



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“ANÁLISIS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA
LIBRE E INFORMADA COMO MECANISMO DE
PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ECUADOR ”**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPUBLICA**

AUTOR: MARÍA ISABEL ALVAREZ MOREIRA

**DIRECTOR: ABG. KATHERINE NATHALY MOROCHO
BACULIMA, MSc.**

LA TRONCAL – ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“ANÁLISIS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA
LIBRE E INFORMADA COMO MECANISMO DE
PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ECUADOR”**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPUBLICA**

AUTOR: MARÍA ISABEL ÁLVAREZ MOREIRA

**DIRECTOR: ABG. KATHERINE NATHALY MOROCHO
BACULIMA, MSc**

LA TRONCAL – ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
UNIDAD DE TITULACIÓN

La Troncal, 25 de julio del 2022

Sección: UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
Asunto: Aprobación de trabajo de titulación.

Señor Abogado
Ricardo Alarcón Vélez
UNIDAD DE TITULACIÓN
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

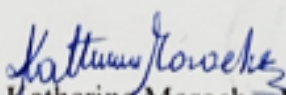
De mi consideración:

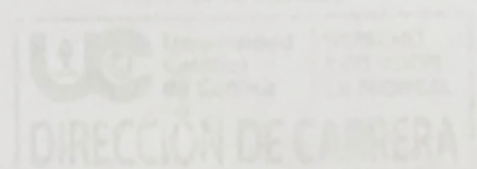
Con un atento y cordial saludo me dirijo a usted para desearle éxitos en sus funciones diarias.

El suscrito tutor del trabajo de titulación, certifica que el trabajo titulado "ANÁLISIS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ECUADOR desarrollado por la estudiante MARIA ISABEL ALVAREZ MOREIRA con número de cédula 0941483687, ha sido guiado y revisado periódicamente y cumple normas estatutarias establecidas por la Universidad Católica de Cuenca.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines legales consiguientes. Sin otro particular me suscribo de Usted.

Atentamente,


Ab. Katherine Morocho Mg.
TUTOR



DEDICATORIA

A Dios quien ha sido mi guía y fortaleza por permitirme culminar esta gran etapa de mi vida, a mi esposo quien siempre me ha motivado a seguir adelante. A mis padres y hermanos quienes con su amor, paciencia y esfuerzo durante toda este transcurso universitario. A toda mi familia y amigos por sus consejos y palabras de aliento que hicieron de mí una mejor persona.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por ser mi guía y acompañarme en el transcurso de mi vida. A mis padres por ser mi pilar fundamental y brindarme el apoyo incondicional. A mi tutora Katherine Morocho quien con su experiencia y conocimiento me oriento en la investigación. Agradezco de manera especial a los abogados Edwin Arévalo y Sebastian Ortega por sus consejos en los momentos más difíciles de mi vida. Y a todos los docentes que con su sabiduría motivaron a desarrollarme como persona y profesional en la Universidad Católica De Cuenca extensión San Pablo La Troncal.

RESUMEN

El reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo y de participación a favor de los pueblos indígenas ha sido desarrollado por los diversos instrumentos internacionales y nacionales de los Estados. Dentro de la presente investigación se analizará especialmente el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en lo referente a normativa internacional veremos cuáles son vincules y no, de igualmente, se abordará sus características previa, libre e informada de la consulta, se determinará la titularidad de este derecho a favor de los pueblos indígenas, su objetivo el consentimiento de los colectivos y finamente, trataremos de los mecanismos de protección.

Palabras clave: Consulta; derecho colectivo, de participación; pueblos indígenas.

ABSTACT

Some international and national instruments of the states developed the recognition of the right to free, prior, and informed consultation as a collective and a participatory right in a favor of indigenous people. This research will analyze specifically article 57 of the constitution of the republic of Ecuador of 2008; regarding the international norms, this study pretends to the identify which ones are bonds and which are not. Additionally, this research will explain some topics related to the main objective, such as characteristics of the free, prior, and informed consultation; the ownership of this right in favor of the peoples, collection consent, and, finally, mechanism of protection.

Keywords: consultation, collective right, participation, indigenous people.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada busca analizar su regulación jurídica reconocida en tratados y convenios internacionales, con carácter de vinculantes o no, mediante los cuales se obliga a los Estados miembros a realizar una revisión de este derecho en la normativa propia, para garantizar su plena vigencia y ejercicio.

