



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS”

TESIS, PREVIA A LA OBTENCIÓN DE TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR:

PABLO JAVIER RIVADENEIRA TORRES

DIRECTOR:

DR. ELÍ OBALDO JIMÉNEZ SOTO MG.SC.

LOJA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

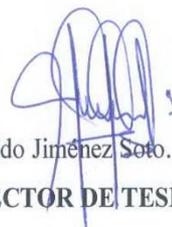
DR. ELÍ OBALDO JIMÉNEZ SOTO, MG.SC.

DIRECTOR DE TESIS DE LA CARRERA DE DERECHO DEL PLAN DE CONTINGENCIA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que el presente Trabajo de Titulación titulado “ **INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS**”, desarrollado por Pablo Javier Rivadeneira Torres ha sido elaborado bajo mi dirección y cumple con los requisitos de fondo y de forma que exigen los respectivos reglamentos e instituciones. Por ello autorizo su presentación y sustentación.

Loja, octubre del 2016



Dr. Elí Obaldo Jiménez Soto. MG.SC

DIRECTOR DE TESIS

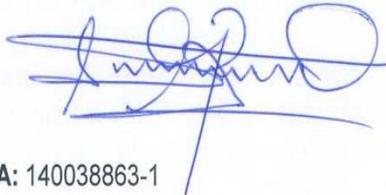
AUTORÍA

Yo, **PABLO JAVIER RIVADENEIRA TORRES**, declaro ser autor del presente trabajo de Titulación y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi trabajo de Titulación en el repositorio institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: Pablo Javier Rivadeneira Torres.

FIRMA:

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Pablo Javier Rivadeneira Torres', written over a horizontal line.

CÉDULA: 140038863-1

FECHA: Loja, octubre del 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Pablo Javier Rivadeneira Torres, declaro ser autor del Trabajo de Titulación titulado: **“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS”**, como requisito para la obtención del Título de Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visualización de su contenido que constará en el Repositorio Digital Institucional. Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los cinco días del mes de octubre del 2016, firma el autor.

FIRMA:



AUTOR: Pablo Javier Rivadeneira Torres

CÉDULA: 1400388631

DIRECCIÓN: Macas, Barrio Juan de la Cruz, calle Gabino Rivadeneira

CORREO ELECTRÓNICO: javier.riva1979@hotmail.com

TELÉFONO: 2700310 **CELULAR:** 0991899327-0988182515

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Elí Obaldo Jiménez Soto. mg.sc

TRIBUNAL DEL GRADO:

Dr. Igor Vivanco Muller. Mg.Sc. (Presidente)

Dr. Darwin Quiroz Castro. Mg.Sc. (Miembro)

Dr. Byron Enrique Pinto. Mg.Sc. (Miembro)

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico con mucho cariño a toda mi familia, en especial a mis queridos padres, Pablo Rivadeneira Rivadeneira y Olga Eufemia Torres Granda, pilares fundamentales en mi vida, quienes me han brindado el apoyo y el aliento incondicional durante todos estos años de estudio Universitario.

Pablo Javier Rivadeneira Torres

AGRADECIMIENTO

Una vez terminado el presente trabajo de investigación jurídica, quiero agradecer con eterna gratitud a la prestigiosa Universidad Nacional de Loja, al Área del Plan de Contingencia de la modalidad de estudios a distancia, a la Carrera de Derecho, por haberme permitido culminar mis estudios superiores, a todos los catedráticos, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Elí Obaldo Jiménez Soto, Tutor de la Tesis , quien me asesoró con sus valiosos conocimientos durante todo el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica hasta su culminación.

Pablo Javier Rivadeneira Torres

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CONTENIDO

PORTADA

CERTIFICACIÓN DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

CATA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1 ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

7. DISCUSIÓN

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 PROPUESTA DE ENMIENDA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1.- TÍTULO

“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS”.

2.- RESUMEN

En el Ecuador, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales existentes, el Estado tiene la obligación de consultar a las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, ante cualquier adopción, decisión o autorización estatal que pueda afectarles ambiental o culturalmente. Históricamente este derecho fue reconocido en el Ecuador el 24 de abril de 1998 e introducido en la Constitución del mismo año y ratificado en la Constitución del 2008, con aquella y esta normativa actual se pretende garantizar los derechos colectivos de todas las comunidades, pueblos y nacionalidades existentes en el Ecuador, derechos tales como, el de la consulta previa, libre e informada establecido en el Art 57.- numeral 7, de la actual Constitución, el mismo que dice.

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y 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.¹

¹CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 47

No obstante, este importante derecho, debido a que su aplicación ha sido continuamente eludida por los gobiernos de turno, ha generado diversos conflictos sociales y ambientales entre el Estado y estos grupos, los mismos que buscan el control de los recursos por un lado y el respeto de los derechos colectivos y las formas tradicionales de vida, por otro.

ABSTRACT

In Ecuador, in accordance with existing international and national standards, the State has the obligation to consult the communities peoples and indigenous nationalities, before any adoption, decision or a State authorization that may affect them environmental or culturally. Historically this right was recognized in the Ecuador on 24 April 1998 and introduced in the Constitution of that year and ratified the Constitution in 2008, with that and the current regulations is intended to ensure the collective rights of all communities, peoples and nationalities existing in Ecuador, rights such as, of the free, prior, and informed consultation laid down in Art 57.-paragraph 7, of the current Constitution, it says.

It recognizes and ensure communities, communities, peoples and indigenous nationalities, in accordance with the Constitution and the Covenants, conventions, declarations and other international instruments on human rights, collective rights: (...)."Paragraph ,7Free, prior and informed consultation, within a reasonable time, on plans and programmers of prospection, exploitation and commercialization of non-renewable resources which are on their land and that may affect them environmental or culturally; participate in the benefits of such projects and compensation for the social, cultural and environmental damages that cause them. The consultation undertaken by the competent authorities will be compulsory and timely. If it does not receive the consent of the community consulted, shall be in accordance with the Constitution and the law.

However, this important right, because its application has been continuously circumvented by the different Governments, has generated various environmental and social conflicts between the State and these groups,

those who seek control of the resources on the one hand and respect for collective rights and traditional ways of life, on the other.

3.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo titulado **“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS”** lo he seleccionado en vista que el derecho a la consulta previa libre e informada a pesar de estar normado internacionalmente en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y ratificado en nuestra actual Constitución, no se la realiza cumpliendo estrictamente lo especificado en el Art. 57 núm. 7, en el sentido de que al ser previa (debe ser antes de cualquier plan o programa de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables), libre (sin presión alguna), informada (con datos reales) lo que conlleva a la vulneración de derechos, más aún, si se aplica la última parte del artículo en mención el cual faculta de todas formas al estado proceder de acuerdo a la Constitución y la Ley, si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada.

El presente trabajo lo he estructurado de la siguiente manera:

Revisión de Literatura, la misma que está constituida por el Marco Conceptual en el cual se indago todo lo referente a los conceptos o nociones básicas de Derecho, Derechos colectivos y Derecho a la consulta previa; en el Marco Doctrinario se analizó las diferentes Doctrinas tales como; El Derecho a la Consulta Previa en el Ecuador, escrita por David Chávez colaborador del Observatorio de Derechos Colectivos del Ecuador. También, La Consulta Previa desde el Sentir de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, escrita por Verónica Yuquilema Yupanguí, miembro del equipo jurídico de La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, y La Consulta Previa, Legislación y

Aplicación, desarrollada por Patricia Carrión, colaboradora de la Fundación Konrad Adenauer, finalmente en el Marco Jurídico se efectuó un estudio integral de la normatividad vigente relacionada con el proceso de consulta previa, iniciando por la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Ley de Gestión Ambiental, Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y entrevista aplicadas a una población determinada de funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, entre otros, de la ciudad de Macas, cantón Morona, Provincia de Morona Santiago.

En los Resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrando la información con su respectivo gráfico, interpretación y comentario del autor.

En la Discusión hago un análisis crítico a la problemática investigada, se verificaron los objetivos planteados en el proyecto de tesis, y se fundamentó jurídicamente la propuesta de enmienda. En la parte final del Informe se presentan las conclusiones, recomendaciones y propuesta de enmienda jurídica.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA.

Marco conceptual.

Conceptos básicos de Derecho.

Primeramente, es necesario partir de una concepción general, de lo es el Derecho, para lo cual he creído conveniente citar a Guillermo Cabanellas que, en su DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, expresa que el Derecho “*proviene del latín director, directo; de dirigere, enderezar o alinear. Y lo define como la facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia del otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal*”.²

Según la página web Definicion.de:

La palabra derecho proviene del término latino directum, que significa “lo que está conforme a la regla”. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad. A la hora de hablar de derecho es fundamental que establezcamos cuáles son sus fuentes. En este sentido, tenemos que subrayar que sus citadas fuentes pueden determinarse, de manera general, en tres grandes categorías:

Las reales, que son las que vienen a establecer lo que es el contenido de una ley en cuestión.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta. Argentina, 2007, pp. 119-120.

Las históricas, que son todos aquellos documentos antiguos que se emplean para referirse a los que tienen el contenido de una ley.

Las formales, que son las que se definen como todas aquellas acciones realizadas por distintos entes (individuos, Estado, organismos...) para proceder a crear lo que es la ley. Dentro de dicha categoría nos encontramos a su vez con la jurisprudencia, los tratados internacionales, la costumbre.

Además de todo lo expuesto hay que determinar que de manera habitual el derecho se clasifica en lo que son tres grandes ramas:

Derecho Social. Bajo dicha denominación se engloban todas aquellas normas jurídicas que tienen como claro objetivo conseguir que los ciudadanos vivan en una sociedad en convivencia. Es decir, se trata de las normas que dan forma al ordenamiento jurídico y que están a favor de esa citada sociedad lo que supone que dentro de esta clasificación esté el derecho sindical o el derecho del trabajo.

Derecho Privado, es el que determina las relaciones jurídicas entre personas legales sin que ninguna ejerza como autoridad estatal. Ejemplo de ello es el Derecho Civil.

Derecho Público. Regula las relaciones entre los órganos del poder público y los individuos o las entidades de carácter privado. Ejemplos: Derecho Procesal, Derecho Penal.³

³ Definición de derecho. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/derecho/>

En general el Derecho se lo puede definir como la potestad propia que tiene una persona para realizar o no una cierta conducta. También como el conjunto de normas jurídicas, creadas por el estado para regular la conducta de los hombres, en definitiva, el Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es otorgar a todos los miembros de la sociedad, seguridad, igualdad, libertad y justicia.

Derecho Colectivo.

La página web Wikipedia, manifiesta que los

Derechos colectivos son los derechos cuyo sujeto no es un individuo (como es el caso de los derechos individuales), sino un conjunto, colectivo o grupo social. Mediante esos derechos se pretende proteger los intereses e incluso la identidad de tales colectivos. Se definieron a partir del derecho de autodeterminación, y se engloban en los llamados "derechos de tercera generación", según la teoría de las tres generaciones de derechos humanos ⁴

Los derechos colectivos, son aquellos, cuyos beneficios, no son para personas individuales, sino para el conjunto de personas que habitan en un lugar determinado. Estos derechos son parte de los llamados derechos de tercera generación cuyo reconocimiento fue posterior a la de los derechos civiles y políticos (primera generación) y a la de los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación). Algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo que permita una vida digna, a la

⁴ Derecho. (2015, 6 de noviembre). *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 23:06, noviembre 15, 2015 desde <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Derecho&oldid=86556421>.

paz, a un medio ambiente sano, entre otros. Es importante recalcar que los derechos colectivos si bien abarca una considerable cantidad derechos, tienden a referirse a grupos más específicos, propios de quienes lo integran, como los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en los casos de contaminación, los derechos son colectivos porque los daños suelen comprometer la vida, la salud y el bienestar de un grupo importante de individuos, y si el problema es grave, afectará a las generaciones que habiten esa zona en el futuro.

Consulta Previa.

Existen diversas definiciones sobre la Consulta Previa, que los diferentes grupos de interés sostienen, cada quien de acuerdo a sus propios intereses y convicciones. Según Cátedra Viva Intercultural, espacio que viene siendo manejado por la Universidad del Rosario como una contribución al reconocimiento de la identidad, la consulta previa es:

El derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

Se fundamenta en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al 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*⁵

La Consulta Previa no cuenta con una definición oficial, mientras que las entidades estatales consideran a la Consulta como un simple “acto informativo” de las decisiones tomadas por el gobierno, las organizaciones indígenas reiteran su posición de que una verdadera consulta requeriría de “la aprobación o no”, de los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y de las medidas legislativas tomadas por el gobierno. Posición, la cual personalmente comparto, ya que el objetivo de la consulta no es informar, si no es de consultar previamente a los sujetos involucrados o sea a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para luego de eso obtener o no su consentimiento.

Prospección, explotación y comercialización.

Prospección.

La palabra prospección *es una noción que tiene su raíz etimológica en prospectio, un vocablo latino.*

El término se emplea para nombrar al estudio de un terreno para conocer sus características y analizar la posible presencia de recursos subterráneos, como petróleo, minerales u otros.

⁵ Universidad del Rosario. (s.f.). *Linea de investigacion en derecho ambiental*. Recuperado el 6 de Agosto de 2015, de Que es la consulta previa: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>

La prospección de superficie consiste en estudiar aquello que está a la vista, mientras que la prospección del subsuelo implica realizar trabajos para acceder a lo que se encuentra debajo del suelo.

Estas prospecciones, en definitiva, suponen un registro del terreno. De acuerdo a los resultados que arroja la investigación, se decide si vale la pena realizar una excavación.⁶

La prospección es una exploración que se realiza en un terreno determinado con el fin de descubrir la existencia de yacimientos geológicos, petróleo, minerales, agua u otra cosa. En ocasiones, la prospección prevé que no hay cosas de valor en las tierras en cuestión y que, por lo tanto, desarrollar una excavación (con los costos que eso implica) no tiene justificación.

Explotación

La definición de explotación es procedente del francés exploiter (que puede traducirse como “sacar provecho”)

Explotación es el proceso y el resultado de explotar. Refiere a apropiarse de las ganancias o beneficios de un sector industrial o de una actividad comercial, y a abuso de las cualidades de un individuo o de un contexto. En el ámbito de la economía, la explotación refiere a todas aquellas actividades interrelacionadas que posibilitan obtener recursos de una cierta fuente. En este sentido, puede hablarse de explotación minera (para obtener minerales),

⁶ Definición de prospección. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/prospeccion/>

explotación agrícola (vinculada a las plantaciones), explotación ganadera (bovina, porcina, etc.) o explotación pesquera (relacionada con las especies acuáticas).

