante el Juez Civil de Pastaza contra la CGC y DaymiServices, en su admisión como medida cautelar se ordenó la suspensión de acciones que afecten o amenacen los derechos materia de reclamo; pero lamentablemente, pese a la observación de la Corte de Justicia de Pastaza, la medida no tuvo seguimiento, ni la acción concluyó con sentencia.

En febrero de 2003 se informó que la CGC se declaró en estado de fuerza mayor y suspendió las actividades pero sin mitigar los daños. Ante la falta de tutela de sus derechos, y el peligro que significaba los explosivos sembrados en su territorio, el pueblo Sarayaku demandó al Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Corte el 6 de julio de 2004, ante la solicitud de la Comisión que presentara la demanda, dictó medidas provisionales para que el Estado retire los explosivos; en agosto de 2007 el Estado realizó gestiones para retirarlos, y en noviembre de ese mismo año el Estado terminó el contrato con la concesionaria.

El 21 abril de 2012 la CIDH, hace una inspección al lugar, aquí el Estado reconoció la violación de derechos y la voluntad de repararlos; con esa base la Corte desestimó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos y dictó sentencia de mérito el 27 de junio de 2012,¹²² pionera en el reconocimiento de afección

¹²² OEA, CIDH, *Sentencia Sarayaku-Ecuador* (San José de Costa Rica: 27 de Junio de 2012).

a derechos de los pueblos indígenas del Ecuador por la violación a la consulta previa al haber permitido el Estado actividades de exploración petrolera sin consulta.

3.3.1. Omisión de la Consulta, Violación de Derechos e Indemnizaciones

La sentencia de la CIDH tiene enorme trascendencia jurídica y política en el enfrentamiento Estado-pueblos indígenas en temas y prácticas extractivas; en tanto en cuanto vincula el derecho a la consulta previa en el conjunto de derechos colectivos de los pueblos indígenas, e invita a trascender a la facultad de decidir su propio futuro, como soporte del Estado plurinacional.¹²³

Dice que los actos señalados por el Estado como socialización o búsqueda de *entendimiento*, no demostraron el cumplimiento de la consulta en ninguna de sus fases; lo cual devino en detrimento de la vigencia de los derechos del pueblo Sarayaku ante las actividades realizadas por la CGC para la búsqueda de acercamiento, caracterizadas por el irrespeto a la autoridad, organización y representatividad a lo interno y externo de las comunidades, a la que el Estado apoyó proveyéndoles seguridad con las fuerzas armadas; lo cual dista de la confianza y respeto mutuo que debe primar en la consulta. El incumplimiento del Convenio 169 de la OIT y la normativa interna; puso en riesgo los derechos a la vida e integridad personal (art. 4.1 y 5.1 de la Convención Americana) al permitir la colocación explosivos (1.400 kg. de pentolita) en territorio Sarayaku (cuyo

¹²³ Mario Melo, Defensor de Sarayaku ante la CIDH, en <http://servindi.org/actualidad/91183>, consulta del 3 de agosto de 2014: “La sentencia del Caso Sarayaku marca un nuevo hito en el desarrollo de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano y su influencia en los debates sobre extractivismo se deja sentir a nivel global [...]. Entregar una concesión para actividades extractivas o de infraestructura de alto impacto a espaldas y/o contra la voluntad de los propietarios ancestrales de los territorios afectados es, sin duda, un acto colonial, impropio de una democracia e inconcebible en un estado plurinacional. Cuando esto sucede, el remedio jurídico que propone la línea jurisprudencial Saramaka-Sarayaku es la consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado como mecanismo de participación que prevenga que la restricción del derecho a la propiedad territorial de los afectados les impida el ejercicio de su vida como pueblos. [...] Los pueblos indígenas deben seguir exigiendo ser consultados y que se obtenga su consentimiento antes de cualquier decisión que afecte sus territorios y sus culturas, claro que sí. Y para eso la sentencia del Caso Sarayaku es una herramienta formidable. Pero no deberían dejarse conducir a una discusión que se limita a la consulta y el consentimiento cuando lo que está en juego es la libre determinación. Deberían exigir el pleno ejercicio de su facultad de decidir su futuro y autogobernarse en su territorio.”

retiro se dispuso como medida cautelar y la cumplió parcialmente el Estado); y afectó también a la propiedad comunal, identidad cultural y el derecho a la tutela judicial.