El derecho a la consulta previa, libre e informada se incorporó en la Constitución Política del Ecuador de 1998, sin embargo, con la promulgación de la Constitución del 2008 vigente se amplía su reconocimiento. La derogada carta suprema garantizaba a las comunidades indígenas su derecho fundamental a ser consultados sobre actividades que puedan afectar sus territorios ancestrales mediante la extracción de recursos naturales no renovables; mientras que, en la actualidad, el Estado se ve en la obligación de consultar antes de adoptar medidas legislativas que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos y a consultar no sólo a pueblos indígenas, sino a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades en los casos de extracción de recursos no renovables. Así, la Constitución del Ecuador del 2008 establece lo siguiente:

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: Numeral 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley (Asamblea Nacional, 2008, p.11-12)

El derecho de consulta previa, libre e informada tiene una doble finalidad, la primera como un mecanismo de participación de las comunidades, pueblos y

nacionalidades y, por otro, como un derecho colectivo constitucional y reconocido por los instrumentos y tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Por su parte el estándar internacional del derecho a la consulta previa tiene su importancia en los estudios realizados dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde los derechos de las comunidades y pueblos indígenas se vienen protegiendo y garantizando mediante instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 2019).

MÉTODO

Esta investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, tuvo como propósito la recopilación de datos documentales relacionados con la consulta previa libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tanto en la normativa y doctrina como de los principales artículos indexados de revistas internacionales, en las bases de datos: Redalyc, Scopus y Proquest.

Finalmente, se utilizó la discusión crítica con el objetivo de establecer criterios sobre la consulta previa libre e informada y la manera que se garantiza este derecho a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

MARCO TEÓRICO

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

La consulta previa, libre e informada se la puede definir como un derecho colectivo reconocido por la Constitución de la República del Ecuador garantiza a los pueblos indígenas su desarrollo integral sostenible, aspiración anhelada de las comunidades ancestrales buscando vivir en armonía con sus territorios que son la sabiduría, diversidad y vida de estos colectivos.

La consulta libre e informada considerada como una herramienta de participación social tiene la finalidad de garantizar la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la contribución de la gestión de la política pública e implementar la participación en las decisiones

dentro de los ámbitos social, cultural, ambiental y en la identificación de las necesidades de intervención del Estado a través de proyectos comunitarios y sociales.

Al abordar sobre el derecho de la consulta previa, libre e informada resulta importante hacer referencia sobre el territorio con sus dos nociones, la primera es denominada utilitaria en cual se indica que las personas son dueñas de la tierra y como propietarias realizan lo más razonable para el bienestar de la colectividad, la segunda noción determina al territorio como un sistema vivo en el cual las personas pertenecen a la tierra, esto conlleva el respeto y humildad, considerando a sus habitantes guardianes del territorio.

El derecho a la consulta previa, libre e informada tiene una doble finalidad, la primera como un mecanismo de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades y, por otro, como un derecho colectivo constitucional y reconocido por los instrumentos y tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Por su parte el estándar internacional del derecho a la consulta previa, tiene su importancia en los estudios realizados dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde los derechos de las comunidades y pueblos indígenas se vienen protegiendo y garantizando mediante instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 2019, p.32).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

Los instrumentos internacionales son de dos clases: los primeros hacemos referencia a los tratados internacionales se dividen en los tratados, convenios, protocolos y pactos, todos tienen una naturaleza jurídica similar por su procedimiento parlamentario al interior de los estados miembros y su ratificación ante el organismo internacional, por ende, son vinculantes (Abad, 2016). Los segundos son denominados soft law¹, implica la firma del Estado,

¹ Soft law o derecho blando, define la indeterminación estructural de las normas de los tratados y convenios internacionales relacionados con la no capacidad de implementar la realidad normativa y jurídica de la actualidad.

pero no existe ratificación, sin embargo este instrumento internacional reconoce derechos pero no establece mecanismos de protección internacional (Ávila Santamaría, 2012).

Para objeto de la presente investigación, abordaremos el Convenio 169 de la OIT como convenio y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas como instrumento soft law.