En este caso solo definiremos al término explotación minera

La explotación minera, por lo tanto, es el conjunto de las actividades socioeconómicas que se llevan a cabo para obtener recursos de una mina (un yacimiento de minerales). Las explotaciones mineras pueden dividirse en dos grandes tipos: minas a cielo abierto o minas subterráneas. En las minas a cielo abierto, la extracción se realiza con grandes máquinas sobre la superficie del terreno. En las minas subterráneas, en cambio, las labores se llevan a cabo debajo de la superficie, principalmente con trabajo manual ya que las grandes máquinas no pueden ingresar en los túneles.⁷

En el ámbito de la economía, la explotación representa a todas aquellas actividades interrelacionadas que posibilitan obtener recursos de una cierta fuente, en nuestro caso, la fuente de explotación sería la de los recursos no renovables que existen en el suelo, como por ejemplo la explotación minera, esta explotación consiste en dinamitar montañas y otras actividades semejantes para llegar a los yacimientos y obtener los recursos. Existen dos tipos de minería, la de cielo abierto y las subterráneas, la primera es la más perjudicial ya que las actividades de extracción se realizan con grandes máquinas sobre la superficie del terreno. En las minas subterráneas, en cambio, los trabajos se llevan a cabo debajo de la superficie, primordialmente con trabajo manual, ya que las grandes

⁷ Definición de explotación minera. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/explotacion-minera/>

máquinas no pueden ingresar en los túneles. En cualquiera de los casos cuando ya no quedan minerales en las canteras, éstas son abandonadas.

Comercialización

Comercialización es la acción y efecto de comercializar (poner a la venta un producto o darle las condiciones y vías de distribución para su venta). La página web Definiciones. De, manifiesta que:

El término comercio proviene del concepto latino commercium y se refiere a la transacción que se lleva a cabo con el objetivo de comprar o vender un producto. También se denomina comercio al local comercial, negocio, botica o tienda, y al grupo social conformado por los comerciantes. El comercio, en otras palabras, es una actividad social y económica que implica la adquisición y el traspaso de mercancías. Quien participa de un acto de comercio puede comprar el producto para hacer un uso directo de él, para revenderlo o para transformarlo. En general, esta operación mercantil implica la entrega de una cosa para recibir, en contraprestación, otra de valor semejante. El medio de intercambio en el comercio suele ser el dinero.⁸

La comercialización no es más que la actividad socioeconómica que consiste en la compra y venta de bienes y servicios, sea para su uso, para su venta o su transformación.

⁸ Definición de comercialización. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/comercio/>

Recurso natural no renovable

La página web Wikipedia, lo define como:

Se considera recurso no renovable a un recurso natural que no puede ser producido, regenerado o reutilizado a una escala tal que pueda sostener su tasa de consumo. Estos recursos frecuentemente existen en cantidades fijas o son consumidos mucho más rápido de lo que la naturaleza puede recrearlos. Algunos de los recursos no renovables son: el petróleo, los minerales, los metales, el gas natural y los depósitos de agua subterránea (siempre que sean acuíferos confinados sin recarga).⁹

Los recursos naturales no renovables son bienes y servicios que brinda la naturaleza de forma directa (es decir, sin que sea necesaria la intervención humana).

Estos recursos pueden dividirse entre los recursos renovables (que pueden regenerarse siempre que la explotación no sea excesiva) y los recursos no renovables o recursos agotables los cuales inevitablemente, se acabarán en algún momento ya que no resulta posible producirlos, cultivarlos o regenerarlos para sostener su tasa de consumo.

Esto quiere decir que el consumo de los recursos no renovables es superior a la capacidad de la naturaleza para recrearlos.

⁹ Recurso no renovable. (2015, 26 de octubre). *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 02:13, noviembre 10, 2015 desde https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Recurso_no_renovable&oldid=86129237.

Impacto ambiental.

La página web Definiciones. De, manifiesta que:

El impacto ambiental es el efecto causado por una actividad humana sobre el medio ambiente. La ecología, que estudia la relación entre los seres vivos y su ambiente, se encarga de medir dicho impacto y de tratar de minimizarlo. El concepto de impacto ambiental podría utilizarse para hacer mención a las consecuencias de un fenómeno natural (como un tsunami o un terremoto), aunque dicha aceptación es poco frecuente. Lo habitual es que la noción se use para nombrar a los efectos colaterales que implica una cierta explotación económica sobre la naturaleza. Esto quiere decir que una empresa puede crear puestos de empleo y resultar muy rentable desde el punto de vista económico, pero a la vez destruir el medio ambiente de las zonas aledañas de su fábrica. El impacto ambiental, por lo tanto, puede tener consecuencias sobre la salud de la población, la calidad del aire y la belleza paisajística.

En base al tiempo que dura su efecto en un lugar determinado se pueden establecer cuatro tipos diferentes de impacto:

Persistente. En este grupo se encuentran los que tienen una influencia a lo que sería largo plazo.

Temporal. Como su propio nombre indica, es la clase de impacto ambiental que realmente no crea unas consecuencias grandes, lo que supone, por tanto, que el medio se pueda recuperar de manera relativamente rápida.

Reversible. A consecuencia del mencionado impacto, el medio se puede recuperar de los daños sufridos, en un tiempo más

o menos corto, pero puede ocurrir que quizás no llegue a estar del todo como se encontraba anteriormente a que tuvieran lugar los hechos.

Irreversible. En este caso, como su nombre indica, es aquel impacto ambiental que tiene tanta trascendencia y gravedad que impide por completo que un escenario pueda recuperarse de los daños que él ha causado.¹⁰

El impacto ambiental es un cambio o una alteración en el medio ambiente, siendo una causa o un efecto debido a la actividad y a la intervención humana. Este impacto puede ser positivo o negativo. El impacto negativo: representa una ruptura en el equilibrio ecológico, causando graves daños y perjuicios en el medio ambiente, así como en la salud de las personas y demás seres vivos. La gran mayoría de las actividades económicas implica y conlleva un impacto ambiental. (Por ejemplo, una planta hidroeléctrica, una mina o un yacimiento petrolero) causan un impacto ambiental ya que los desechos y los residuos de las industrias son generalmente desechados o eliminados de tres maneras: en el agua, en la atmósfera o en áreas aisladas.

El impacto ambiental positivo: es el resultado de una regla, una norma o medida que es beneficiosa para el medio ambiente. La restauración o la recuperación de los ríos y de los bosques tienen un impacto ambiental positivo. La construcción de una presa también puede tener un impacto positivo en la fauna y en la flora de una región determinada.

¹⁰ Definición de impacto ambiental. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/impacto-ambiental/>

Afectación cultural.

El termino afectar significa: ocasionar daño o menoscabo material o moral a una persona o cosa, perjudicar, influir desfavorablemente.

Según la página web Definiciones. De

El término cultura, que proviene del latín cultus, hace referencia al cultivo del espíritu humano y de las facultades intelectuales del hombre. Su definición ha ido mutando a lo largo de la historia: desde la época del Iluminismo, la cultura ha sido asociada a la civilización y al progreso. En general, la cultura es una especie de tejido social que abarca las distintas formas y expresiones de una sociedad determinada. Por lo tanto, las costumbres, las prácticas, las maneras de ser, los rituales, los tipos de vestimenta y las normas de comportamiento son aspectos incluidos en la cultura. La cultura también puede diferenciarse según su grado de desarrollo: primitiva (aquellas culturas con escaso desarrollo técnico y que no tienden a la innovación), civilizada (se actualiza mediante la producción de nuevos elementos), pre-alfabeta (no ha incorporado la escritura) y alfabeta (utiliza tanto la lengua escrito como el oral).¹¹

Una vez que hemos definido los términos afectación y cultura, podemos decir que la afectación cultural se refiere a los posibles daños y perjuicios que una comunidad tendría en sus elementos los mismos que son: Materiales: (tierra, materias primas, fuentes de energía, herramientas, utensilios, productos naturales y manufacturados). De organización: (Son las formas de relación social sistematizadas, a través de las cuales se hace posible la participación de los miembros del grupo). De conocimiento (Son

¹¹ Definición de cultura. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, agosto 6, 2014 desde <http://definicion.de/cultura/>

las experiencias asimiladas y sistematizadas que se elaboran, se acumulan y transmiten de generación a generación y en el marco de las cuales se generan o incorporan nuevos conocimientos). Simbólicos (Son los diferentes códigos que permiten la comunicación necesaria entre los participantes en los diversos momentos de una acción. El código fundamental es el lenguaje, pero hay otros sistemas simbólicos significativos que también deben ser compartidos para que sean posibles ciertas acciones y resulten eficaces. Emotivos (que también pueden llamarse subjetivos. Son las representaciones colectivas, las creencias y los valores integrados que motivan a la participación y/o la aceptación de las acciones: la subjetividad como un elemento cultural indispensable).

Indemnización.

Según el diccionario jurídico elemental escrito por Guillermo Cabanellas, indemnización significa” *Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; Suma o cosa con que se indemniza; En general, reparación; Compensación; Satisfacción.*”¹²

En pocas palabras podríamos decir que el término indemnización significa reparar los daños y perjuicios ocasionados.

Consentimiento.

La página web definicion.de, en lo referente al consentimiento expresa lo siguiente

Para el ámbito del derecho, el consentimiento se entiende como la voluntad manifiesta (ya sea de carácter tácito o expreso) de un mínimo de dos individuos para aceptar y reconocer obligaciones y

¹² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta. Argentina, 2007, pp. 202.

derechos de diversa índole. Respecto a un contrato, el consentimiento es la conformidad que las partes involucradas expresan en relación a sus contenidos.

Claro que para que el consentimiento sea válido desde el punto de vista jurídico, es necesario que se cumplan ciertos requisitos. El sujeto, como primer punto, debe tener capacidad de obrar (por eso, en muchos casos los menores de edad y los discapacitados mentales no pueden dar consentimiento).

El consentimiento, por otra parte, no es válido cuando se consigue a través del uso de la fuerza o intimidación, o cuando se detecta un error grave en la apreciación de los hechos.¹³

El consentimiento es el acto y resultado de consentir (es decir, aprobar la concreción de algo, otorgar, permitir, etc.). La idea de consentimiento, de acuerdo al significado del término, implica admitir, tolerar o soportar una determinada condición.

Inobservancia.

La palabra inobservancia procede del latín inobservantía. En derecho se podría decir que la inobservancia es la falta de observancia o cumplimiento de una ley, norma o una orden. También se podría decir que es el incumplimiento, omisión de proceder conforme a lo preceptuado. Como sinónimos de este término tenemos las siguientes expresiones. Incumplimiento, contravención, desobediencia, violación, quebrantamiento, omisión, vulneración, falta, infracción. En definitiva, podríamos decir que la inobservancia en derecho es ir en contra de una ley o norma o no cumplirla.

¹³ Definición de consentimiento. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, noviembre 6, 2014 desde <http://definicion.de/consentimiento/>

Vulneración.

Para analizar este concepto es necesario aclarar que la palabra vulneración, viene del término vulnerar, según la página web Definición. De., conceptúa al término vulnerabilidad de la siguiente manera.

El primer paso para analizar a fondo el término vulnerabilidad es proceder a determinar su origen etimológico. En este caso, tenemos que resaltar que dicha palabra emana del latín pues está conformada por tres partes latinas claramente diferenciadas: el sustantivo vulnus, que puede traducirse como “herida”; la partícula –abilis, que es equivalente a “que puede”; y finalmente el sufijo –dad, que es indicativo de “cualidad”. De ahí que vulnerabilidad pueda determinarse como “la cualidad que tiene alguien para poder ser herido”.

Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable (que es susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente). El concepto puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Las personas vulnerables son aquellas que, por distintos motivos, no tienen desarrollada esta capacidad y que, por lo tanto, se encuentran en situación de riesgo¹⁴.

La palabra vulneración jurídicamente hablando no es más que la trasgresión, quebrantamiento, incumplimiento, omisión, violación etc. de

¹⁴ Definición de consentimiento. (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, noviembre 6, 2014 desde <http://definicion.de/vulnerabilidad/>

derechos, lo que conlleva a causar un daño o perjuicio ya sea físico, moral, ambiental o culturalmente a alguien o algo.

Derecho Constitucional

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental de fine al Derecho Constitucional como la *“Rama del Derecho Político, que comprende las leyes fundamentales del Estado que establece las formas de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos”*¹⁵

La rama del derecho encargada de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado se conoce como Derecho Constitucional. Estos derechos están plasmados en la Constitución (texto jurídico-político) que fundamenta el ordenamiento del poder político y gozan de un status especial en lo que se refiere a garantías dentro de un ordenamiento político y jurídico, por lo tanto, deben ser estrictamente cumplidos y respetados íntegramente.

En el sentido jurídico, hace referencia al conjunto de normas que establecen las bases de un ordenamiento jurídico de un Estado, especialmente la organización de los poderes públicos y sus competencias, los fundamentos de la vida económica y social, los deberes y derechos de sus ciudadanos.

La Constitución o carta magna es la norma suprema de un país, por lo que prevalece sobre cualquier otra normativa o ley.

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta. Argentina, 2007, pp. 121.

MARCO DOCTRINARIO.

En lo referente a la consulta previa, David Chávez colaborador del Observatorio de Derechos Colectivos del Ecuador en su parte pertinente expone lo siguiente.

Consulta Previa en el Ecuador.

El derecho a la consulta previa, libre e informada fue reconocido en el Ecuador el 24 de abril de 1998 cuando el Congreso Nacional, mediante resolución legislativa publicada en el R.O. 304, aprobó el Convenio 169 de la OIT, el mismo que fue ratificado por el Presidente de la República mediante el Decreto Ejecutivo 1387 publicado en el R.O. 311 del 6 de mayo de 1998. Posteriormente, este derecho fue incluido en la Constitución de 1998 y ratificado en la del año 2008. La aprobación de la actual Constitución tiene como antecedente importante, en el marco del desarrollo internacional de los derechos colectivos, la promulgación en el 2007 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Este proceso reviste una particular importancia porque, de una parte, recoge las demandas del movimiento indígena ecuatoriano respecto a este y otros derechos colectivos; y, por otra, incorpora el desarrollo que estos derechos habían adquirido en el ámbito internacional expresado en el Convenio No. 169 de la OIT de 1989, que marcó un punto de inflexión en relación con la tendencia “asimilacionista” que había prevalecido hasta su promulgación y la Declaración de Naciones Unidas que profundiza el contenido del Convenio No. 169.