El art. 21 de la CADH protege la relación de pueblos indígenas con sus tierras, y los recursos naturales e incorporales que se dependen; proteger el territorio es proteger la supervivencia física y cultural. Al desconocerse la especial relación económica, social, y cultural, se podría afectar derechos como la sobrevivencia misma de la comunidad y sus miembros, y a la identidad cultural, que se reconocen en el art. 1.1 y 2 de la CADH.

El derecho a la consulta está cimentado en el respeto a la identidad cultural, y se vincula con el derecho a participar en las decisiones que afecten sus derechos y en particular con el derecho a la propiedad comunal. El derecho a la identidad cultural y a la no discriminación, reconocido en la Convención y la normativa interna, son derechos fundamentales y de naturaleza colectiva, que no pueden vulnerarse en una sociedad multicultural, pluralista y democrática; la destrucción de escenarios de alto valor medioambiental, cultural y de subsistencia, afecta a sus creencias, costumbres, tradiciones, y cosmovisión, y como consecuencia produce preocupación y sufrimiento, dice la sentencia al referirse a testimonios recogidos en el expediente.

Se señala también que no se iniciaron investigaciones en cinco de los seis hechos denunciados por el pueblo Sarayaku, y que el iniciado no concluyó; el amparo constitucional no tuvo un procedimiento regular, ni las medidas cautelares y observaciones de la segunda instancia se cumplieron. En suma el Estado no actuó con la debida diligencia para garantizar los derechos afectados; ni se garantizó un recurso efectivo para que la autoridad competente decida sobre la violación de los derechos denunciados, violando así el art. 8.1, 25.1, 25.2.a, 25.2.c de la CADH, en relación con su art. 1.1.

Como sin restauración del derecho vulnerado, y sin reparación cuando el daño es irreversible, no hay tutela efectiva; la Corte dispuso que el Estado ecuatoriano debe: Desactivar o retirar la pentolita de la superficie o enterrada, con los procesos y plazos señalados; en caso de que pretenda realizar actividades de extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo, consultar al pueblo Sarayaku de conformidad con los estándares internacionales; adoptar en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas o cualesquier otra índole para garantizar la consulta, y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, siempre con la participación de los pueblos indígenas; implementar en un plazo razonable programas o cursos obligatorios con módulos sobre estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, dirigidos a militares, policiales y judiciales y otros funcionarios relacionados con pueblos indígenas.

Además que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional por los hechos y vulneración de derechos reconocidos en la sentencia, la que debe difundirla mediante publicaciones; que el Estado indemnice al pueblo Sarayaku por los daños causados con un millón cuatrocientos mil dólares (\$ 1400.00, 00); las medidas adoptadas para cumplir la sentencia debe informarse a la Corte, la cual concluirá el caso solamente cuando se lo haya acatado cabalmente lo resuelto.

El Estado, que paulatinamente ha venido cumpliendo la sentencia; recién el 2 de octubre de 2014 a través de la Ministra de Justicia, quien estuvo acompañada de la Ministra del Ambiente, Ministro subrogante de Recursos Naturales no Renovables, y representantes del Ministerio de Defensa y la PGE, lo hizo con la medida de mayor trascendencia política: las disculpas públicas al pueblo Sarayaku y en su territorio por la violación a sus derechos declarados en la sentencia.

3.3.2. Parámetros Básicos de la Consulta Previa

La sentencia reitera que la obligación del Estado a consultar es indelegable, y menos a las mismas empresas interesadas; manda a organizar el ejercicio del poder público con normativa e instituciones representativas según estándares internacionales (CADH, art. 26),¹²⁴ que se establezcan mecanismos de fiscalización y control de su aplicación (CADH, art. 1.1); y con base del desarrollo jurisprudencial de la misma Corte, señala 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 cuerdos; 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.

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 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

¹²⁴ CIDH, *Caso Sarayaku-Ecuador*: señala que a la Corte no le consta que “hasta el 9 de diciembre de 2002, el Estado contara con un Reglamento detallado sobre consulta previa en el cual se establecieran claramente, inter alia, el momento en que debe hacerse la consulta, el objeto de la misma, los sujetos de la consulta, las fases del desarrollo de actividades en las que procede el proceso de consulta previa de ejecución, la formalización de resoluciones en la consulta o las compensaciones por los perjuicios socioambientales que se causen en el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales, en particular, hidrocarbúricos.”

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.