EL CONVENIO 169 DE LA OIT

Nuestro país es miembro del convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo, fue ratificado mediante decreto ejecutivo número 1387 y publicado en Registro Oficial número 311 del 6 de mayo del año 1998, entre sus principales garantías está el reconocer las garantías y derechos de los pueblos indígenas otorgándoles la facultad de poder ejercer control sobre sus propias instituciones jurídicas y sociales, sus tradiciones, formas de vida, su desarrollo económico, identidades, lenguas y religiones, en este sentido, nuestro Estado ecuatoriano reconoce un Estado Plurinacional e Intercultural.

El convenio sobre la consulta previa libre e informada determina la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos sencillos, apropiados y de acuerdo con las particularidades propias de cada uno de ellos, cuando se obtén por medidas legislativas o administrativas. De la misma forma, establece que, las consultas deben efectuarse bajo el principio de buena fe y de una manera apropiada para obtener un acuerdo o lograr el consentimiento de los pueblos indígenas.

En lo referente a los recursos naturales el convenio brinda una especial protección al facultar a los pueblos indígenas el derecho de participar en la administración, utilización y conservación de dichos recursos. Si los recursos naturales como los minerales son propiedad del Estado, los gobiernos tienen la obligación de crear procedimientos de consulta a los pueblos interesados con el fin de determinar si los derechos e intereses de los pueblos pueden ser vulnerados o perjudicados. De hecho, que antes de iniciar la exploración de recursos naturales, los pueblos indígenas deben participar en los beneficios de

las actividades y en especial recibir la indemnización correspondiente por cualquier daño.

La Organización Internacional del Trabajo 1919 con la finalidad de brindar apoyo a los pueblos indígenas, publicó la guía de la aplicación del Convenio 169 denominada Programa para Promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169), en la que se especifica las características más importantes sobre las consultas. Se puede señalar, que existe una Comisión para la correcta aplicación del convenio y es quien emite las propuestas de mejoras a los Estados miembros.

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue suscrita con fecha septiembre de 2007, la función de este instrumento es declarativo y orientativo, por ende, no tiene el carácter de vinculante ni obligatorio para los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

En este orden de ideas sobre la obligatoriedad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas existen opiniones divergentes, por su parte, Trujillo (2013) sostiene que, de acuerdo con la Constitución de la Republica en sus artículos 11 numeral 3 y 417 en sus partes pertinentes:

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sean declaraciones, tratados, convenios, pactos, protocolos o cualquier otra denominación, según el principio de interpretación Constitucional sistemática han de tenerlos en cuenta a todos ellos, en el mismo pie de igualdad y sus normas han de armonizarse de modo que se complementan y no se contradigan. En caso de contradicción insalvable se ha de aplicar, de acuerdo con el principio pro ser humano, la norma o la interpretación de la norma que de mejor manera garantice el derecho que se trate. (p.78)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, si bien no es jurídicamente vinculante, sin embargo, constituyen

normas mínimas para la dignidad, bienes y supervivencia de los pueblos indígenas, en este sentido, la declaración tiene mucha relevancia social y política, generando a los Estados miembros la obligación moral para implementar las medidas necesarias para precautelar estos derechos.

En relación con la consulta previa, libre e informada, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que los Estados celebrarán consultas bajo el principio de buena fe con los pueblos indígenas respetando sus instituciones propias para obtener su consentimiento libre e informado antes de ejecutar cualquier proyecto que pueda eventualmente afectar sus territorios y recursos, la Declaración manifiesta que el derecho al consentimiento previo, libre e informado es fundamental en razón que los desplazamientos de sus territorios y la obtención de los recursos, no se podrán realizarse sin dicho consentimiento.

Finalmente, la Declaración dispone que en los proyectos que puedan repercutir en la tierra, los territorios o en los recursos, los Estados miembros deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas respetando sus bienes culturales, religiosos y espirituales, así como la tierra, los territorios y los recursos, en el caso de que los Estados realicen dichas actividades sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, estos últimos tienen derecho a demandar la restitución e indemnización.

LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN LA LEGISLACIÓN DEL ECUADOR

Nuestro país desde la Constitución Política de 1998 garantizaba el derecho a ser consultados los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos al establecer el carácter pluricultural y multiétnico del Estado. Por su parte, la Constitución de la República del 2008, comenzó a desarrollar una sociedad ecuatoriana entre los distintos grupos para brindar solidariamente oportunidades a todos al reconocer la protección de las culturas en un espacio territorial común.

La Constitución de la República (2008) establece lo siguiente:

Art. 57.- Se reconoce y garantiza 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:

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

Numeral 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. De la lectura de este artículo se desprende que la consulta, como uno de los derechos colectivos está previsto para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, y previo a la adopción de medidas legislativas (Asamblea Nacional, 2008, p. 11-12).

La consulta previa, libre e informada es un proceso de diálogo y negociación que conlleva principios como el de la buena fe de los participantes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta garantizan el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos que puedan afectar sus derechos. El procedimiento de consulta previa libre e informada va más allá del cumplimiento de los requisitos de forma, sino que, el Estado tienen el deber y la obligación de prestar la necesaria consideración a los resultados propios de la consulta o, de otro modo a proporcionar las razones objetivas para no haberlos tomado en consideración.

LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO DE PARTICIPACIÓN

El derecho de participación como consulta previa conlleva a la posibilidad que tienen las personas, comunas, pueblos, nacionalidades y colectivos de ser partícipes activos en la formulación, ejecución, evaluación y control dentro de las políticas públicas, en razón de que, los colectivos son el ser del Estado (Aparicio, 2008). El Estado ecuatoriano debe asegurar la participación en condiciones de igualdad tomando siempre en cuenta sus formas tradicionales de los pueblos indígenas en la creación de la nueva institucionalidad (Relator Especial, 2010).

En estas consideraciones la participación de los pueblos indígenas ha cobrado gran importancia, en especial en los conflictos socioambientales que afectan directamente sus derechos relacionados a temas sobre el ambiente que han desencadenado en conflictos sobre su control y gestión. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1972) crea el principio 10 que estatuye que todas las personas, comunidades, nacionalidades tienen derecho a acceder a la información ambiental sobre su territorio, los Estados asumen la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre su participación en las decisiones relativas que puedan llegar a afectar sus territorios, en especial la relación entre los pueblos indígenas y tribales con sus tierras y los recursos naturales.

Por su parte la Convención Americana en su artículo 23 reconoce:

El derecho de todos los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. El derecho a la participación incluye el derecho de participar en la toma de decisiones sobre políticas que inciden en sus derechos desde sus propias costumbres y de acuerdo a sus valores, usos y formas de organización. (p.9)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, referente al caso del pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador (2012), sobre la consulta establece:

No se debe considerar como un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuo, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. (p.32)

El derecho a la consulta, previa libre e informada tiene cierto grado de dificultad, en razón que conlleva al reconocimiento y respeto de las formas propias de vida de los pueblos, nacionalidades y colectivos indígenas, así como también el respeto a la autodeterminación, en este sentido la Defensoría del Pueblo (2011):

El derecho humano a la participación busca viabilizar que las comunidades y pueblos participen activamente en la vida social y política de los Estados; sin embargo, visto desde cada diversidad étnica genera una mayor dificultad, pues busca salvaguardar la recreación y respeto de estas entidades históricas con su propia identidad y culturas, frente a decisiones estatales que puedan vulnerar sus derechos. (p.12)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) en el Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, sobre el deber de los Estados tienen la obligación de consultar activamente a los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio.

CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA

La consulta tiene tres requisitos esenciales, previa, libre e informada, analizaremos cada uno de ellos:

PREVIA

Ser previa es la primera característica, es decir, debe ser reconocida de acuerdo al tipo de medida que se va a consultar, debe contar con el tiempo suficiente que permita obtener la información sobre los aspectos o temas a ser consultados, finalmente, también debe existir la traducción o contar con un

traductor de confianza según el lenguaje de cada pueblo o comunidad indígena antes de cualquier proyecto.

Nuestra Constitución de la República del Ecuador reconoce esta característica de la consulta en su numeral 7 del artículo 57: La consulta debe ser antes de la adopción de una medida legislativa (Asamblea Nacional, 2008, p.12).

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (2006) en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en su artículo 19: "Que las consultas deberán realizarse antes de adoptar y aplicar las medidas legislativas que los afecten".