No obstante, este reconocimiento, su aplicación ha estado marcada constantemente por situaciones de conflictividad con las comunidades y pueblos afectados por las decisiones del Estado que deberían someterse a procesos de consulta. De hecho, la conflictividad ha determinado una respuesta siempre reactiva del Estado, lo que ha provocado soluciones parciales, desordenadas y coyunturales que no dan cuenta de su obligación para garantizar y proteger el ejercicio de este derecho.¹⁶

En el Ecuador el derecho a la consulta previa fue reconocido el 24 de abril de 1998, incluido en la Constitución del mismo año y ratificado en la Constitución del 2008 con algunos avances en lo referente a los derechos Individuales y colectivos. Estos avances incluso permitieron el reconocimiento de la naturaleza con sujeto de derechos. Uno de estos avances tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la consulta previa que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas, afros ecuatorianos y montubios frente a una adopción de una medida legislativa que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos. Por lo demás, se ratifica tanto el derecho de consulta previa frente a proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en territorios de pueblos y nacionalidades, como el derecho de consulta frente a toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambientalmente, los cuales habían sido reconocidos en la Constitución anterior. El derecho a la consulta previa, libre e informada está reconocido en el artículo 57 de la actual Constitución del Ecuador como uno de los derechos colectivos. Este reconocimiento establece claramente dos tipos de consulta, una para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras (núm. 7); y, otra previa a la adopción de medidas legislativas (núm. 17).

¹⁶ CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Documento de sitio web, "CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR". Disponible en: <http://cdes.org.ec/web/>

La Consulta Previa desde el sentir de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas.

Verónica Yuquilema Yupangui, miembro del equipo jurídico de La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, en su obra denominada la Consulta Previa desde el sentir de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas expone lo siguiente.

Desde la década de los 60 en el Ecuador, las empresas multinacionales extractivas se han acumulado en la Amazonía de nuestro país, con la finalidad de explotar los recursos naturales existentes. Con esto, los gobiernos de turno apostaban a erradicar la “pobreza” no sólo de la zona en la que se llevaría la extracción, sino de todo el Ecuador, sin embargo, la utopía occidental del “desarrollo” hasta la fecha no ha dado más que contaminación y muerte tanto de la Pacha mama como de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Uno de los ejemplos de contaminación ambiental más grandes de la historia dentro del Ecuador, es precisamente el Caso Texaco, que luego de litigar durante 28 años en tribunales de Estados Unidos como en Ecuador, en el año 2011 la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos sentenció en contra de la empresa Chevron Texaco y le condenó a pagar 9.500 millones de dólares por los daños ambientales producidos. Además, Chevron Texaco debía pedir disculpas públicas a los habitantes de Sucumbíos y Orellana por los daños irreparables producidos, dentro de 15 días plazo luego de la sentencia emitida., lo cual fue incumplido, duplicando su sanción.

Esta sentencia sin duda es un precedente jurídico importante dentro de la historia y se convierte además en una muestra de los daños irreparables que provocan estas grandes transnacionales que aumentan sus recursos en desmedro de la madre naturaleza y las nacionalidades Sionas, Secoyas, Cofanes, Kichwas, Shuar y la población mestiza, mientras que el prometido desarrollo occidental (educación, salud, casa, carro, etc.) no se visibiliza.

Otro de los casos emblemáticos en Ecuador es el Caso Sarayaku. El Gobierno ecuatoriano entregó los territorios del Pueblo Kichwa Sarayaku a la empresa CGC, de forma inconsulta.

Estos dos procesos tienen como antecedente el irrespeto al derecho a la consulta previa, libre e informada prevista en la Constitución y en tratados internacionales suscritos por el Ecuador. Si bien, en el caso Chevron- Texaco no se litigó sobre el incumplimiento del derecho a la consulta previa ya que los daños ambientales eran evidentes, en el caso del Pueblo Kichwa Sarayaku tuvo como eje transversal la violación de este derecho, lo que deja ver es que la voz, los derechos y la concepción propia del Kawsay de los pueblos y nacionalidades indígenas no han sido considerados antes de llevar a cabo éstas actividades extractivas y demás políticas de Estado.

A pesar de que estos casos dejan una lección de las consecuencias atroces dejadas por la explotación del petróleo en la Amazonía ecuatoriana, el 5 de marzo de 2012, el Ecuador a través del Ministerio de Recursos No Renovables firmó un contrato de explotación de minería a gran escala con la empresa minera Ecuacorriente ECSA, y sin escuchar las opiniones de ninguno de los pueblos indígenas, ni mestizos ni campesinos de la Provincia de Zamora Chinchipe.

La muerte, las enfermedades, los derrames del que ahora son víctimas los pueblos indígenas, mestizos, campesinos; sin duda no hubiera ocurrido si nuestros gobernadores desde hace décadas hubieran escuchado el clamor de estos pueblos y se hubieran concientizado que la vida no sólo tiene un camino ni una forma de vivir, sino diversos, tantos como pueblos y nacionalidades existen en Ecuador. ¹⁷

Veintiséis años duró la concesión de Chevron (1964 y 1990) en la Amazonía ecuatoriana. Ese período estuvo marcado por las malas prácticas extractivistas que afectaron al entorno, a las personas, a las especies; alteraron tanto el ambiente que hasta desplazaron a poblaciones indígenas de sus territorios ancestrales. Con el solo objetivo de lograr la reparación de los daños causados por las operaciones de Texaco (Chevron), el 3 de noviembre de 1993, se planteó una demanda, ante una Corte Federal del Estado de Nueva York, de los Estados Unidos, bajo la figura de acción de clase. En ese entonces, y con el fin de evitar el proceso judicial, Chevron, adoptó dos líneas fuertes en su defensa. a) Impedir que el proceso judicial prospere. Para conseguir este objetivo firmó un contrato de remediación ambiental con el Estado ecuatoriano, y posteriormente, realizó acciones de supuesta limpieza en una parte del daño causado; finalmente el Estado, liberó a Texaco de toda responsabilidad. b) Pedir que el juicio sea trasladado a las Cortes ecuatorianas. Según la teoría de Chevron, el sistema judicial ecuatoriano era perfecto para procesar éste litigio. Luego de nueve años de batalla jurídica, se impuso la segunda línea de Chevron. Los jueces Federales del Estado de New York, el 16 de agosto

¹⁷ YUQUILEMA, Verónica. (1 de agosto de 2012). *www.inredh.org*. Recuperado el 7 de agosto de 2014, de La consulta previa desde el sentir de los pueblos y nacionalidades indígenas: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=286:la-consulta-previa&Itemid=126

del 2002, ordenaron que el juicio se traslade y sea procesado ante las Cortes Ecuatorianas, tal como Chevron lo pidió.

El 7 de mayo del 2003, los mismos afectados que habían comparecido ante los jueces de Nueva York comparecieron ante los jueces de la Corte de Justicia de Sucumbíos, con su demanda, en la cual solicitaron que la petrolera pague el costo de reparación de los daños ambientales, causados por las Operaciones de Chevron. Luego de ocho años de batalla judicial, Los jueces de la Corte provincial de Justicia de Sucumbíos, determinaron que Chevron es responsable del grave daño ambiental, cultural, social y humano causado por sus operaciones en la Amazonía Ecuatoriana.

En consecuencia, Chevron fue condenada a pagar más de 18.000 millones de dólares para reparar parte de los daños existentes en la selva Amazónica. Actualmente, Chevron hace todo lo posible para evitar pagar la sanción; cosa que es muy difícil para Chevron ya que es enormemente vulnerable en distintas partes del mundo; donde tiene considerables activos y existen jueces que van a aplicarla Ley como corresponde.

En el Caso Sarayaku. el Gobierno ecuatoriano entregó los territorios del Pueblo Kichwa Sarayaku a la empresa CGC , de forma inconsulta, ante lo cual la población de Sarayaku interpuso una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2003, posteriormente, el caso es llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y finalmente el 27 de julio de 2012 la Corte IDH resolvió el caso responsabilizando al estado por la violación de los derechos colectivos de este pueblo milenario.

Consulta Previa Legislación y Aplicación.

Patricia Carrión en su obra denominada consulta previa legislación y aplicación expone:

La construcción conceptual de los Estados-nación modernos ha permitido el fortalecimiento de un sentido de pertenencia de la sociedad en su conjunto a un espacio geopolítico definido con una identidad particularizada, restándole importancia a las sociedades con identidades diferentes (cholos, indios, montubios, afrodescendientes). En este contexto, a lo largo de la historia en Latinoamérica se establecieron normas (leyes y constituciones) con principios excluyentes que no reconocieron derechos a los pueblos -diferentes-, definiéndolos equivocadamente como minorías.

Estos hechos dieron lugar a las luchas sociales en Latinoamérica, especialmente de los movimientos indígenas por la reivindicación de sus derechos y su autodefinición como pueblos y nacionalidades, que se empiezan a materializar a partir de la década de los noventa, con la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales de los derechos colectivos. Uno de estos derechos es el de consulta previa, libre e informada, que es un soporte conceptual para el ejercicio de los demás derechos colectivos, cuyo reconocimiento, contenido y alcance se establece en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1999) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas, 2006).

En el caso ecuatoriano, a partir de la Constitución del Ecuador del año 2008, son varias las figuras jurídicas que recobran fuerza para la aplicación efectiva de derechos fundamentales como es el vivir en un ambiente sano, y otros derechos como la participación

ciudadana. En este nuevo contexto, el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades y pueblos indígenas afectados por una actividad económica, reviste un rol fundamental en la gestión ambiental.

La presente investigación busca evidenciar el contenido y alcance de este derecho, desde un enfoque de derechos humanos, asumiendo a la consulta como derecho colectivo, y como un derecho de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, en las decisiones administrativas y judiciales que puedan afectar a sus derechos humanos o territorios.

En Latinoamérica se han desarrollado varios procesos de consulta previa, organizados por el Estado y por las propias comunidades afectadas, que tienen diferentes implicaciones sociales y jurídicas, que ponen en tela de juicio la legitimidad de las mismas. En el caso del Ecuador no se ha llevado a cabo ningún proceso de consulta previa, libre e informada por parte del Estado, a pesar de ser un mandato constitucional. Sin embargo, la primera y única consulta comunitaria que hasta la fecha ha sido desarrollada en el Ecuador, particularmente en las parroquias Tarqui y Victoria del Portete, en la provincia austral de Azuay, fue seriamente cuestionada por el Estado ecuatoriano, por considerarla ilegítima.

Una de las grandes limitaciones en el ejercicio de este derecho es la inexistencia de normativa nacional que regule el proceso de consulta, lo cual además ha generado un debate interno y graves conflictos socioambientales, por la imposibilidad de ejercer este derecho por parte de las comunidades afectadas.

Ante todos estos planteamientos, se hace necesario hacer un análisis sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en el

*Ecuador, más aún cuando, a nivel gubernamental se plantea el inicio de actividades económicas definidas como estratégicas y de interés nacional, que van afectar los territorios de comunidades y pueblos.*¹⁸

El derecho de consulta previa libre e informada ha sido poco ejercido en el Ecuador, por falta de voluntad política de parte del Estado en hacer efectivo este derecho. Han existido pocas experiencias de consulta previa, libre e informada, con limitaciones e imprecisiones importantes, a pesar de la exigencia por parte de las comunidades y pueblos de realizar un proceso participativo, de acuerdo a las normas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y normativa nacional vigente.

Esta realidad, ha generado conflictos socioambientales, entre el Estado, las comunidades y las empresas, a partir de actos de la administración pública que afectan a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades, quienes no han sido debidamente consultados.

En este contexto, varias comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades de países de América Latina, han empezado procesos propios de consulta, en especial frente a los proyectos de extracción de recursos naturales que afectan a sus territorios y derechos colectivos. Existen varias experiencias en la región, que demuestran la capacidad de las comunidades y pueblos de organizarse para asumir una postura y pronunciarse en relación a los proyectos extractivos que los Estados buscan desarrollar. En el Ecuador, la primera experiencia de consulta comunitaria, se llevó a cabo en las parroquias de Victoria del Portete y Tarqui, en la provincia del Azuay, frente al proyecto de extracción de oro en el páramo de Kimsacocha.

¹⁸CARRIÓN, Patricia. (21 de 12 de 2012). Documento de sitio web, “CUADERNOS DEMOCRATICOS”, Consulta Previa: Legislación y Aplicación, Edición Carla Bonilla, pp.5-43-45. Disponible en: <http://www.kas.de/ecuador/es/publications/33688/>

Consulta comunitaria en Kimsacocha.

Los habitantes de las parroquias de Tarqui, Victoria del Portete y El Valle, adquirieron como propiedad comunal el hato de Sombrederas que incluyó el páramo de Kimsacocha, ubicado en la provincia del Azuay. Desde entonces éste páramo ha cumplido una función social, cultural y ambiental muy importante para la vida de varios pueblos de la región.

El Estado ecuatoriano, con el apoyo de organizaciones internacionales de crédito, elaboró en 1991 la primera ley de minería del Ecuador, con el objetivo de atraer la inversión privada y promover el desarrollo económico del país. Las políticas estatales perseguían consolidar proyectos de extracción minera que incluían la incursión en áreas naturales protegidas.

El 21 de noviembre del 2001 la empresa “Iamgold” obtuvo del Estado, sin el consentimiento de las comunidades, la concesión para la explotación minera de un área aproximada de 12.962 hectáreas, dentro de territorios pertenecientes a las parroquias de Tarqui, Victoria del Portete, Chumblin, Baños y San Gerardo, en los cantones de Cuenca, Girón y San Fernando.

Frente a estos eventos, el 5 de marzo de 2004 se constituyó el Comité de Defensa de Medio Ambiente de Victoria del Portete, con el objetivo de rechazar toda actividad minera que afecte el páramo de Kimsacocha. Este comité solicitó a las autoridades estatales la nulidad de la concesión minera en áreas donde existen fuentes de agua.

La oposición mayoritaria de las comunidades se reflejó en varias movilizaciones, concentraciones y proclamaciones por parte de los miembros de los sistemas comunitarios de agua del Azuay en contra de las actividades de la empresa minera y de las acciones estatales que la fomentan.

En junio del 2007, se dio inicio a un levantamiento popular de estos sectores en defensa del agua y en contra de los proyectos de minería en el Azuay, lo que generó conflictos sociales entre el Estado, las comunidades y la empresa minera. Frente a estos hechos el Estado rechazó la manifestación de los comuneros y comuneras e inició procesos judiciales en contra de sus dirigentes.

El 7 de abril del 2008, usuarios del agua de varios cantones de la provincia del Azuay, demandaron a la Asamblea Constituyente que al momento estaba en funciones la aprobación de un Mandato Minero para la liberación de concesiones mineras en las fuentes de agua. A pesar de la promulgación del Mandato, en el 2009 la Asamblea Nacional aprobó el texto de la Ley de Minería, sin consulta previa, que contiene varias contradicciones con el Mandato Minero.