4. Instrumentos Para la Implementación

El Relator Especial de las Naciones Unidas, Rodolfo Stevenhagen, en la Segunda de las Conclusiones de su Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, marzo del 2006, dice que uno de los grandes desafíos que enfrenta el Ecuador es lograr la plena efectividad de los principios constitucionales en materia de derechos indígenas, esto es: romper la *brecha de implementación*. Más tarde el Relator James Anaya, quien visitó Ecuador en mayo de 2008, en su informe de octubre de 2009 y respecto de la consulta previa a los pueblos indígenas, dijo: los Estados no cumplen su deber, y se necesita orientación acerca de las medidas necesarias para cumplirlo, tanto sobre aspectos prelegislativos, como sobre iniciativas de desarrollo y extracción de recursos.

El reconocimiento de la diversidad, hubiese sido vano sin el de la consulta previa; pero su proclamación concebida en función de proteger los demás derechos como el de participación, autonomía e identidad, si bien es importante por sí sólo es insuficiente. Su tutela efectiva exige materializarla, pero con conceptos etéreos como: interés mayoritario, salir de la pobreza, desarrollo nacional, explotación racional, y falta de ley que lo desarrolle, su implementación tiene repartos.

Para instrumentar la consulta, es necesario “combinar estrategias que van, desde el ejercicio inmediato del derecho de consulta, apelando a la vigencia de la cláusula general, hasta la elaboración y adopción de su reglamentación concreta...”, e interpretar

adecuadamente la incorporación de los nuevos sujetos colectivos de derechos y las normas aplicables.¹²⁵

4.1. Interpretación Garantista e Intercultural

Las normas constitucionales y de convenios o tratados internacionales, a más de proclamar principios y derechos, son también instrumento de los ciudadanos para garantizar derechos ante desafueros del poder; por ello la tutela judicial efectiva de la consulta previa exige recurrir al carácter garantista de nuestra Constitución -pionera en proclamar incluso derechos de la naturaleza (art. 71-73)- y a su interpretación pro homine, intercultural, sistémica e integral, y a la aplicación directa e inmediata por la jerarquía normativa de la que goza.

Este enfoque supone vincular la consulta con el conjunto de derechos y garantías que la Constitución reconoce para implementarlos¹²⁶ en el régimen del *sumak kawsay* y la plurinacionalidad. En suma, el derecho de consulta previa solo puede ser visto como un principio que viabiliza el cumplimiento del conjunto de los demás derechos individuales y colectivos, reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de modo interdependiente.¹²⁷

La importancia de los instrumentos internacionales en cuanto favorezcan al cumplimiento de derechos, se reconoce en la Constitución con igual jerarquía normativa, configurándose lo que la doctrina denomina bloque de

¹²⁵ Rojas, “La Consulta Sobre Medidas Legislativas”, 51.

¹²⁶ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 84 y 85.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 11. 6.7: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

constitucionalidad;¹²⁸ ante conflictos de derechos, la labor hermenéutica debe favorecer casuísticamente la protección del derecho de mayor valor.

Los derechos fundamentales de las personas como miembros de la sociedad nacional o de colectividades diferenciadas, deben interpretarse en dimensión fundamentadora, orientadora y crítica. “De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar el valor o disvalor. [...] Dichas premisas conducen la interpretación [...], hacia un proceso de -ponderación de bienes-”.¹²⁹ Esto implica una labor interpretativa de compatibilización de valores, principios y derechos fundamentales que (en un caso concreto) pueden incidir simultáneamente, y demandan superarse con la medición ponderada de aquéllos.

Pero la plurinacionalidad, en la que cobra mayor valor la consulta previa, demanda también de actitudes interculturales. Dejar de juzgar a los distintos desde nuestra propia cosmovisión, es una exigencia del Ecuador unitario,¹³⁰ y aquí

¹²⁸ La justicia, concebida como implementación de los derechos humanos, demanda de una interpretación normativa, abierta a valores, principios y reglas del sistema jurídico interno y proveniente de otros órganos o fuentes normativas, que coexisten por medio de cláusulas de inclusión o remisión establecidas en la propia Constitución; provistas de igual fuerza normativa, en un sentido sustancial y en aplicación inmediata y directa del principio (pro homine). De tal manera que en conflicto de normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquélla que más favorezca la vigencia y el goce de los derechos humanos. Al respecto el inciso segundo del art. 424 de la CRE, dice: “[...] los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

¹²⁹ Robert Alexy, “Interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 288.