Para Clavero, previo significa que no debe existir presión, ni limitación temporal para la toma de decisiones y se debe contar con el tiempo suficiente para la recopilación de información para el pleno debate.

Sobre este requisito la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) sostiene:

En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que "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". Sobre el particular, este Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. (p.55)

LIBRE

La segunda característica radica que la consulta debe ser libre, esto conlleva a que no puede existir ningún tipo de coerción, amenaza, intimidación, manipulación o presión por parte del Estado o por personas particulares, antes o durante el proceso consultivo (OIT, 2009) En caso de que los colectivos titulares de los derechos no presten su consentimiento a la consulta por motivos de autodeterminación, no debe existir amenazas, persecución ni judicialización a los miembros de las distintas comunidades pueblos y nacionalidades (Ávila, 2015).

En definitiva, esta característica garantiza que los titulares del derecho a la consulta no pueden ser objeto de ningún tipo de coerción ni intimidación externa como incentivos monetarios dentro del proceso de consulta, de ocurrir cualquiera de ellos se llegaría a perder su legitimidad de la consulta previa, libre e informada. El Estado, tiene la obligación de garantizar el cumplimiento de esta característica dentro de todo proceso de consulta, respetando y haciendo respetar los procesos internos de cada, comunidad, pueblo o nacionalidad desde sus tradiciones propias (Carrión, 2012).

INFORMADA

La tercera característica es ser informada, tiene que ver con el acceso oportuno e inmediato a la información necesaria sobre el alcance de las medidas a ser adoptadas o las normas a ser tratadas y aprobadas.

Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos indígenas (2009), señaló:

Para que opere la validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que esta sea informada en un lenguaje accesible, de ser el caso traducida a las lenguas indígenas, de igual manera este requisito indica que deben los consultados tener acceso oportuno a toda la información para comprender el alcance de la mismas, así como también, a solicitar información adicional o asesoramiento técnico. (p. 39)

El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009), para que en una consulta se considere informado por lo menos debe indicar lo siguiente:

1. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
2. La razón del objeto del proyecto y/o la actividad;
3. La duración del proyecto
4. La ubicación de las áreas que se verán afectadas;
5. Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales
6. 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
7. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto. (p. 121)

El cumplimiento de estas características es obligatorio para el Estado y solo de esta manera se puede garantizar el pleno ejercicio de la consulta previa, libre e informada a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

TITULARES DEL DERECHO

De conformidad a la Constitución de la República, los titulares del derecho a la consulta previa, libre e informada son los pueblos indígenas, sin embargo, no describe a los mismos, sin duda este vacío corresponde a que no se puede llegar a un acuerdo de homogeneizar conceptos y una definición que recoja todas las particularidades de estos colectivos. La definición de pueblo indígena ha sido objeto de una larga discusión, en la doctrina como en las constituciones y organismos internacionales de protección de los derechos humanos (Aguilar, 2007).

Para Stavenhagen (1992), el concepto indígena tiene un origen netamente colonial, pues son indígenas los descendientes de los pueblos

que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado. Un pueblo indígena puede ser considerado como una comunidad histórica, con una estructura interna, que comparte un idioma o lengua y tiene una cultura diferenciada al resto de la sociedad y que ocupa o ha ocupado un territorio determinado (Gajardo , 2015).

Por su parte, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1996) sobre los pueblos indígenas, señala que, el concepto indígena o pueblo indígena debe contar con los siguientes factores:

- 1) Tiempo prolongado de uso de un territorio específico, en razón a su ocupación;
- 2) Mantenimiento voluntario de una especificidad cultural, que puede incluir el idioma o lengua, organización social, modos de producción, religión, formas o instituciones jurídicas, representación de valores;
- 3) Auto identificación, así como reconocimiento de parte de otros grupos o autoridades estatales, como comunidades diferenciadas;
- 4) Algún tipo de experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea por condiciones que persistan o no. Para el grupo de trabajo, estos factores pueden estar presentes en mayor o menor medida, permitiendo una definición comprensiva o inclusiva de indígena o pueblo indígena. (p. 213)

En nuestro país, de conformidad al artículo 57 de la Constitución, los sujetos consultados son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sin embargo, el artículo 58 también estatuye que son los afroecuatorianos pues se les reconoce claramente los derechos colectivos a favor de estos.