En 2010, luego de varias movilizaciones en contra de la ley de minería y el proyecto de Ley de Recursos Hídricos (que la Asamblea nacional no sanciona todavía), las comunidades y usuarios del agua exigieron al Estado la declaración del Ecuador como un país libre de minería en fuentes de agua y el cumplimiento del derecho de consulta previa libre e informada de acuerdo a lo dispuesto en la normativa nacional e internacional.

La negativa del Estado a realizar la consulta permitió que, el 15 de agosto de 2011, la Asamblea de usuarios del Sistema Comunitario de agua de Tarqui y Victoria del Portete, organizaron una consulta comunitaria para pronunciarse sobre la explotación minera en el páramo de Kimsacocha.

MARCO JURÍDICO.

Constitución de la República del Ecuador.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R. O. Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, reconoce lo siguiente:

Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades.

El Artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador;

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y 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.¹⁹

¹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 47.

En este importante artículo constitucional se reconocen los derechos colectivos que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, derechos tales como el de la consulta previa, libre e informada, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, signados en el numeral 7 del mismo. Pero el mismo numeral aclara, que si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá de acuerdo a la Constitución y la ley, a mi criterio la Constitución del 2008, si bien es garantista y ofrece una serie de derechos aparentemente favorables a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al mismo tiempo contiene una serie de incongruencias, las mismas que otorga al Estado la potestad única de decidir sobre la extracción o no, de los recursos no renovables, irrespetando y violentando decisiones y derechos colectivos plasmados en la constitución misma y demás instrumentos internacionales.

Derechos de la Naturaleza.

El Art 71 de la Constitución de la República del Ecuador; manifiesta que;

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

*El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*²⁰

La expresión derechos, hace referencia a aquello que se concede o reconoce , La Constitución del Ecuador en el prenombrado artículo reconoce que la naturaleza en todas sus formas tiene el derecho a que se respete integralmente su existencia, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales. Además, da la potestad a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades de exigir a la autoridad el cumplimiento de estos derechos, también señala que el Estado incentivara a las personas naturales, jurídicas y colectivas a que promuevan el respeto de la misma.

El Art 72 del mismo cuerpo legal manifiesta que;

La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

*En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas*²¹

²⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 58.

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 58.

Como hemos de notar la naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente, o sea, además de restaurar el ecosistema afectado, el Estado, las personas naturales o jurídicas tienen la obligación de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. Cabe recalcar que recuperar un hábitat degradado es algo más que plantar unos cuantos árboles, el objetivo de la restauración es de recuperar ecosistemas degradados y dejarlos como antes.

Participación en Democracia

El Art 95 de la carta magna manifiesta que;

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

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

22

El término participación en democracia es una expresión facultativa, la misma que permite a los ciudadanos y ciudadanas de un país participar en la toma de decisiones políticas. Esta participación está basada en varios

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 73.

mecanismos los cuales buscan que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente sin necesidad de formar parte de la administración pública o de un partido político. Este artículo hace referencia al derecho que tienen los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas de participar de manera protagónica, ya sea en forma individual o colectiva en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes o sea en todos los asuntos de interés público. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas.

El Art 313 de la carta magna manifiesta que;

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

*Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.*²³

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 155.

Los Sectores estratégicos son lugares considerados como claves y tienen una importancia decisiva para el desarrollo económico, social, político o ambiental, en el Ecuador se considera sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Naturaleza y Ambiente.

La Constitución reconoce principios ambientales tal como lo manifiesta el art 395.-

El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.

El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.²⁴

En este artículo la constitución reconoce varios principios fundamentales a la naturaleza y al ambiente, principios tales como modelos sustentables de desarrollo, respetando al medio ambiente, la diversidad cultural, procurando satisfacer las necesidades presentes y futuras. En cuanto a las políticas ambientales se aplicarán transversalmente, también faculta la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas en toda actividad que genere impacto ambiental, por ultimo manifiesta que, en caso de duda en materia ambiental, se aplicara lo más favorable a la protección de la naturaleza.

En el Art. 398 se menciona lo siguiente.

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.²⁵

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p.183.

²⁵ *Ibíd*em, p.185.

Este artículo es de mucha importancia ya que también está relacionado directamente con el tema, en su parte pertinente dice que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informara amplia y oportunamente, el sujeto consultante será el Estado. Pero a si mismo aclara contundentemente que es la ley, la que regulará la consulta previa, esto quiere decir que si hay objeción u oposición mayoritaria de los consultados, se procederá de acuerdo a la ley.

Patrimonio natural y ecosistemas.

Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular. ²⁶

Este artículo prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas declaradas intangibles, incluso prohíbe la explotación forestal, pero también aclara que dichos recursos se podrán explotar a petición del Presidente de la República, previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional o por medio de una consulta popular.

Un recurso natural es un bien o servicio suministrado por la naturaleza en estado puro, estos recursos pueden ser renovables y no renovables y son

²⁶ CO NSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 186.

de vital importancia para la economía de un país ya que contribuyen para el desarrollo de una sociedad.

Recursos naturales.

“Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.”²⁷

En nuestro país los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado, por tal razón, estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

En el Art. 81 de esta Ley se habla también de la consulta previa libre e informada.

²⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, p. 187.

Se reconocerá y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable. Cuando se trate de la consulta previa respecto de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afro ecuatoriano y montubio, a través de sus autoridades legítimas, participarán en los beneficios que esos proyectos reportarán; así mismo recibirán indemnizaciones por los eventuales perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley.²⁸

En el presente artículo también se menciona a la consulta previa, básicamente este artículo es una copia textual del artículo 57 de la constitución, pero hay que rescatar que, a diferencia del prenombrado artículo, aquí si se faculta consultar también a los pueblos afro ecuatorianos y montubios.

El Art.83 habla sobre la Valoración de la consulta, previa, libre.

Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la

²⁸ LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Ediciones Legales (EDLE S.A.), p.21.

*cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana.*²⁹

En cuanto a la valoración obviamente, el mentado artículo también señala que, si hay oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto se pondrá a criterio de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas. Ofreciendo prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como de integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana.

Ley de Gestión Ambiental.

El Art. 2 de esta Ley señala los ámbitos y principios de esta Ley *“La gestión ambiental se sujeta a los principios de solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respecto a las culturas y prácticas tradicionales.”*³⁰

La gestión ambiental es el conjunto de diligencias que buscan prevenir y mitigar la afección al medio ambiente, con el fin de lograr una adecuada calidad de vida. El artículo 2 de la Ley de Gestión Ambiental manifiesta que se sujetara a varios principios los cuales buscaran reducir el impacto

²⁹ LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Ediciones Legales (EDLE S.A.), p.21.

³⁰ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999. P.1.

ambiental, también ofrece algo muy importante como es el respeto a las culturas y prácticas tradicionales, cosa que casi nunca sucede, ya que el Estado muchas veces por lograr su fin extractivista irrespeto normas incluso superiores.

En el Art. 29 de la mentada Ley hace referencia al derecho que tienen las personas naturales o jurídicas a ser informadas *“Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que, conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.”*³¹

A si mismo tal como señala el presente artículo, toda actividad proveniente de las instituciones del Estado que pueda producir impacto ambiental, será informada a tiempo, a las personas naturales o jurídicas, pudiendo estos exponer peticiones y acciones si el caso lo amerita.

³¹ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999. P.7.

LEGISLACIÓN COMPARADA.

En algunos países latinoamericanos el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, es ejercido de acuerdo a la interpretación y desarrollo normativo de cada país. En algunos casos se han realizado esfuerzos por materializar estos derechos a través de foros, reuniones entre el Estado y los sectores sociales y propuestas de ley. Sin embargo, aún persiste el descontento por parte de los sectores sociales, pueblos y comunidades indígenas por un efectivo goce de su derecho de consulta previa, libre e informada, que implica a su vez el reconocimiento por parte de las autoridades estatales, de la convivencia de varias culturas en el espacio territorial. Las demandas por el cumplimiento del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, pasan por la aceptación del tema en las agendas políticas y legislativas de los países, con voluntad de incorporar en los ordenamientos nacionales y en los planes, programas y proyectos estatales el reconocimiento de este derecho como legítimo. Algunas experiencias nos permiten analizar brevemente el estado de la situación en Bolivia, Perú y México, al respecto del goce y ejercicio del derecho en mención, especialmente cuando se trata de la implementación de proyectos o promulgación de normas que afectan al territorio o derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

Bolivia

En Bolivia, país que ha tenido una trayectoria jurídica progresista en el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en gran medida debido a la presión histórica de movimientos sociales por el reconocimiento de sus derechos y espacios territoriales colectivos, se ha consolidado en la normativa nacional algunos derechos colectivos, en consonancia con instrumentos internacionales suscritos por

Bolivia, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

Así, la Ley de Hidrocarburos regula la consulta en los siguientes términos: La consulta obligatoria de las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios de manera previa y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad, obra o proyecto que pueda causar un impacto socio ambiental o afectar los derechos de las personas, estableciendo además el derecho a compensaciones e indemnizaciones.

Además, se promulgó el Decreto Supremo No. 2903318 que reglamenta el derecho a la consulta a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, y que establece momentos y fases para su aplicación. En estas fases se prevé un proceso de información a las comunidades afectadas, a cargo de la entidad estatal competente; organización y planificación de la consulta por parte de las autoridades de las comunidades; ejecución de la consulta en la cual la comunidad expone los impactos socio ambientales que se identificaron en la consulta; y, finalmente, una fase de concertación, que implica que los resultados de la consulta deben ser ratificados por la comunidad a través de la firma de un convenio de validación de acuerdos, que es vinculante para la obtención de la licencia ambiental por parte de la empresa.

El proceso de consulta tiene como objetivo el llegar a un acuerdo entre el Estado y las comunidades, en los casos en los que medie un proyecto hidrocarburífero en sus territorios, lo cual está en consonancia con lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados en el primer acápite, referente al objetivo de la consulta previa, libre e informada.

Perú

Perú fue uno de los primeros países en suscribir y ratificar instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica no se han materializado todos estos derechos y principios en las políticas públicas y normativa interna, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada.

A partir de los sucesos violentos de Bagua del 5 de junio de 2009, que conllevaron a la protesta de organizaciones indígenas amazónicas por la aprobación de decretos legislativos –sin que medie consulta– que afectaban el derecho a la tierra de estas comunidades, el Estado decidió tratar el tema de la ley de consulta previa, libre e informada y se presentó un proyecto de ley.

El proyecto de ley vetado por el ejecutivo, que buscaba reglamentar el derecho de consulta, levantó un amplio debate especialmente por la incorporación de temas delicados como:

- a) La disposición expresa de que si no se logra el acuerdo o consentimiento no significa que los pueblos indígenas consultados conserven el derecho a veto.
- b) La definición de pueblos indígenas, que se estaría extendiendo indebidamente a las comunidades campesinas andinas y ubicadas en la costa.
- c) La decisión de establecer la representatividad y legitimidad de las organizaciones indígenas que son materia de consulta a cargo del poder ejecutivo.
- d) La aplicación de la ley a futuras medidas legislativas y administrativas, pretendiendo que sigan vigentes aquellas disposiciones inconsultas que han afectado a los pueblos indígenas.

La incorporación de estos temas en el texto legal final de la ley conlleva conflictos internos por el alcance y límites que la norma establece, lo cual puede significar

México

En México, país multicultural, el derecho de consulta previa se traduce en una obligación estatal a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Algunas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han integrado este derecho en su ordenamiento jurídico, pero varios otros aún no lo han hecho. Sin embargo, desde 2002 se han llevado a cabo intentos por desarrollar en la normativa nacional el ejercicio del derecho.

Así, por ejemplo, la Ley de la de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas plantea poder Diseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión un sistema de consulta y participación indígena, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo.

Aún está en debate en el seno del Congreso de la Unión, el proyecto de Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas, cuyo contenido se discutió en la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso, llegando a algunos acuerdos puntuales:

- a) Considerar el alcance de la ley de carácter general y obligatorio para todos los Estados y municipios de la Federación.
- b) Los actores de la consulta serán los pueblos y comunidades a través de sus 157 autoridades representativas, y la definición de quienes serán los sujetos consultados será establecida por las propias comunidades.

- c) Los temas a ser consultados aún no están consensuados, salvo la referencia de la necesidad de excepciones como los temas relacionados a la seguridad nacional.
- d) El órgano técnico que llevará a cabo el proceso de consulta será la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

La definición del carácter de vinculante de los resultados aún está en discusión, pero se establece que el proceso marca el inicio de un proceso de diálogo y de concertación y no implica culminación de un ejercicio en donde necesariamente se toman decisiones.

En suma, el reconocimiento del derecho en el marco normativo nacional de México no se ha concretado, pese a ser una demanda constante de pueblos, comunidades y organizaciones sociales que buscan el efectivo goce y ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada en los términos que pautan los instrumentos internacionales.

A nivel general, se observa en los tres países que hay un interés estatal en poner sobre la mesa de discusión el contenido y alcance del derecho de consulta previa, libre e informada y reproducirlo en la normativa nacional. Sin embargo, existen dificultades que limitan este reconocimiento, pero también existen propuestas interesantes que debemos analizar a la luz de las realidades locales y el contexto situacional de cada uno de los países, para que puedan servir como experiencias en la elaboración de la ley que regule este derecho en el Ecuador.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS

Materiales Utilizados.

Dentro de la presente investigación utilice los siguientes materiales:

- **Insumos de Oficina:** Dentro del material de oficina, para la redacción del informe final se empleó: papel, esferográficos, computador, memoria extraíble, etc.
- **Fuentes de Información:** Dentro de las fuentes de información empleada están artículos tales como: La Consulta Previa en el Ecuador escrito por David Chávez, colaborador del Observatorio de Derechos Colectivos del Ecuador; La Consulta Previa Desde el Sentir de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas escrita por Verónica Yuquilema Yupangui; Consulta Previa Legislación y Aplicación, obra de Patricia Carrión colaboradora de La Fundación Konrad Adenauer; Diccionario de Derecho Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas; entre otros.

Métodos Utilizados.

- **Científico.** - El instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza, en la sociedad mediante el contacto directo de la realidad objetiva, donde se aplicara el método inductivo y deductivo, como es de conocer el problema desde lo particular a lo general o viceversa.
- **Descriptivo.** - Describir de la realidad el mismo que se desarrolla frente al problema del presente tema propuesto, y de esta manera evitar inconvenientes.

- **Analítico.** - Me fue muy útil ya que me facilitó enfocar el problema desde un punto para analizar los efectos.
- **Deductivo.** - El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitió establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de enmienda jurídica.
- **Inductivo.** - el cual me permitió llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de enmienda jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.
- **Comparado.** - con el cual Realice un estudio de Derecho Comparado, preferentemente con legislaciones de Latinoamérica, referente al derecho de consulta previa que tiene las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Procedimientos y Técnicas

Dentro de las técnicas utilizadas para la investigación de campo se encuentran la Encuesta y Entrevista, aplicadas en un número de 30 personas respectivamente, entre los que están funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio y demás personas conocedoras de la problemática.