¹³⁰ Ecuador, Corte Constitucional, *Caso No. 0731-10-EP*, 12 y 13: “Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada. En tal virtud, las características de plurinacionalidad e interculturalidad no constituyen una antinomia al estado unitario ni a la democracia.”

particularmente los jueces tenemos mucho por aprender y hacer;¹³¹ a más de actitud ciudadana intercultural, la hermenéutica jurídica exige aprender a despojarnos de la cosmovisión etnocéntrica. Si la consulta previa, depende en buena medida de la buena fe de las partes en arribar a acuerdos a través del diálogo,¹³² en el que debe primar la actitud intercultural; su tutela demanda también de la interpretación intercultural de su normativa y de los conflictos a resolver.

La consulta previa, reconocida por la norma de más alta jerarquía, hace que su implementación cuente con esta ventaja; cualquier duda o conflicto debe resolverse en función de la preeminencia constitucional, y de los instrumentos internacionales de derechos humanos llamados a prevalecer en cuanto sean más favorables. Por lo tanto, su interpretación debe ajustarse a los términos señalados en la propia Constitución, el Convenio 169 de la OIT y la DDPI; el principio de aplicación directa, hace que la falta de configuración legal, no conlleve a su incumplimiento.¹³³

¹³¹ Bienvenido la exigencia de la CIDH al Estado en el caso Sarayaku-Ecuador: implementar programas o cursos obligatorios sobre derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, dirigidos a funcionarios cuyo ejercicio laboral se relaciona con pueblos indígenas.

¹³² Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC*, 54

¹³³ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 11.3: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

art. 11.5: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

art. 424: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

art. 426: “Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las

En este contexto, la tutela efectiva de la consulta previa, aparte de conductas políticas incluyentes como la socialización para su empoderamiento, y de reglas procedimentales legítimas, demanda también del fortalecimiento del poder jurisdiccional como vanguardia de los derechos, y del ejercicio efectivo de garantías constitucionales. Los jueces, convocados a velar responsablemente por su vigencia, como de todos los demás derechos, y que cuentan con desarrollo normativo en la jurisprudencia nacional y en el sistema interamericano de derechos humanos, reflejada en los casos analizados, tienen la gran misión de la tutela. Pero esto, no es solamente responsabilidad de jueces; lo es también y en gran medida, del órgano administrativo y disciplinario de la función judicial.¹³⁴

4.2. Acciones de Tutela Previsibles

Un ordenamiento jurídico sólo es efectivo cuando su nivel de cumplimiento es alto, y esto sucede cuando también es alta la legitimidad social de la norma; por ello se dice que el principio de efectividad es el criterio de su propia legitimación. Ahora bien, si no se cumple un derecho, el mismo pierde su razón de ser; por ello es necesario contar con mecanismos que garanticen su efectividad, sólo así se tutelan derechos y garantiza la paz social.¹³⁵ La tutela judicial efectiva se cumple cuando se implementan esos derechos, se castiga su violación y repara integralmente.¹³⁶

normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

¹³⁴ El *Código Orgánico de la Función Judicial* (Quito, 9 de marzo de 2009), art. 109.7: Sanciona con destitución al fiscal, defensor público y el servidor judicial, que actúen con negligencia manifiesta o error inexcusable. El Consejo de la Judicatura, al aplicar esta figura, con las que ha destituido a un sin número jueces, hace interpretaciones jurídicas de decisiones judiciales, cuyo control se debe ejercérsela únicamente con los recursos procesales y control constitucional; es necesario que el órgano disciplinario sea restrictivo en la aplicación de esta norma, cuya aplicación indiscriminada, llevaría a que éste defina determinada interpretación, menguando la libertad de los jueces; a salvo por supuesto la aplicación injustificable del derecho o el dolo.

¹³⁵ Priori, “La efectiva tutela jurisdiccional”, 10.

¹³⁶ Ruiz, “Tutela Efectiva”, 61-63: “En la actualidad, la gran mayoría de los Estados establece en sus constituciones nacionales un catálogo más o menos amplio de derechos individuales fundamentales, entre

En una sociedad en la que todos los individuos cumplen con el derecho, no es necesario normas de procedimiento para su observancia; éstas se justifican donde los sujetos con mayor o menor frecuencia lo inobservan; aquí se necesita implementar mecanismos para su materialización, nos referimos a garantías jurisdiccionales o instrumentos de tutela preventiva u ordinarias, que en determinados momentos necesitamos para precautelar o restaurar el derecho sustancial.