En este sentido, la normativa internacional sobre los pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce y garantiza los derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional, los pueblos y comunidades indígenas o tribales, propios de sus formas de vida, cultura e identidad, ejercen algunos derechos de la Convención desde su dimensión colectiva (Sentencia, 2012).

Por su parte el Convenio de la OIT en su artículo 8 establece:

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. (Organización Internacional del Trabajo, año, p.18)

Es necesario indicar la definición de un pueblo tribal, en este sentido, es un pueblo no indígena, pero comparte similares características en sus tradiciones sociales, económicas y culturales diferentes a la comunidad nacional, con identificación propias de sus territorios ancestrales y regulación por sus propias costumbres o tradiciones (Corte IDH, 2007).

En definitiva los pueblos tribales gozan de los mismos derechos de los pueblos indígenas, el Estado tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar su reconocimiento, incluso a la posesión colectiva de la propiedad².

OBJETIVO DE LA CONSULTA: EL CONSENTIMIENTO

Nuestra Constitución de la República del Ecuador, hace referencia al consentimiento en su artículo 57, numeral 7, indica: “Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (Asamblea Nacional, 2008, 11). El Estado dentro de los procesos de consulta previa libre e informada debe involucrar el consentimiento previo en las situaciones establecidas tomando en cuenta los estándares internacionales.

El Convenio 169 de la OIT (1999), en su artículo 6 dentro de su numeral 2 establece que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio

² Sobre el derecho propiedad colectiva la Corte IDH establece que: este derecho se garantiza no solo a los pueblos indígenas, sino también a los pueblos tribales. Estos colectivos se caracterizan por sus tradiciones y su pertenencia a sus tierras.

deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Organización Internacional del Trabajo, 1999).

Por su parte la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006) establece en su artículo 19 lo siguiente:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. (p.15)

La Declaración de las Naciones Unidas (1945) establece tres situaciones sobre los pueblos indígenas.

1. La primera radica en los proyectos de desarrollo que conllevan la vulneración de los derechos de propiedad mediante el desplazamiento de sus territorios tradicionales: El consentimiento de los pueblos indígenas o triviales primeramente debe ser previo a las tomas de decisiones, tomando en consideración el vínculo estrecho que existe entre los habitantes de los pueblos y los terrenos ancestrales dentro de los cuales se regula con sus costumbres, es en relación la Declaración Naciones Unidas proscribe a los Estados miembros poder desplazar de sus tierras a los pueblos indígenas haciendo uso de la fuerza o mediante engaños. Además, el desplazamiento o traslado de los pueblos indígenas debe contar con el consentimiento previo, debe ser informado en el idioma característicos de sus habitantes. En caso que se realice la movilidad de estos colectivos, los mismos tendrán el derecho de solicitar a su Estado la indemnización correspondiente, dicha sea, la misma deberá ser equitativa y justa para el resarcimiento de los derechos lesionados.

2. En relación al inciso anterior, la Declaración Naciones Unidas, si el Estado activo en el desplazamiento de los pueblos indígenas o triviales cuenta con el consentimiento previo, libre e informado, debe tomar en

consideración el almacenamiento de los materiales o residuos peligrosos que no puedan afectar la propiedad.

3. Finalmente, en los procesos para explotación de los recursos de explotación en los territorios de los pueblos indígenas, el Estado debe precautelar y en la medida de lo posible no privar a los comuneros el derecho de usar y gozar de sus recursos naturales suficientes para su subsistencia.

De las normas transcritas se puede evidenciar que la Constitución de la República del Ecuador, la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169, son concordantes, se direccionan a procurar el consenso de acuerdos voluntarios mediante el dialogo entre los pueblos indígenas y triviales, inmediatamente se debe obtener el consentimiento para celebrar la toma de decisiones propuestas en la extracción de recursos naturales.