6.- RESULTADOS

Resultados de la aplicación de encuestas.

Para llevar a cabo la investigación de campo, he elaborado los respectivos bancos de preguntas, tanto para las encuestas como para las entrevistas, los resultados en el caso de las encuestas se muestran con su respectivo cuadro estadístico, representación gráfica, interpretación y análisis y en el caso de las entrevistas con su respectiva pregunta y comentario de manera que ofrezcan valiosa información para la redacción de la Propuesta de enmienda Jurídica.

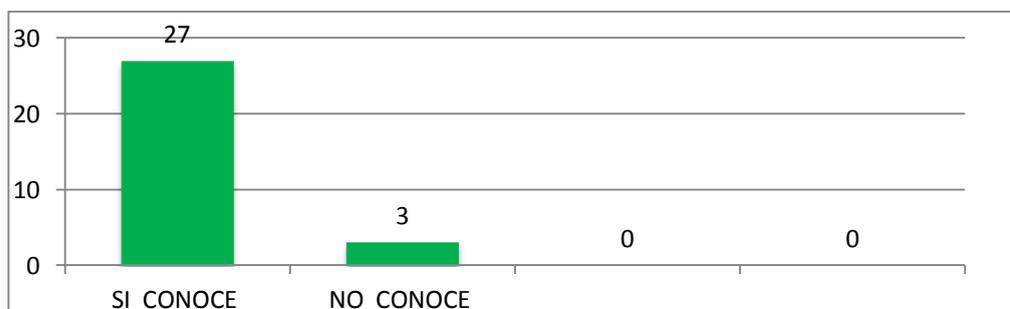
PREGUNTA N°. 1

1.- ¿Conoce usted en que consiste el Proceso de Consulta previa previsto en el Art.57 numeral 7 de Constitución de la República del Ecuador?

CUADRO N° 1		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	03	10 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio del cantón Morona.
Investigador: Pablo Javier Rivadeneira Torres.

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

De 30 encuestados, 27 que representan el 90 % contestaron si conocer en que consiste el Proceso de Consulta previa previsto en el Art. 57 numeral 7 de Constitución de la República del Ecuador, los encuestados coincidieron en su gran mayoría y expresaron que el proceso de consulta previa se da ante cualquier plan, programa o decisión tomada por parte del Estado de ejecutar algún proyecto en territorios indígenas. Indicaron también que la consulta la hace el Estado a través de las autoridades competentes y los sujetos consultados son los habitantes de la zona que va hacer intervenida.

Así mismo tres personas las cuales representan el 10 % de los encuestados, respondió no conocer el Proceso de Consulta previa previsto en el Art. 57 numeral 7 de Constitución de la República del Ecuador, manifestando simplemente que han oído hablar de la expresión consulta previa, pero que no saben cuál es el procedimiento a seguir.

ANÁLISIS

La mayoría de los encuestados conocen en que consiste el Proceso de Consulta previa previsto en el Art. 57 numeral 7 de Constitución de la República del Ecuador, manifiestan que al estar inmersos en la rama del Derecho tuvieron la oportunidad de leer la Constitución y conocer sobre el del Proceso de Consulta Previa.

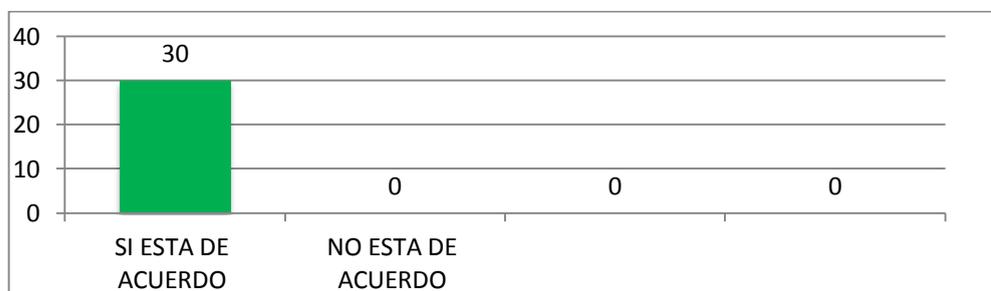
PREGUNTA N° 2

2.- ¿Está usted de acuerdo que se consulte, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente?

CUADRO N° 2		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio del cantón Morona.
Investigador: Pablo Javier Rivadeneira Torres.

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN

De la población de encuestados, 30 que representa el 100%, están totalmente de acuerdo que se consulte, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

ANÁLISIS

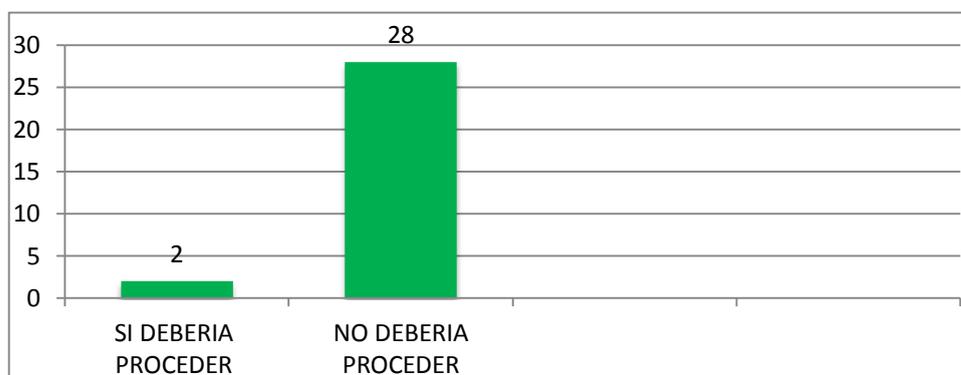
La totalidad de encuestados coincidieron en esta pregunta, ellos apoyan la consulta previa a las a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Fundamentan su decisión aclarando que la consulta previa es un derecho colectivo que debe ser cumplido sin discusión alguna ya que está tipificado en la Constitución Ecuatoriana y otras normas internacionales.

PREGUNTA N°. 3

3.- ¿En los procesos de consulta previa sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, si no se obtuviese el consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado debería proceder de acuerdo o a la Constitución y la Ley?

CUADRO N° 3		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	7 %
NO	28	93%
TOTAL	30	100 %
Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio del cantón Morona. Investigador: Pablo Javier Rivadeneira Torres.		

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN:

De las 30 personas encuestadas 28 que representan el 93%, manifiestan que si no existe consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. No se debería proceder de acuerdo a la Constitución y la Ley, se argumenta por parte de los encuestados que al ser una consulta se debe respetar la decisión mayoritaria de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Así mismo dos de los encuestados que corresponde al 7% responden que SI, manifestando que en algunos casos simplemente se oponen, debido a que los sujetos consultados se dejan llevar por líderes indígenas que son opositores del Gobierno.

ANÁLISIS:

Como hemos de notar la gran mayoría de personas encuestadas concuerdan que el Estado debe respetar y valorar la decisión tomada por los sujetos consultados en caso de ser mayoritaria y no favorable. Los encuestados manifiestan que el fin de una consulta es lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado. Por tal razón si no se obtiene el consentimiento de los pueblos consultados no se debería por ningún motivo

proceder de acuerdo a la Constitución y la Ley ya que se estaría violentando este derecho colectivo establecido no solo en la Constitución sino en otras normas internacionales tales como el 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas en las cuales se garantiza el derecho de esos grupos a dar su consentimiento para la explotación de recursos.

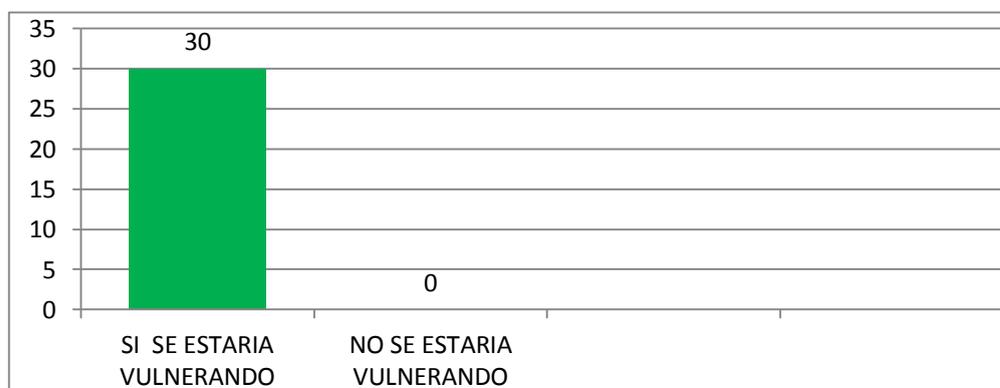
PREGUNTA N°. 4

4.- Considera usted, que al inobservar los procesos de consulta previa. Se estarían vulnerando derechos Constitucionales y normas internacionales de Derechos Humanos.

CUADRO N° 4		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio del cantón Morona.
Investigador: Pablo Javier Rivadeneira Torres.

GRAFICO N° 4



INTERPRETACIÓN:

En esta pregunta, las 30 personas encuestadas, que equivale al 100%, coinciden y afirman que el incumplimiento de los procesos de consulta previa, vulneran derechos Constitucionales y normas internacionales de Derechos Humanos.

En lo personal coincido con ese criterio aclarando que toda norma, se está nacional o internacional debe ser cumplida sin discusión alguna, más aún si el que la va a realizar es el mismo Estado.

ANÁLISIS:

Como hemos de notar todas las personas encuestadas respaldan esta pregunta, expresan que la consulta previa es un Derecho colectivo tipificado en nuestra Constitución y que debe ser interpretado y cumplido de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Ellos concuerdan de forma unánime que la inobservancia de los procesos de consulta previa, si conlleva a la vulneración de derechos Constitucionales y humanos, ya que a más de violentar directamente sus derechos colectivos, se podría afectar su existencia física, identidad cultural, forma tradicional de vida, etc.

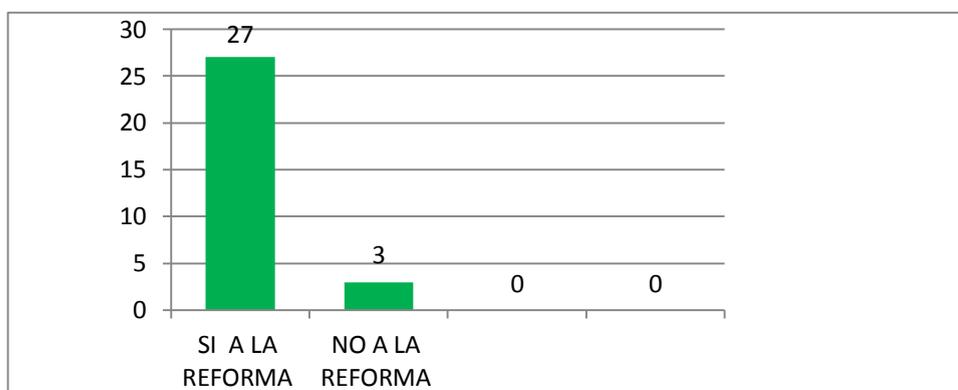
PREGUNTA N°. 5

5.- ¿Cree usted que se debería enmendar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?

CUADRO N° 5		
VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Funcionarios Judiciales, Administrativos, Abogados en libre ejercicio del cantón Morona.
Investigador: Pablo Javier Rivadeneira Torres.

GRÁFICO N°5



INTERPRETACIÓN:

De 30 personas encuestadas, 27 que representan el 90 % creen que se debería enmendar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa, los encuestados concordaron en su gran mayoría e indicaron que la Constitución tiene vacíos legales en cuanto a la consulta previa. Así mismo tres personas las cuales representan el 10 % de los encuestados, respondió que no se debería reformar la

Constitución ellos manifiestan que el problema es generado por malos dirigentes de esas comunidades, los cuales utilizan al pueblo para oponerse al Gobierno.

ANÁLISIS:

En esta pregunta la gran mayoría de los encuestados respaldó la iniciativa de reformar la constitución y crear una norma exclusiva que rija este proceso, ellos manifiestan que el problema de estos procesos está en la misma Constitución, ya que esta, faculta al Estado proceder de todas formas en caso de que estos pueblos consultados se opongan mayoritariamente y nieguen el consentimiento.

Resultados de la aplicación de Entrevistas.

La entrevista fue aplicada a cinco personas conocedoras de la temática, obteniendo los siguientes resultados:

PRIMER ENTREVISTADO

Funcionario del Consejo de la Judicatura

- 1. ¿Según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?**

La consulta previa es un derecho colectivo, que tienen los pueblos indígenas, frente a medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles ambiental o culturalmente. Obviamente que la omisión de esta consulta vulnera los derechos de estos pueblos.

- 2. ¿Qué se requiere en términos jurídicos, para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?**

Que el Gobierno al ser el consultante, cumpla con lo establecido en las leyes y respete siempre la decisión mayoritaria de estos pueblos.

- 3. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?**

Yo creo que sí, si bien es cierto el derecho a la consulta previa está tipificado en la Constitución, en el Artículo 57 núm. 7, este deja mucho que

desea, primeramente porque , dice que se aplicara este derecho a los pueblos indígenas frente a programas que puedan afectarles ambiental y culturalmente , o sea si el Estado considera que esos pueblos pueden salir afectados se realizara la consulta, además en este mismo artículo en su parte pertinente dice , sino se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá de acuerdo a la ley. O sea, de nada sirve consultar a la comunidad si al final no se va a respetar la decisión tomada por ellos, por esas razones yo si considero que se debería reformar este articulo y crear una norma exclusiva para este tipo de procedimientos.

COMENTARIO: De las respuestas, puedo indicar que el primer entrevistado concuerda en su totalidad con mi criterio, el manifiesta que la consulta previa es un derecho que tienen los pueblos indígenas del Ecuador y que la omisión de esta consulta si vulneran sus derechos.

En la segunda respuesta el entrevistado dice que para logra obtener resultados satisfactorios para ambas partes, el Gobierno, al ser el ente encargado de realizar la consulta tiene que cumplir con a cabalidad lo que está establecido en la norma, pero que además de eso tiene que respetar la decisión de estos pueblos, lo cual personalmente comparto.

En la última respuesta el entrevistado considera que, si es necesario reformar el Art 57 numeral 7 de la Constitución ecuatoriana, el manifiesta que en el mismo artículo se faculta proceder de todas formas en caso de no tener el consentimiento de parte de estos pueblos, lo cual comparto en su totalidad.