A parte de acciones judiciales ordinarias, la Constitución cuenta con garantías jurisdiccionales que pueden contribuir a materializar el derecho a la consulta previa, como el habeas data, acceso a la información, acción extraordinaria de protección; muy brevemente pasamos a referirnos a las más usuales: medidas cautelares, acción de protección, acción por incumplimiento y acción de incumplimiento.

4.2.1. Medidas Cautelares y Acción de Protección

Las medidas cautelares son garantía de todo ciudadano para evitar o cesar violación de derecho(s) que provoque o amenace con daños graves, inminentes e irreparables proveniente del Estado o particulares, no después de la vulneración, y tienen la posibilidad de ejercerse de manera autónoma o dentro de otra acción judicial.¹³⁷ Al establecerse como garantía autónoma, nos recuerda el amparo

los que se encuentran aquéllos que se refieren a los derechos humanos, e incluyen también normas que contemplan garantías para el goce y ejercicio de tales derechos.

El reconocimiento de estos derechos y el establecimiento de las referidas garantías, sin embargo, no es suficiente por sí mismo para asegurar su auténtica vigencia y respeto, tampoco lo es la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales por los cuales el Estado se obliga a la protección de los derechos humanos. Desde allí existe todavía un largo camino por andar para que estos principios constitucionales y convenciones tengan efectividad en la sociedad [...] La verdadera demostración de avance efectivo en este campo del respeto de los derechos humanos se produce cuando el órgano jurisdiccional reconoce en sus resoluciones estos instrumentos, cuando cesa la impunidad frente a su violación y se pronuncia con el castigo o el reconocimiento y la reparación por la pérdida o el menoscabo de estos valores esenciales del ser humano [...] En realidad, muy poca cosa serían los derechos humanos si se limitaran a enunciaciones o recomendaciones; es preciso que se garantice la efectividad de estas reglas por cada juez que se encuentre ante hechos que configuran su violación.”

¹³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 87.

Ecuador, Asamblea Nacional *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (Quito, 22 de octubre de 2009), art. 26.

constitucional de la Constitución de 1998 que tenía el ánimo principal de suspender los actos de acción u omisión, lesivos o que amenacen a un derecho constitucional, pero no se pronunciaba sobre su vulneración, restauración o reparación.

Pronunciamiento que si cabe en la actual acción de protección porque se trata de un proceso de conocimiento. Esta garantía de protección de derechos individuales o colectivos reconocidos en la Constitución, puede interponerse por cualesquier individuo o colectivo y ante cualesquier juez o tribunal del lugar de la afectación, siempre que de por medio no estén decisiones judiciales, derechos protegidos por acciones extraordinaria de protección y decisiones de la justicia indígena;¹³⁸ y amén del límite ilegítimo puesto en el art. 42.4 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y la consiguiente reticencia de los jueces,¹³⁹ constituye una garantía eficaz para reconocer la vulneración de la consulta previa y de los demás derechos vinculados a su omisión.

4.2.2. Acción por Incumplimiento y Acción de Incumplimiento

Estas dos acciones constitucionales, que bien pudieron unificarse en la primera, se introducen en la Constitución de 2008 y para su ejercicio cuentan con desarrollo normativo suficiente.¹⁴⁰ Se las ejerce ante la Corte Constitucional, siempre que no sean ejecutables mediante otra garantía jurisdiccional, y ante la negativa de cumplir y aplicar

¹³⁸ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 88.
LOGJCC, art. 39.

¹³⁹ Juan Montaña “Aproximación a los Elementos Básicos de la Acción de Protección”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Juan Montaña y Angélica Porras, editores (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y CEDEC, 2012), 116: “los jueces constitucionales ecuatorianos, a pesar de constatar vulneraciones de derechos constitucionales, están inadmitiendo la acción de protección, en razón de este enunciado normativo, con lo cual se está violando el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, reconocido en la propia LOGJCC en el artículo 4, numeral 7(formalidad condicionada).”

¹⁴⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 93 y 436.9.
LOGJCC, art. 52-57 y 162-165.

Ecuador, Corte Constitucional, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional* (Quito, 9 de febrero de 2010): En el art. 32 y 84 se regula la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento respectivamente.

disposiciones con legitimidad constitucional; por lo tanto protege la seguridad jurídica y los derechos individuales o colectivos.

La acción por incumplimiento, constituye una garantía para la ejecución de una prohibición o mandamiento de normas o actos administrativos de nuestro sistema jurídico, y respecto de informes y sentencias de organismos internacionales de derechos humanos, que contienen deberes u obligaciones a una autoridad renuente en cumplirla.