La Corte Interamericana (2012) expone:

La diferencia entre consulta y consentimiento, es la siguiente: el Estado para ejecutar los planes de desarrollo con gran escala de impacto en los pueblos ancestrales indígenas o triviales no solo debe consultar si no debe obtener el acuerdo con sus tres características propias, ser previa, libre e informada. Todo este proceso debe realizarse anteriormente a cualquier toma de decisiones que pueda vulnerar los derechos constitucionales y en especial el derecho propio a la propiedad, en esta consulta debe primar el principio de buena fe de los intervinientes, procurar llegar a acuerdos amistosos, además, el sujeto activo estatal debe brindar toda la información en formatos de fácil entendimiento y públicamente accesibles para que todos los integrantes de la comunidad sin importar su educación o cultura puedan llegar a tener pleno conocimiento de las decisiones que están por tomar. (p. 66)

Finalmente podemos manifestar que el requisito de consentimiento se transforma en una garantía de los derechos de los pueblos indígenas, en consideración que el consentimiento tiene conexión con la identidad cultural propia de cada pueblo, sus costumbres ancestrales, su vinculo entre la vida y

territorio y en especial con los derechos humanos a ser respetados íntegramente sin causar ninguna vulneración dentro del proceso de ejecución de planes de desarrollo o inversión.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Nuestra Constitución de la República en su artículo 57 numeral 7 expresa: 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. (Asamblea Nacional, 2008, p.11)

En este sentido, en caso de que no se obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas, el Estado deberá indemnizar los daños y perjuicios sociales, culturales y ambientales ocasionados. Al respecto, la Sentencia sobre el Caso Yakye Axa vs. Paraguay (2005), sobre la reparación integral de los pueblos indígenas, dispuso de forma inmediata la devolución de sus propiedad terrenales, también ordenó reparaciones e indemnizaciones de carácter no pecuniario.

La Declaración de las de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas en su artículo 28 estable:

1.-Sobre la reparación de los pueblos indígenas o triviales, en primera vista. Busca la retribución económica en medida de los derechos vulnerados y de los daños causados, sin embargo, si no es cuantificable dicha vulneración de derechos se propenderá a buscar una indemnización equitativa que trate de reparar la propiedad y el uso de los mismos.

2. La Declaración de las de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas, indica que la restitución o indemnización radica en la devolución de los territorios, recursos minerales en las mismas condiciones que estaban, como por ejemplo, su extensión, calidad (p.12)

El derecho internacional dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una reparación efectiva cuando en el procedimiento de la consulta previa, libre e informada fue sin su consentimiento o incumplió con sus tres requisitos esenciales, es decir, previa, libre e informada. Este derecho de

reparación implica el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, la reparación del perjuicio tiene distintas formas, como restitución e indemnización.

En este sentido, para Clara y Ramírez (2018) los pueblos indígenas tienen derecho a recibir una reparación, siempre que:

- Cuando se prive de algún derecho o se afecte a la propiedad privada de los pueblos indígenas o triviales, sin obtener su consentimiento libre, previo e informado o cuando por actuar de Estado, produzca la violación de su normativa jurídica, o perjudique a sus tradiciones y también costumbres, o afecte a sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales; el Estado deberá indemnizar y reparar el daño causado intentando devolver estos derechos en la misma medida que estaban antes de ser vulnerados.
- Otro punto muy importante a tratar, es sobre la vulneración de sus medios de subsistencia y de desarrollo, en este sentido el Estado debe precautelar estos derechos que van conexos con la vida y la salud de todos los habitantes de las comunidades indígenas o triviales.
- De igual manera, el Estado debe precautelar que no se afecte los recursos que nacen de los territorios que vienen en ocupación, posesión y utilización de los pueblos indígenas, en el caso que se vulnere este derecho, el Estado deberá indemnizar de manera onerosa el daño causado. (p. 17)

Las autoridades administrativas son responsables de implementar normativas que protejan los derechos territoriales ancestrales, costumbres y los recursos naturales de los pueblos indígenas; así como también la implementación y existencia de mecanismos administrativos efectivos para proteger y garantizar sus estos derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen los derechos de los pueblos indígenas respecto del dominio de sus propiedades, de igual manera la implementación de procedimiento efectivos, rápidos y especiales para resolver las reclamos o quejas que se generen.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece:

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados, los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. (p.7)

Se deben instaurar regulaciones de índole regresiva en beneficio de los derechos territoriales pertenecientes a los pueblos indígenas como trivales, labor que está encomendada por mandato constitucional a los asambleístas y demás autoridades administrativas. En este sentido, los organismos internacionales consagran estos derechos y sugieren a los Estados evitar la promulgación de normas que reviertan la adopción de los derechos de los pueblos indígenas como son su titulación, restitución y sus propiedades ancestrales.