SEGUNDO ENTREVISTADO

Funcionario del Ministerio del Ambiente

- 1. ¿según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?**

La consulta previa es un derecho colectivo que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas, este derecho está establecido en la Constitución, lógicamente que pasar por alto esta consulta sería atentar contra los titulares de este derecho.

- 2. ¿Qué se requiere en términos jurídicos, para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?**

La creación de una ley y un reglamento que regule la consulta previa.

- 3. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?**

La Constitución de Ecuador reconoció en 2008 amplios derechos a los pueblos y nacionalidades indígenas, derechos como la consulta previa, con este derecho se pretende dar la oportunidad a estos pueblos de incidir en decisiones que afecten su vida. El problema es que este derecho no está plenamente reglamentado, ya que la misma constitución faculta proceder de acuerdo a la ley en caso de no tener el consentimiento previo por parte de estos pueblos, considero que al no valorar la opinión de los sujetos consultados se estaría violentando derechos constitucionales, por eso creo

que además de reformar la constitución, si sería necesario incrementar una normativa que regule este proceso.

COMENTARIO: De las respuestas obtenidas, se puede notar que este entrevistado también considera que pasar por alto el proceso de consulta previa sería atentar contra los derechos de esas personas, así mismo el considera que se debería crear una ley y un reglamento que regule la consulta previa, lo cual también comparto, considero que esa sería la única forma de acabar con los conflictos entre las dos partes, finalmente en la tercera pregunta el entrevistado manifiesta que este derecho no está bien reglamentado , en este caso el entrevistado manifiesta que además de reformar la Constitución , es necesario la creación de normativa que regule este proceso.

TERCER ENTREVISTADO

Abogado en libre ejercicio

- 1. ¿según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?**

La constitución ecuatoriana dice que las autoridades competentes realizarán la consulta previa de forma obligatoria y oportuna, al ser obligatoria tiene que ser cumplida, más aún si se trata de derechos especiales si cabe el término, como es el de la consulta previa, no hay duda que omitir consultar a los pueblos indígenas violentan sus derechos.

- 2. ¿Qué se requiere en términos, jurídicos para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?**

La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas, en términos jurídicos sería que el Estado cumpla a cabalidad con el proceso de consulta y en lo posible adopte medidas respetuosas procurando respetar siempre los derechos colectivos de esos pueblos.

- 3. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?**

La consulta previa es un derecho de carácter colectivo que tienen los pueblos indígenas, claro está, que este derecho debe realizarse antes de la toma de decisión por parte del Estado de intervenir en sus tierras. Considero que, si existen falencias respecto a los procesos de consulta previa, debido a que el Estado, no cumple a cabalidad esta obligación, creo

que es de vital importancia implementar una enmienda a la constitución en la cual se respete las decisiones tomadas por estos pueblos, la creación de una ley independiente sería lo más adecuado.

COMENTARIO: En esta entrevista, igualmente hay concordancia con mi criterio, en lo referente a que si hay violación de derechos en caso de omisión de consulta previa, en la segunda pregunta el entrevistado manifiesta que la finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo entre las partes, manifiesta que el cumplimiento a cabalidad y la adopción de medidas alternativas serán las que produzcan resultados positivos para ambas partes, hay que aclarar que en la tercera pregunta el entrevistado señala que el Estado no cumple a cabalidad con el proceso de consulta, lo cual me consta ya que he tenido la oportunidad de conversar con personas indígenas, los cuales me aseguraron que nunca han tenido una socialización de este tipo, en esta pregunta el entrevistado también cree que se debería reformar la Constitución, coincidiendo con los entrevistados anteriores y con mi criterio.

CUARTO ENTREVISTADO

Abogado en libre ejercicio

- 1. ¿según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?**

La consulta previa es un derecho colectivo establecido en la Constitución Ecuatoriana, con este derecho se trata en lo posible de preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas, ya que es a través del consentimiento previo por parte de los pueblos indígenas es que se pueden explotar dichos territorios. Considero que la omisión a este derecho violenta de manera evidente los derechos de los habitantes de esos pueblos.

- 2. ¿Qué se requiere en términos jurídicos para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?**

La creación de nuevas leyes que regulen este proceso.

- 3. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?**

Si, sin duda alguna, debido a que en los pocos artículos que la Constitución ecuatoriana hace mención a la consulta previa, al final faculta al Estado proceder de acuerdo a la ley, me refiero a que, si no se obtuviese el consentimiento previo o cuando hay oposición mayoritaria por parte de los sujetos consultados, el Estado procede de todas formas con sus planes de

explotación, irrespetando estas decisiones y dejando en indefensión a estos pueblos.

COMENTARIO: En esta pregunta el entrevistado manifiesta que con la consulta previa se trata en lo posible de preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas, considero que el fin de la consulta previa es obtener el consentimiento de los pueblos y llegar a un acuerdo con el Estado, pero definitivamente la omisión de este derecho si violenta derechos a esos pueblos. En la segunda pregunta el entrevistado cree que la creación de nuevas leyes seria el medio más adecuado para satisfacer a ambas partes. En la tercera pregunta el entrevistado está de acuerdo en que se haga una enmienda a la Constitución, él manifiesta que la constitución tiene muy pocos artículos que hablan de la consulta previa, lo cual es verdad ya que solo se le menciona en los artículos 57, numerales 7 y 17 y Art. 398 , el problema es que en ambos artículos se faculta al Estado proceder de acuerdo a la ley en caso de que no se obtuviese el consentimiento y de haber oposición mayoritaria, lo que deja en clara indefensión a estos pueblos, lo cual comparto.

QUINTO ENTREVISTADO

Abogado en libre ejercicio

- 1. ¿según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?**

La constitución dispone que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades, pueblos indígenas, el Estado a través de sus autoridades competentes tiene la obligación de consultar a estos pueblos. Indudablemente al omitir este proceso se estaría vulnerando derechos constitucionales de estos pueblos.

- 2. ¿Qué se requiere en términos jurídicos, para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?**

Crear leyes que garanticen y protegen este derecho.

- 3. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?**

Personalmente creo que sí, como sabemos la consulta previa es un derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas, la constitución dice que este derecho debe ser aplicado de forma previa ante cualquier plan de explotación de recursos no renovables por parte del Estado. Lo cual está bien. La finalidad de esta consulta es alcanzar el consentimiento y un acuerdo entre estos pueblos y el estado, pero nuestra Constitución señala claramente, que si no se obtuviera este consentimiento se procederá de acuerdo a la ley, esto quiero decir que si el pueblo consultado no está de

acuerdo, el Gobierno de todas formas cumplirá con sus objetivos. Estas decisiones a mi parecer, violentan de manera flagrante derechos de estos pueblos, por estas razones considero que si se debería reformar la Constitución en lo referente a la consulta previa.

COMENTARIO: El entrevistado cinco dice, que es obligación del Estado a través de sus autoridades competentes consultar a los pueblos indígenas que pueden ser afectados ante cualquier medida legislativa o administrativa dispuesta. Considero que al ser obligatoria esta disposición constitucional, indudablemente al omitir este proceso se estaría vulnerando derechos constitucionales de estos pueblos. La persona entrevistada también cree que se debería reformar la Constitución, y me da la razón, cuando dice que no se valora las decisiones de los sujetos consultados.

ESTUDIO DE CASOS.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR, RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012, (FONDO Y REPARACIONES).

El 27 de junio de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (en adelante “Pueblo Sarayaku” o “el Pueblo” o “Sarayaku”), por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente. El Estado también fue declarado responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku. Ello en relación con actos desde las fases de exploración petrolera, inclusive con la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena. Asimismo, el Estado fue declarado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la

Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku.

Antecedentes y procedimiento

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante el Tribunal la demanda contra el Estado. Desde el 6 de julio de 2004, y a solicitud de la Comisión, el Tribunal ordenó medidas provisionales a favor del Pueblo Sarayaku y sus miembros, de conformidad con los artículos 63.2 de la Convención y 25 del Reglamento de la Corte. La Sentencia fue dictada una vez concluido el proceso y luego de que una delegación del Tribunal, encabezada por su Presidente, efectuara en abril de 2012, por primera vez en la historia de su práctica judicial, una diligencia en el lugar de los hechos de un caso contencioso sometido a su jurisdicción, específicamente en el propio territorio Sarayaku. Durante esta diligencia, el Estado efectuó un reconocimiento de responsabilidad internacional y expresó su compromiso e interés en buscar formas de reparación. La Corte constató que el reconocimiento de responsabilidad fue efectuado por el Estado en términos amplios y genéricos; otorgó plenos efectos a este acto y lo valoró positivamente por su trascendencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular por haber sido efectuado en el propio territorio Sarayaku. Además, respecto de una excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, la Corte estimó que, al haber efectuado dicho reconocimiento de responsabilidad, el Estado había aceptado la plena competencia del Tribunal para conocer del presente caso, por lo que la interposición de la excepción preliminar resultaba incompatible con aquel acto. Además, el Tribunal consideró que el contenido de dicha excepción se

encontraba íntimamente relacionado con el fondo del caso, por lo que la misma carecía de objeto y no era necesario analizarla.

Hechos

El Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku

El territorio del Pueblo Sarayaku se encuentra ubicado en la región amazónica del Ecuador, en el área del bosque tropical, en la provincia de Pastaza, en diferentes puntos y en las riberas del Río Bobonaza, a 400 m.s.n.m., a 65 km de la ciudad de El Puyo. Es uno de los asentamientos Kichwas de la Amazonía de mayor concentración poblacional y extensión territorial, que según censo del Pueblo se compone de alrededor de 1200 habitantes. El territorio en donde se encuentra ubicado el Pueblo de Sarayaku es de difícil acceso. Los Sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Las decisiones sobre temas de especial trascendencia para el Pueblo se toman en la tradicional Asamblea comunitaria, denominada Tayjasaruta. Además, se encuentra organizado bajo un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad (kurakas o varayuks), autoridades comunitarias, ex dirigentes, mayores, sabios tradicionales (yachaks) y grupos de asesores y técnicos de la comunidad. De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (supay), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares. El 12 de mayo de 1992 el Estado adjudicó, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización (IERAC), en la provincia de Pastaza y en forma indivisa, un área singularizada en el título

que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de 222.094 Ha. o 264.625 Ha., a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximada y tradicionalmente 135.000 Ha.

Contrato de participación con la empresa CGC para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23 de la Región Amazónica

Luego de convocada la octava ronda de licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional ecuatoriano, en la que se incluyó el llamado “Bloque 23” de la región Amazónica de la provincia de Pastaza, el 26 de julio de 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el “Bloque 23” entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante “CGC” o “compañía CGC” o “empresa CGC”) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado en el contrato para ese efecto comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, entre ellas Sarayaku, cuyo territorio ancestral y legal abarcaba un 65% de los territorios comprendidos en el Bloque 23. De acuerdo con las disposiciones del contrato celebrado en 1996 entre PETROECUADOR y la compañía CGC, la fase de exploración sísmica tendría una duración de cuatro años –con posibilidades de prórroga hasta por dos años– desde que el Ministerio de Energía y Minas aprobara el estudio de impacto ambiental. La Compañía CGC subcontrató a otra empresa para la realización de un plan de impacto ambiental para la prospección sísmica, el cual fue realizado en mayo de 1997 y aprobado el 26 de agosto siguiente por el

Ministerio de Energía y Minas. Este estudio no incluyó a Sarayaku. Entre abril de 1999 y septiembre de 2002 se suspendieron las actividades en el Bloque 23.

Alegados hechos de amenazas y agresiones en perjuicio de miembros de Sarayaku.

Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku. El 4 de diciembre de 2003 unos 120 miembros del Pueblo Sarayaku habrían sido agredidos por miembros de otro pueblo indígena, en presencia de agentes policiales, cuando se dirigían a una “marcha por la paz y la vida” que se realizaría dos días después en Puyo. Resultaron heridos varios miembros de Sarayaku. Los hechos fueron denunciados e insuficientemente investigados.

Reparaciones

*Por último, además de considerar que la Sentencia constituye per se una forma de reparación, el Tribunal dispuso diversas medidas de restitución, satisfacción, garantías de no repetición, compensaciones e indemnizaciones. El Estado debe: **a)** neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de la Sentencia; **b)** consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de*

inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio; c) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades; d) implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas; e) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; f) realizar publicaciones de la Sentencia; y g) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos. Además, se dispuso que el Estado rinda a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sin perjuicio de los plazos dispuestos para el retiro de la pentolita. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

La composición de la Corte para la emisión de esta Sentencia fue la siguiente: Diego García-Sayán (Perú), Presidente;

*Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Vicepresidente; Leonardo A. Franco (Argentina); Margarette May Macaulay (Jamaica); Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana); Alberto Pérez (Uruguay); y Eduardo Vio Grossi (Chile).*³²

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/templates/youmedica/favicon.ico>

7.- DISCUSIÓN.

Verificación de Objetivos.

En el proyecto de tesis, me he planteado los siguientes objetivos:

Objetivo General:

Realizar un análisis jurídico, doctrinario, sobre la aplicación de los derechos a las diferentes comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, Amazónicas, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador. Este objetivo se verificó mediante la recopilación y estudio de los referentes teóricos que justifican la presente investigación y que permiten demostrar la violación al derecho de consulta previa establecido en la Constitución de la República de Ecuador, por lo que considero que el objetivo propuesto, en general se ha cumplido y que esta explicado en el desarrollo del punto 4. REVISIÓN DE LITERATURA, en donde a partir de un marco conceptual, doctrinario y jurídico se analizó los principales aspectos de la presente investigación llegando a determinar que la consulta previa es el derecho que tienen los pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles ambiental y culturalmente. Por lo tanto, este mecanismo de participación se convierte en un derecho colectivo constitucional de carácter público y obligatorio que debe realizarse previamente.

Objetivos específicos:

- 1) Verificar si el Estado Ecuatoriano ha cumplido con los procesos de consulta previa, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.**

Luego de un profundo análisis se logró verificar que en el Ecuador se han llevado a cabo dos procesos de consulta previa, libre e informada, como resultado de la aprobación de normas que han buscado regular el derecho,

pero no han conseguido ajustarse a las disposiciones mínimas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ambas consultas se refieren a procesos licitatorios en materia hidrocarburífera.

La primera consulta fue realizada luego de la aprobación del Reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas en el año 2002, con el objetivo de licitar los bloques petroleros 20 y 29 localizados en las provincias de Orellana, Napo y Pastaza. Este proceso lo realizó el Estado ecuatoriano por medio de la empresa Petroecuador, con el apoyo de la Universidad Politécnica Salesiana, entre los meses de agosto a diciembre de 2003. En este proceso se pronunciaron 263 comunidades, de las cuales más del 10% decidieron pronunciarse en contra de la licitación de los bloques petroleros (25 comunidades), menos del 1% no se pronunciaron (2 comunidades) y cerca del 90% apoyaron el proceso de licitación (236 comunidades).