Para conocer el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, propio de la justicia constitucional, se normó la acción de incumplimiento, inexplicablemente señalada entre las competencias de la Corte Constitucional y no entre las garantías jurisdiccionales.

Introducir la acción de incumplimiento como facultad separada de la Corte Constitucional y garantía independiente, no garantiza más de lo que el constituyente se propuso con la acción por incumplimiento, en la que bien pudo preverse el incumplimiento de la justicia constitucional. De verificarse el incumplimiento de la normativa, sentencias o informes protegidos por las acciones por incumplimiento o de incumplimiento, la Corte ordenará su cumplimiento, bajo amenazas de destitución a la autoridad o funcionario que la incumpla.¹⁴¹

¹⁴¹ Asamblea Nacional Constituyente, *CRE*, art. 86.4.

Conclusiones

El desarrollo de esta investigación, nos permite obtener las siguientes conclusiones más relevantes:

1) Los Estados nacionales, levantados sobre sociedades heterogéneas donde los indígenas constituyen sociedades minoritarias sin representación política, en nombre del desarrollo y del interés general, han implementado medidas legislativas, administrativas, y proyectos de desarrollo y extracción de recursos no renovables, que ha significado dominación, resistencia o aniquilación de estos pueblos. Ante la necesidad de evitar, mitigar o eliminar el conflicto, y sobre esa base construir Estados más democráticos, pluralistas e incluyentes, la comunidad internacional reconoció los derechos colectivos y luego los Estados los constitucionalizaron.

2) En el espectro de los derechos colectivos, la consulta previa ante medidas que puedan afectar a sus sujetos, es imprescindible implementarla como instrumento de diálogo entre los intereses del Estado y los derechos de los pueblos indígenas amenazados o vulnerados. Solamente cuando la consulta alcanza su objetivo: el consentimiento o el libre acuerdo entre las partes, pueden materializarse los demás derechos que la protege, y hacer efectiva la participación y libre determinación en el Estado de la diversidad y la unidad.

3) El Estado ecuatoriano que históricamente ha sorteado la consulta previa, generalmente alegando falta de ley que lo regule, ha impuesto su política extractivista y ocasionado conflictos con los afectados; algunos de estos se han judicializado y merecido reconocimiento de vulneración de derechos vinculado a su omisión. Es más, la jurisprudencia constitucional iniciada con la sentencia en el caso FIPSE-Arco

Oriente, y que se desarrolló con la declaratoria de la constitucionalidad condicionada de la Ley de Minería -ante la falta de configuración legal- en ésta, fijó reglas a observarse en la consulta prelegislativa y para proyectos de extracción de recursos minerales que puedan afectar a los sujetos de la consulta.

En la comunidad internacional, la denuncia de violación de derechos por omisión de la consulta al pueblo Sarayaku, derivó en la sentencia de la CIDH que condenó al Estado a su reparación, y determinó reglas mínimas que la consulta previa debe observar. Esta sentencia tiene un efecto político interesante: reveló categóricamente al mundo lo que el Estado no se debió hacer, y además que es posible contrarrestar su arremetida extractivista con violación de derechos.

4) Para que los derechos se puedan implementar, necesitamos de garantías procesales eficaces, de su pleno ejercicio, y de jueces que sepan y puedan brindar tutela judicial efectiva; sin duda para esto el Estado constitucional de derechos y justicia es el mejor escenario. Más como la justicia pasó al centro de la controversia; los intereses neocoloniales del Estado, distintos al discurso oficial, apuntan a restringir garantías constitucionales y limitar la protección judicial, lo cual dista del espíritu constitucional y constituiría una lamentable regresión.

5) Para que la consulta como derecho cumpla su objetivo, es fundamental concebirla como un proceso: reglamentar su procedimiento sin restricción de derechos, con la participación de los pueblos interesados, sin desviarla de su propósito, y verificar su eficacia evaluando permanentemente el funcionamiento. Por lo tanto, es justo derogar la reglamentación existente sobre la consulta prelegislativa y para la extracción de hidrocarburos, que más allá de responder a una obligación y exigencia de la justicia, ha roto la reserva de ley, y carecen de legitimidad sustancial y social; para con esta experiencia reglamentarla mediante ley orgánica como corresponde.