CONCLUSIONES

- Los pueblos indígenas tradicionalmente han sido excluidos, mediante la consulta previa, libre e informada se reconoce la necesidad de su participación para la formulación y aprobación de las decisiones del Estado en relación con los asuntos que pueden vulnerar sus derechos.
- El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas actualmente es un mecanismo de democracia por parte del Estado la misma que se transforma en una manifestación de justicia y sobre todo una reivindicación de la sociedad hacia dichos pueblos indígenas. Por otra parte, se viabiliza el ejercicio de la autodeterminación de su desarrollo y subsistencia.
- La consulta previa libre e informada se encuentra reconocida por nuestra Constitución de la República y por los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin

embargo, no existe normas internas que regulen el procedimiento de la consulta. De igual manera, el alcance y límites de la consulta previa, libre e informada, se encuentra regulados en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estos instrumentos internacionales son la pauta para regular la normativa nacional.

- La Constitución de la República garantiza la consulta en su artículo 57 numerales 7 y 17, la primera, conlleva una dualidad de alcances, el primero es, la consulta previa libre e informada y de plazo razonable en lo referente a planes y programas de explotación y comercialización de recursos no renovables de propiedad de las tierras de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que puedan afectar sus derechos colectivos o individuales. La segunda, es la consulta previa libre e informada previo a adoptar una medida legislativa que pueda afectar sus derechos.
- Mediante las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en referencia a la sentencia en el caso Sarayacu vs. Ecuador, emite un precedente jurisprudencial a nivel nacional e internacional para el ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada, dentro de ella se define los objetivos y alcance de los procesos de consulta y se determina las obligaciones del Estado para el ejercicio pleno de este derecho, que incluye la obligatoria consulta a todo pueblo, comunidad o nacionalidad indígena o afro ecuatoriana.

Bibliografía

- Abad, J. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales –CDES–.
- Aguilar, G. (2007). *Dinámica internacional de la cuestión indígena, Librotecnia*,. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Aparicio, M. (2008). *Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el Derecho en la constitución 2008*. Quito: Abya-Yala.
- Ávila, M. (2015). *Consulta previa: normas para la tutela judicial efectiva en Ecuador*. Avila: Tesis (Maestría en Derecho Procesal). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la Consulta Previa, Libre e Informada*. Quito.: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, Fundación Konrad Adenauer.
- Clara , M., & Ramírez, A. (2018). *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Washington,: DPL Due Process of Law Foundation.
- Clavero, B. (s.f.). *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, N. U. (1996). *Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “*
- Constitución del Ecuador. (2008). *Decreto Legislativo, registro oficial 449, 20 de octubre 2008*. Quito.
- Convenio OIT. (1999). *publicado en el Registro Oficial 206 de 07 de junio de 1999*.
- Declaración de las Naciones Unidas. (2006). *Resolución aprobada por la Asamblea General (A/61/L.67 y Add.1) el 29 de junio de 2006*.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2011). *Informe temático la consulta previa un derecho de participación*. Quito.
- Eguiguren , F. (2016). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa*. Pensamiento Constitucional; Vol. 21, Núm. 21.
- Gajardo , J. (2015). *Pueblos indígenas*. España: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad.
- OEA. (2019). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Obtenido de [http:// cidh.org/countryrep/Tierras Indigenas2009/ Cap.I-II.htm](http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.I-II.htm)
- OIT. (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

- OIT. (2009). *Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT (PRO169). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.
- Relator Especial. (2010). *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Quito.
- Sentencia, Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Junio de 2005). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- Sentencia, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (Corte IDH 29 de Marzo de 2006).
- Sentencia, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. (Corte IDH 27 de Junio de 2012). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acceso: 16 de noviembre de 2012.
- Sentencia., Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. (Corte IDH 28 de Noviembre de 2007).
- Stavenhagen, R. (1992). *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*. Distrito Federal, México.: Nueva Antropología XIII. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15904308>
- Trujillo, C. (2013). *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Unidas., R. e. (2009). *Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos*.