La segunda consulta se llevó a cabo en diciembre del 2005, por parte de la estatal Petroproduccion, con el objetivo de licitar los campos marginales: Frontera-Tapi- Tetete, Eno-ron, Puma y Armadillo, en las provincias de Sucumbíos y Orellana, en zonas pertenecientes al territorio de las nacionalidades indígenas Secoya, Siona, Waorani, Cofan y Kichwa, este proceso al igual que el anterior tuvo limitaciones y falencias similares. Se evidencio entonces que no se cumplieron las condiciones mínimas para realizar la consulta, es decir que sean previa, libre e informada, lo cual genero descontento en las comunidades generando conflictos socio - ambientales.

2) Determinar si la decisión de explotar los recursos no renovables, por parte del Estado, pese a no tener el consentimiento, vulneran derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas Amazónicas, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

El presente objetivo se comprobó mediante la respuesta favorable del 93% de los encuestados, que en la pregunta Nro. 3 contestaron que, el Estado no debería explotar los recursos no renovables si no hay el consentimiento previo mayoritario, ya que se estaría vulnerando los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

3) Proponer una propuesta de enmienda al Art 57 numeral 7 de la Constitución.

El presente objetivo se verifica mediante la respuesta favorable del 90% de encuestados, que en la pregunta Nro. 5 de la indicada técnica contestaron afirmativamente que es necesaria una enmienda a la Constitución en lo referente al proceso de consulta previa.

Coincidiendo con la pregunta Nro.3 de las entrevistas en la cual la totalidad de entrevistados están de acuerdo en reformar la Constitución, aduciendo que si el Estado no respeta la decisión de los sujetos consultados. Esto se convierte en una clara violación de sus derechos.

7.2. Contrastación de hipótesis

En el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis:

“El incumplimiento de los procesos de consulta previa, quebrantan los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas previstos en la Constitución de la República del Ecuador “

La hipótesis se contrastó como verdadera, con los resultados de la encuesta en la pregunta Nro. 4 en la que la totalidad de encuestados

manifestaron que el incumplimiento de los procesos de consulta previa quebranta los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Enmienda Jurídica.

La propuesta de Enmienda Jurídica al Artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, se fundamenta en las siguientes razones:

Desde el ordenamiento Jurídico Constitucional

La Constitución del Ecuador en su art. 57 N° 7 prevé que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sean consultados de forma previa (antes de), libre (sin presión alguna) e informada (datos reales), por el estado de forma obligatoria, frente a 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. Sin embargo, en el mismo artículo se señala que si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la Ley, esto se refiere a que excepcionalmente estos recursos se podrán explotar de todos modos a petición fundamentada del Presidente de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional.

La Constitución del 2008 aprobada por referéndum, si bien es garantista y recoge una serie de derechos favorables a los comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y la naturaleza, contiene una serie de incoherencias como lo mencionado anteriormente ya que el objetivo de la consulta previa, libre e informada no es solo cumplir con la obligación que tiene el estado ecuatoriano de consultar, sino de obtener el consentimiento previo y libre de las comunidades.

8.- CONCLUSIONES.

Una vez finalizado el presente trabajo investigativo, puedo concluir lo siguiente:

- 1.** La consulta previa es el derecho que tienen todas las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, a ser consultados de forma previa, libre e informada, frente a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, además sobre medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos.
- 2.** La consulta previa libre e informada debe ser realizada por el Estado de manera obligatoria y oportuna respetando los estándares jurídicos internacionales.
- 3.** El objetivo de la consulta debe ser la obtención del consentimiento previo y libre de las comunidades.
- 4.** Si no se obtuviese el consentimiento previo, el Estado debe valorar y respetar la opinión y decisión mayoritaria de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, del Ecuador y no proceder con los planes.
- 5.** La inobservancia del derecho a la consulta previa violenta los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

9. RECOMENDACIONES.

Al finalizar el presente trabajo investigativo puedo recomendar lo siguiente:

- 1.** Al Estado brindar todo tipo de información a las comunidades mediante conferencias, medios de comunicación radial o televisivo, a través de hojas volantes que explique en qué consiste la consulta previa.
- 2.** A las Autoridades competentes que realizan la consulta, que cumplan a cabalidad con el proceso de consulta, informando siempre a las comunidades y pueblos indígenas sobre las consecuencias socio ambientales que conlleva la explotación de recursos no renovables.
- 3.** Al Estado ecuatoriano que valore la opinión de la comunidad consultada en caso de no tener el consentimiento frente a planes y programas de proyectos, o frente a medidas legislativas o administrativas que pueda afectar ambiental o culturalmente a estos pueblos.
- 4.** Al Estado Ecuatoriano, que considere la creación de una ley y un reglamento exclusivo y específico que regule el derecho a la consulta previa.
- 5.** A los Estudiantes de Derecho, que efectúen investigaciones jurídicas relacionadas con el tema, con el objeto a contribuir a solucionar las deficiencias legales que puedan existir.

9.1. PROPUESTA DE ENMIENDA JURÍDICA.

La presente tesis aspira enmendar la Constitución de la República del Ecuador, incorporando un inciso al numeral 7 del Art 57 con el propósito de no dejar en indefensión a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador cuando se omita o inobserve el derecho a ser consultados sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras.

PROPUESTA DE ENMIENDA JURÍDICA.



EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, el Art. 441.- de la Constitución de la Republica prescribe que se puede realizar la enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución;

Que, según el Art.- 3 de la Constitución, es un deber del Estado Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes;

Que, es necesario fortalecer las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución, evitando su desnaturalización;

Que, es necesario fortalecer la consulta previa para que pueda ser ejercida en el ámbito de las competencias de los diferentes niveles de gobierno;

Que, en el Art. 14.- de la Constitución de la Republica, Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, Sumak Kawsay.

Que, el artículo 56 de la Carta Magna, señala que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Que, en el Art. 57 numeral 7 de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a 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;

Que, el artículo 57 numeral 11 de la Carta Magna, garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, no ser desplazados de sus tierras ancestrales.

Que, el artículo 57 numeral 17 de Constitución, garantiza a las comunas, comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Que, de conformidad con el Art.- 441 numeral 2 de la Constitución para la aprobación de la enmienda se requiere el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales **APRUEBA** la siguiente:

ENMIENDA

A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Artículo 1.- En el numeral 7 del Artículo 57, agréguese al final un inciso con el siguiente texto:

La omisión o inobservancia de la consulta previa, libre e informada, será causal de nulidad de los contratos realizados y dará lugar a la suspensión inmediata de las actividades, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes por los daños sociales, culturales y ambientales que se hayan causado.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los contratos firmados sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en los cuales se evidencie que no se ha realizado la consulta previa respectiva, tendrán validez hasta la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional, luego de eso, se sujetarán a las disposiciones de la misma.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Se derogan todas las disposiciones que se opongan a la presente Enmienda Constitucional

DISPOSICIÓN FINAL

La presente enmienda Constitucional entrará en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial.

CERTIFICADO

En mi calidad de Secretario Relator de la Comisión Especializada Ocasional para el tratamiento de la solicitud de Enmienda Constitucional, **CERTIFICO** que el informe para Segundo Debate de la **SOLICITUD DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL**, fue discutido y aprobado por la comisión, en la siguiente sesión y fecha.

Dado y firmado en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los 4 días del mes de octubre del 2016.

f.) Presidenta de la Asamblea Nacional.
Relator.

f.) Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Heliasta. Argentina, 2007.
- DEFINICIÓN.DE (sitio web)
- DERECHO, (2015, 6 de noviembre). *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 23:06, noviembre 15, 2015 desde <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Derecho&oldid=86556421>.
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, (s.f.). *Linea de investigacion en derecho ambiental*. Recuperado el 6 de Agosto de 2015, de Que es la consulta previa: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>
- Recurso no renovable. (2015, 26 de octubre). *Wikipedia, La enciclopedia libre*. Fecha de consulta: 02:13, noviembre 10, 2015 desde https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Recurso_no_renovable&oldid=86129237.
- DEFINICIÓN DE CONSENTIMIENTO, (2008-2015). *Definicion.de*. Fecha de consulta: 19:47, noviembre 6, 2014 desde <http://definicion.de/vulnerabilidad/>
- CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Documento de sitio web, "CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR". Disponible en: <http://cdes.org.ec/web/>
- YUQUILEMA, Verónica. (1 de agosto de 2012). *www.inredh.org*. Recuperado el 7 de agosto de 2014, de La consulta previa desde el sentir de los pueblos y nacionalidades indígenas: http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=286:la-consulta-previa&Itemid=126
- CARRIÓN, Patricia. (21 de 12 de 2012). Documento de sitio web, "CUADERNOS DEMOCRATICOS", Consulta Previa: Legislación y Aplicación, Edición Carla Bonilla, pp.5-43-45. Disponible en: <http://www.kas.de/ecuador/es/publications/33688/>

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 20 de octubre del 2008.
- LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA, Ediciones Legales (EDLE S.A.), p.21.
- LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL, Ley No. 37. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999. P.1.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO BOLIVIANO, artículo 30/II, p.10.
- LEY DE HIDROCARBUROS DEL ESTADO DE BOLIVIA, Ley N° 3058, artículo 114.
- DECRETO SUPREMO DEL ESTADO DE BOLIVIA, Decreto N° 29033, artículo 1.
- LEY N°180, Ley de 24 de octubre de 2011, Ley de Protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore-TIPNIS, artículo 3, p. 2.
- LEY N°222, Ley de 10 de febrero de 2012, Ley de Consulta a los Pueblos Indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore-TIPNIS, artículo 1, p. 1.
- MIRVA, Aranda. Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI), El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina.
- LEY N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 1, p.1.
- CONVENIO 169 DE LA OIT. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

11. ANEXOS.

ANEXO 1: MODELO DE ENCUESTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

PLAN DE CONTINGENCIA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis del nivel de pre-grado intitulada: **“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCION DE REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDIGENAS”**, muy comedidamente le solicito contestar la siguiente:

ENCUESTA

1. ¿Ha oído usted, hablar de la expresión consulta previa?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....

.....

.....

2. ¿Sabía usted, que la Consulta Previa es el primer paso a cumplir cuando se quiere realizar procedimientos extractivos en cualquier región del país?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....

.....

.....

3. ¿Conoce usted en que consiste el Proceso de Consulta previa previsto en el Art.57 numeral 7 de Constitución de la República del Ecuador?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....

.....

.....

4. ¿Está usted de acuerdo que se consulte, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....

.....
.....

5. ¿En los procesos de consulta previa sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables, si no se obtuviera el consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado no debe ejecutar ningún tipo de proyecto que perjudique a la comunidad?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....
.....
.....
.....

6. ¿Considera usted, que al inobservar los procesos de consulta previa se estarían vulnerando derechos constitucionales y normas internacionales de derechos humanos?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....
.....

.....
.....

7. ¿Considera usted que los Funcionarios Públicos deben ser sancionados penalmente en caso de ejecutar un proyecto de consulta que ha sido rechazado por las comunidades?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....
.....
.....

8. ¿Cree usted que la explotación de recursos no renovables genera impactos ambientales y culturales en las comunidades que se encuentran cerca?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....
.....
.....

9. ¿Considera usted que la explotación de los recursos no renovable es la opción más acertada para mejorar la economía del país?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....

.....
.....
.....

10. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?

SI...

NO...

EXPLIQUE.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO N°2 MODELO DE ENTREVISTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA PLAN DE CONTINGENCIA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

En el desarrollo de mi tesis del nivel de pre-grado intitulada: **“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCION DE REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDIGENAS”** muy comedidamente le solicito contestar la siguiente:

ENTREVISTA

1. ¿Qué obligaciones debe asumir el Estado con respecto a los derechos de los pueblos indígenas?
.....
.....
.....
.....
.....
2. ¿Está de acuerdo con declarar al Ecuador libre de toda actividad extractiva y en general libre de proyectos que afecten a la Pacha

mama y al Patrimonio cultural y ambiental, tales como proyectos hidrocarburíferos, mineros, entre otros?

.....
.....
.....
.....

3. ¿Según su criterio, la omisión a la consulta previa, por parte de las autoridades competentes, vulneran derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?

.....
.....
.....
.....
.....

4. ¿Qué se requiere en términos jurídicos, para que el derecho a la consulta previa produzca resultados satisfactorios para todas partes?

.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Cree usted que se debería reformar la constitución en lo referente a la consulta previa y crear una norma jurídica alternativa que regule los procesos de consulta previa?

.....
.....
.....

.....

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO. PROYECTO DE TESIS

a. TEMA

“INOBSERVANCIA DEL ART. 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CON RESPECTO A LA CONSULTA PREVIA, LO QUE CONLLEVA A LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDIGENAS”

b. PROBLEMÁTICA

El Estado Ecuatoriano, con el pretexto de erradicar la pobreza, tradicionalmente ha sustentado su economía sobre la base de la extracción de recursos naturales que por lo general, están la Amazonia Ecuatoriana, territorios que albergan una gran biodiversidad y/o que son parte del territorio ancestral de pueblos y comunidades indígenas o campesinas, sin embargo hasta la fecha, esa ilusión de erradicación de la pobreza, a más de no cumplirse ,solo ha generado daños socio-ambientales , afectando de manera directa a la pacha mama y a las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cercanas a las zonas de extracción. Actualmente en el Ecuador, existen cinco proyectos ambiciosos de minería a gran escala, de los cuales tres están ubicados en la Amazonia; el primero se llama proyecto Fruta del Norte, adjudicado a la empresa minera Kinross, para extraer Oro, el segundo se llama proyecto Mirador, adjudicado a la empresa minera Ecuacorriente, para extraer cobre y el tercero se llama proyecto Panantza – San Carlos, adjudicado a la empresa minera Ecuacorriente, para extraer cobre. Además de eso en el Ecuador, se pretende explotar millones de barriles de petróleo del eje de campos petroleros Ishpingo-Tambococha y Tipunini (ITT). Zonas que, a más de tener una altísima biodiversidad, son el hogar de diversos pueblos y nacionalidades indígenas de la Amazonia. Cabe recalcar que estos proyectos en su mayoría ya han concluido con las fases de prospección y exploración, y

uno de esos proyectos ,está en fase de explotación, como es el proyecto del campo Mirador, debido a que el 5 de marzo de 2012, el Ecuador a través del Ministerio de Recursos No Renovables firmó un contrato de explotación de minería a gran escala, con la empresa minera Ecuacorriente ECSA, sin escuchar las opiniones de ninguno de los pueblos indígenas, ni mestizos ni campesinos de la Provincia de Zamora Chinchipe.