Bibliografía

1. Fuente Doctrinaria

- Acosta, Alberto. *La Maldición de la Abundancia*, Nadesha Montalvo Rueda y Erika Hanekamp, editoras. Quito: Comité Ecuménico de Proyectos y Abya-Yala, 2009.
- Aguirre, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. En *FORO: Revista de Derecho*, No. 14, 5-43. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), Sede Ecuador/CEN, 2010.
- Almeida, Ileana, *El Estado Plurinacional*. Quito: Abya-Yala, 2008.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008.
- Almeida, José. “Regionalismo y Movimiento Indígena en el Ecuador: Un Reto a la Política de la Diferencia”. En *XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*, Milka Castro Lucic y Xavier Albó, coordinadores, 529-547. Arica, Chile: Unión Internacional de Ciencias Antropológicas y Etnológicas, 2000.
- Antón Sánchez, Jhon. “Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 327-254. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Antuash, Alvino. “La Eficacia de la Consulta Previa en la Realidad del Mundo Indígena Amazónico del Ecuador”. Tesis de Maestría, UASB, Sede Ecuador, 2009.

- Avila, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ramiro Avila, editor, 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ----- . “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell, editor, 307-349. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bachmaier Winter, Lorena. “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 301-349. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Baubock, Rainer. “Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 17-60. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Dávalos, Pablo. “El ‘SumakKawsay’ (‘Buen vivir’) y las cesuras del desarrollo”, www.puce.edu.ec/.../ElSumakKawsayylasesurasdeldesarrollo.pdf. Consulta: 7 de enero de 2014.
- Figueroa, Isabela. “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileño de consultar a los pueblos indígenas e tribales”. En *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía (RAMA), compiladora, 7-47. Quito: RAMA, 2009.

- -----, “Relaciones Comunitarias en el Bloque 24. Una estrategia de violación de derechos”. En *TARIMIAT Firmes en Nuestro Territorio FIPSE vs ARCO*, Mario Melo y Juana Sotomayor, editores, 2ª edición, 19-35. Quito: Centro de Estudios de Derechos Económicos y Sociales (CDES)/CONAIE, 2002.
- Foro Permanente Para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. *Directrices Para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas*. Dinamarca: IBIS, 2013.
- Hermida, José Manuel. “Presentación”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, XI-XII. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Iturralde, Diego. “Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 103-125. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas). *Pueblos Indígenas*. Copenhague: Eks-SholensTrykkeriaps, 2000.
- Kymlicka, Will. “La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 3-25. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Melo, Mario. “El Caso Bloque 24: Una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva Amazónica Ecuatoriana”. En *Petróleo, Ambiente y Derechos en la Amazonía Centro Sur*, Víctor López A., editor, 61-70. Quito: CDES, OPIP, e Instituto Amazanga, 2002.

- -----, defensor de Sarayaku ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Los Aportes de la sentencia del caso Sarayaku al corpus iuris de los derechos indígenas”, <http://servindi.org/actualidad/91183>. Consulta: 3 de agosto de 2014.
- Montaña, Juan. “Aproximación a los Elementos Básicos de la Acción de Protección”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Juan Montaña y Angélica Porras, editores, vol. 2, 103-130. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012.
- Ortiz T, Pablo. “Modelo de desarrollo, extractivismo, buen vivir y conflictos socioambientales (CSA)”. En *Conflictos Socioambientales, Políticas Públicas y Derechos. Aproximación a un Debate*, Pablo Ortiz T., editor, vol. 2, 97-121. Quito: Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana/Universidad Politécnica Salesiana (UPS), 2011.
- Pinto, Vladimir. “Situación del Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado a los Pueblos Indígenas en el Perú”. En *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, RAMA, compiladora, 143-167. Quito: RAMA, 2009.
- Priori, Giovanni F., profesor de Teoría de la Prueba en Maestría de Derecho Procesal UASB, Sede Ecuador. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. Quito: Documento inédito entregado en clases, 2012.
- Real López, Byron. “Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 361-412. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Rodríguez Campos, Ismael. *Las Sentencias, Su Ejecución y la Responsabilidad en los Juicios de Amparo*. México: Editorial Trillas, 2009.
- Rojas, Biviany. “La consulta sobre medidas legislativas a los pueblos indígenas y tribales en Brasil. Un verdadero reto de reinención democrática y creativa normativa”. En *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: Legislación y Jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, RAMA, compiladora, 49-78. Quito: RAMA, 2009.
- Ruiz Días, Roberto. “Tutela Efectiva de los Derechos Humanos: Una obligación de los órganos Jurisdiccionales del Estado”. En *El Paraguay Frente al Sistema Internacional de los Derechos Humanos*, Cynthia González Feldmann, Compiladora, 61-75. Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay/Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- Torbisco Casals, Neus. “La Interculturalidad Posible: El Reconocimiento de Derechos Colectivos”. En *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, María Paz Ávila y María Belén Corredores, editoras, 61-100. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Torres, Víctor. “Políticas públicas, interculturalidad y conflictos socioambientales. Una aproximación”. En *Conflictos Socioambientales, Políticas Públicas y Derechos. Aproximación a un Debate*, Pablo Ortiz T., editor, vol. 2, 21-57. Quito: Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana/UPS, 2011.
- Uribe, Daniel. “Cumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Juan Montaña Pinto y Angélica Porras, editores, vol. 2, 83-102. Quito: Corte Constitucional de Transición/ CEDEC, 2012.

- Vargas, Edward. “La Consulta Previa, Libre e Informada en el Ecuador: Una Lectura Desde el Pensamiento Crítico”. Tesis de Maestría, UASB, Sede Ecuador, 2014.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “Balances y Retos de Implementación del Derecho Internacional Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Latinoamérica”. Ponencia, “Seminario Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balances y Retos.” Lima, 28 y 29 enero, 2009.

2. Fuente Legal

- Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039/97*. Santa Fe de Bogotá, 21 de febrero, 1997.
- -----, *Sentencia T-769/09*. Santa Fe de Bogotá, 29 de octubre, 2009.
- Ecuador, Asamblea Nacional Constitucional, *Constitución Política del Ecuador*, en Registro Oficial No.1. Quito, 11 de agosto, 1998.
- Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República de Ecuador*, en Registro Oficial No. 449. Quito, 20 de octubre, 2008.
- -----, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento No. 544. Quito, 9 de marzo, 2009.
- -----, *Ley de Minería*, en Registro Oficial, Suplemento No. 517. Quito, 29 de enero, 2009.
- -----, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en Registro Oficial, Suplemento No. 52. Quito, 22 de octubre, 2009.
- -----, *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*, en Registro Oficial, Suplemento No. 175. Quito, 20 de abril, 2010.

- Ecuador, Comisión Administrativa Legislativa de la Asamblea Nacional, *Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa*, en Registro Oficial, Suplemento No. 733. Quito, 27 de junio, 2012.
- Ecuador, Congreso Nacional, *Ley de Colonización de la Región Amazónica*, en Registro Oficial No. 504. Quito, 12 de enero, 1978.
- -----, *Ley de Gestión Ambiental*, en Registro Oficial No. 245. Quito, 30 de julio, 1999.
- -----, *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*, en Registro Oficial, Suplemento No. 144. Quito, 18 de agosto, 2000.
- Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 001-10-SIN-CC*, Casos acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN. Quito: 18 de marzo, 2010.
- -----, *Sentencia No. 141-14-SEP-CC*, Caso 0210.09EP. Quito, 24 de septiembre, 2014.
- -----, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, en Registro Oficial No. 127. Quito, 10 de febrero, 2010.
- -----, *Sentencia 113-14-SEP-CC*, Caso 0731-10-EP. Quito, 30 de julio, 2014.
- Ecuador, Juzgado Primero de lo Civil de Morona Santiago, *Sentencia Caso FIPSE-Arco Oriente*, Exp. No. 247. Macas, 8 de septiembre, 1999.
- Ecuador, Presidencia de la República, *Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social Establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*, Decreto Ejecutivo 1040, en Registro Oficial No. 332. Quito, 8 de mayo, 2008.
- -----, *Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas*, Decreto Ejecutivo 3401, en Registro Oficial No. 728. Quito, 19 de diciembre, 2002.

- -----, *Reglamento Para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos*, en Registro Oficial No. 759. Quito, 22 de agosto, 2012.
- Ecuador, Tribunal Constitucional, *Sentencia No. 247-RA.00-I.S*, Caso No. 994-99-RA. Quito, 16 de marzo, 2000.
- OEA, CIDH, *Sentencia Caso Saramaka-Surinam*. San José de Costa Rica, 27 de septiembre, 2007.
- -----, *Sentencia Caso Sarayaku- Ecuador*. San José de Costa Rica, 27 de Junio, 2012.
- OEA, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre, 1969.
- -----, *Convención Sobre el Instituto Indigenista Interamericano*. México, 11 de enero, 1940.
- OIT, *Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Ginebra, 7 de junio, 1989.
- OIT, Departamento de Normas Internacionales, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Guía Sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Ginebra, 2009.
- ONU, *Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York, 13 de septiembre, 2007.