Con la Constitución del 2008, se pretendió garantizar los derechos colectivos de todas las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas existentes en el Ecuador. Derechos colectivos, tales como, el de la consulta previa establecida en la Constitución de la República, en su capítulo cuarto, Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Art 57.- numeral 7 y el cual prevé que.

*Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sean consultados de forma previa (**antes de**), libre (**sin presión de ninguna índole**) e informada (**datos veraces**), por el estado de forma obligatoria, frente a “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”. Sin embargo, el mismo artículo señalan “Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley³³*

Coincidiendo con lo que determina la Constitución de la República, capítulo segundo, Biodiversidad y recursos naturales, Sección primera, Naturaleza y ambiente. **Art.398.-** el cual dice que.

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia

³³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, p. 47.

y oportunamente. Sin embargo, en el mismo artículo se señala “si el referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la Ley.”³⁴

Como hemos de notar al negarse la comunidad consultada a dar su consentimiento, siempre se procederá conforme a la Constitución y la Ley, esto quiere decir, que si el caso lo amerita el Estado a través de su presidente procederá a extraer recursos naturales en áreas naturales protegidas y en zonas declaradas como intangibles, quedando en “letra muerta,”³⁵ los derechos y decisiones de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Con todo lo manifestado llegamos a la conclusión que la Constitución del 2008, si bien es garantista y ofrece una serie de derechos aparentemente favorables a los pueblos, nacionalidades indígenas y la naturaleza, al mismo tiempo, contiene una serie de incongruencias, las mismas que otorga al Estado la potestad única de decidir sobre la extracción o no, de los recursos no renovables, irrespetando y violentando las decisiones tomadas por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. **De allí, el surgimiento de conflictos sociales y ambientales entre el Estado y estos grupos, por la búsqueda del control de los recursos, por un lado, y el respeto de los derechos colectivos y las formas tradicionales de vida, por otro.**

³⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, p. 185.

³⁵ Se dice que un escrito es “letra muerta” cuando lo que en él se establece no se refleja en acciones concretas. Muchas ocasiones ha conocido la historia en las que se llegó a un acuerdo o se redactó una ley para organizar el rumbo de las cosas y, pasado el tiempo, la realidad demostró que poco y **nada de lo registrado se cumplió.**

c. JUSTIFICACIÓN

A nivel gubernamental se ha planteado el inicio de actividades económicas definidas como estratégicas y de interés nacional, que van afectar los territorios de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Como estudiante de la Universidad Nacional de Loja, con la presente investigación pretendo, dar una solución al problema actual existente que tiene el Ecuador, respecto a la contraposición entre el poder que tiene el estado para la administración y control de los recursos no renovables y el derecho Constitucional de consulta previa, libre e informada que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

El problema a ser investigado, en el presente trabajo, lo he seleccionado debido a que es un problema de gran trascendencia y relevancia, de acuerdo a los siguientes aspectos:

TRASCENDENCIA SOCIAL.- La presente investigación es importante y de gran interés social debido a que es un problema actual que tiene a la ciudadanía ecuatoriana en expectativa, ya que el estado ecuatoriano con el afán de conseguir recursos económicos y con el pretexto de que la riqueza del país está bajo tierra, pretende explotar recursos naturales no renovables, en áreas protegidas, zonas declaradas intangibles y tierras donde existe un gran biodiversidad y es el hogar de diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

TRASCENDENCIA JURÍDICA.- La presente problemática es de gran relevancia jurídica, pues la Constitución Ecuatoriana del 2008, si bien es garantista y promete una serie de derechos a favor de las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, naturaleza y ambiente, al mismo tiempo, contiene una serie de incongruencias, las mismas que otorgan al Estado la potestad única de decidir sobre la extracción o no, de los recursos no renovables, lo cual ha generado un debate interno y graves conflictos socio-ambientales, ya que muchas veces las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quedan imposibilitados de ejercer el

derecho de consulta previa o a su vez se irrespetan las decisiones por ellos tomadas, procediendo de todas formas a explotar estos recursos. Violentando derechos y normas constitucionales, leyes ambientales, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales.

TRASCENDENCIA ACADÉMICA. - El presente proyecto de investigación jurídica, es un requisito previo a la obtención del título de abogado y fuente de mi preparación profesional.

La originalidad de mi propuesta de investigación nace desde la práctica pre profesional y de una profunda convicción por la defensa de los derechos colectivos y del medio ambiente.

Esta investigación es muy importante, ya que existe un problema contradictorio, entre los derechos de las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, y las potestades del Estado. Considero que se debe analizar la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, para así tener una idea clara de cómo resolver esta clase de conflictos, y evitar que se violenten derechos garantizados en nuestra Constitución y en los demás instrumentos internacionales.

El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica (Libros, Revistas e Internet) como empírica.

La presente investigación es de interés general, ya que la explotación de recursos naturales, ha dividido a la sociedad ecuatoriana en dos bandos. Por un lado, están, el gobierno, sectores empresariales, población urbana y rural diversa, que respaldan la tesis de explotar los recursos no renovables que tiene el país, como un medio para disponer de los ingresos que permitan superar la pobreza, mejorar los servicios y corregir las irregularidades sociales y económicas existentes. Por otro lado, están, los pueblos y nacionalidades indígenas, sus organizaciones, sectores ambientalistas, así como población asentada en ciudades y en el campo,

los cuales han manifestado su rechazo a las explotaciones por sus impactos socio-ambientales negativos.

Los beneficiarios del presente trabajo serian todas las personas vinculadas con la rama del Derecho y toda la ciudadanía que esté relacionada con temas afines a la investigación.

d. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis jurídico, doctrinario, sobre la aplicación de los derechos a las diferentes comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Verificar si el Estado Ecuatoriano ha cumplido con los procesos de consulta previa, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.
- Determinar si la decisión de explotar los recursos no renovables, por parte del Estado, pese a no tener el consentimiento, vulneran derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.
- Proponer una propuesta de enmienda al Art 57 numeral 7 de la Constitución.

HIPÓTESIS

El incumplimiento de los procesos de consulta previa, quebranta los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas previstas en la Constitución de la República del Ecuador.

e. MARCO TEÓRICO

La consulta previa en el Ecuador.

El derecho a la consulta previa, libre e informada fue reconocido en el Ecuador el 24 de abril de 1998 cuando el Congreso Nacional, mediante resolución legislativa publicada en el R.O. 304, aprobó el Convenio No. 169 de la OIT,³⁶ el mismo que ratificado por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo No. 1387 publicado en R.O. 311 del 6 de mayo de 1998. Posteriormente, este derecho fue incluido en la Constitución de 1998 y ratificado en la de 2008. Como antecedente a la aprobación de la actual Constitución conviene mencionar que en el marco del desarrollo internacional de los derechos colectivos se había promulgado en 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Este proceso reviste una particular importancia porque, de una parte, recoge las demandas del movimiento indígena ecuatoriano respecto a este y otros derechos colectivos; y, por otra, incorpora el desarrollo que estos derechos habían adquirido en el ámbito internacional expresado en el Convenio No. 169 de la OIT de 1989, que marcó un punto de inflexión en relación con la tendencia “asimilacionista” que había prevalecido hasta su promulgación y la Declaración de Naciones Unidas que profundiza el contenido del Convenio No. 169. No obstante, este reconocimiento, su aplicación ha estado marcada constantemente por situaciones de conflictividad con las comunidades y pueblos afectados por las decisiones del Estado que deberían someterse a procesos de consulta. De hecho, la conflictividad ha determinado una respuesta siempre reactiva del Estado, lo que ha provocado

³⁶ El texto del convenio fue publicado en el R.O. 206 de 7 de junio de 1999. En el ámbito internacional entro en vigencia el 5 de septiembre de 1991.

*soluciones parciales, desordenadas y coyunturales que no dan cuenta de su obligación para garantizar y proteger el ejercicio de este derecho*³⁷

El derecho a la consulta previa, libre e informada en la Constitución actual.

El derecho a la consulta previa, libre informada está reconocido en el artículo 57 numeral 7 de la actual Constitución del Ecuador como uno de los derechos colectivos

*Este reconocimiento establece explícitamente que los habitantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador tienen que ser consultados previamente sobre dos tipos de 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*³⁸

Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 398 el cual en su parte pertinente dice *“Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informara amplia y oportunamente (...).”*³⁹

Contenido esencial del derecho a la consulta previa, libre e informada

El desarrollo existente en relación con el derecho a la consulta previa permite puntualizar los elementos que conforman su contenido esencial, sin que ello agote la discusión sobre ese contenido y la definición de mecanismos idóneos que garanticen su aplicación concreta. Es así como

³⁷ CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Documento de sitio web, “CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR”, p.1. Disponible en: www.observatorio.cdes.org.ec

³⁸ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, p. 47.

³⁹ *Ibíd.*, p. 185.

el contenido esencial de este derecho debe responder, mínimamente, a preguntas como: ¿cuál es el propósito de la consulta?, ¿qué se consulta?, ¿quiénes son sujetos de la consulta?, y ¿qué se debe entender por las características de previo, libre e informado?

Propósito de la consulta

El propósito de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Qué se consulta

La Consulta Previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales del mundo, reconocido por las Naciones Unidas mediante el Convenio OIT 169 de 1989 y por nuestra Constitución.

La cual establece que, deben consultarse los proyectos de explotación de recursos no renovables y las medidas legislativas que afecten a pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, desde una interpretación sistémica anclada en el bloque de constitucionalidad, esta disposición debe leerse en relación con el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, cuyo alcance, en relación con las medidas administrativas, no se limita a estos proyectos extractivos, sino a toda medida administrativa que el Estado adopte y pueda afectar los derechos de esos pueblos; de otro lado, en cuanto a las medidas legislativas, no se limita solamente a leyes sino a otros actos normativos jerárquicamente distintos que se hallen bajo responsabilidad de otros órganos e instituciones del Estado diferentes a la Asamblea Nacional(...).⁴⁰

⁴⁰ CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Documento de sitio web, “CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR”, p.9. Disponible en: www.observatorio.cdes.org.ec

Sujetos de la consulta

Los sujetos de la consulta previa reconocidos por la Constitución ecuatoriana son los habitantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Pero siguiendo lo establecido en el artículo 1 del Convenio No. 169, el cual manifiesta que, *“Este convenio se aplicara; a los pueblos tribales en países independientes, cuya s condiciones sociales, culturales y económicas les distingán de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.”*⁴¹ Considerando ese artículo en el Ecuador se tiene la particularidad de extender la condición de sujetos de la consulta previa a pueblos afro ecuatorianos y montubios.

Características de la consulta

- **Previa:** En concreto, esto supone que el proceso de consulta debe llevarse a cabo con anterioridad a todas las fases del proceso que implique la adopción de una medida normativa y administrativa. Por ejemplo, en el caso de la promulgación de leyes, la consulta previa debe darse antes y durante el proceso de presentación de proyectos y debate legislativo en el seno de la Asamblea Nacional.
- **Libre:** Por libre debe entenderse que los titulares de este derecho, o sea los habitantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, no sean objeto de coerción, intimidación, presión y manipulación externas, que por ejemplo no sean tentados con incentivos monetarios, estrategias de división, amenazas, represalias, persecución y criminalización.

⁴¹ OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 2a. Edición, p.17.

- **Informada:** Es obligación del Estado ofrecer una información veraz y transparente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que abarque en lo posible: el objeto del proyecto o la actividad, la duración del proyecto o la actividad, la ubicación de las áreas que se verán afectadas, los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto. Frente a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales que se encuentren en sus tierras. Esta información debe presentarse en lenguaje accesible y en lo posible traducido a las lenguas de los pueblos y nacionalidades indígenas que deban ser consultados.

Los conflictos por proyectos extractivos

El origen de las demandas por el derecho a la consulta previa se encuentra en la convergencia de dos procesos simultáneos durante la década de los 90 que da lugar a diversos conflictos socio-ambientales. Se trata, por un lado, de la emergencia del movimiento indígena como el actor político progresista más importante en el país; y, por otro, la ejecución de una política de Estado que promueve la ampliación de la frontera petrolera en la Amazonia para la concesión de nuevas áreas a empresas transnacionales, en el marco de la aplicación del modelo neoliberal. En consecuencia, el escenario concreto para el apareamiento de las exigencias relacionadas con la consulta previa serán los territorios de las nacionalidades y pueblos indígenas amazónicos. La conflictividad relacionada con la ampliación de la frontera petrolera en territorios indígenas, suscitada por las distintas rondas de licitación promovidas por el Estado desde fines de los 80, se extiende por toda la Amazonia norte y centro-sur. Entre otros, se destacaron los conflictos en territorio de los kichwa y los secoya afectados por la

concesión en su territorio del bloque 15 a Occidental (Guillaume, 2003); el conflicto por la concesión del bloque 16 en el Territorio Waorani y el Parque Nacional Yasuní a un consorcio liderado por Maxus (Narváez, 1996); y, el conflicto por el inicio de actividades en el bloque 10 localizado en territorio kichwa Canelos runa) del Pastaza por parte de un consorcio encabezado por ARCO Oriente.⁴²

Documentos internacionales

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco normativo internacional, surge como una necesidad de mostrar la sistemática exclusión de estos pueblos en la historia de la humanidad.

Desde 1977, con la Conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas, se discutieron temas relacionados, por un lado, con la discriminación y racismo contra los pueblos indígenas y, por otro, con otros temas asociados a la contribución de dichos pueblos al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual de las sociedades en todo el mundo. A partir de ese hecho y en consonancia con los postulados contenidos en varios instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos(1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros relacionados con la prevención de la discriminación; se abren espacios de diálogo en instancias internacionales como Naciones Unidas para sentar las bases del reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de consulta previa, libre e informada. Así, instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la

⁴² CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Documento de sitio web, “CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR”, p.14. Disponible en:www.observatorio.cdes.org.ec

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, nos señalan la ruta del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada. Del contenido normativo de estos dos instrumentos se desprende que la consulta previa, libre e informada constituye una obligación de todos los Estados con los pueblos interesados. Se la debe realizar mediante procedimientos apropiados, según las características socio-culturales de los pueblos y de buena fe, y a través de instituciones representativas de los pueblos, El Estado debe consultar antes de adoptar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a las comunidades o pueblos, esto incluye:

La aprobación de cualquier proyecto que afecte sus territorios u otros recursos naturales o programa de prospección.

La explotación de los recursos naturales que se encuentre en tierras donde habiten pueblos indígenas.

La utilización de territorios indígenas para actividades militares.

Los traslados de las tierras que ocupan pueblos indígenas y su posterior reubicación.

Almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

La finalidad de la consulta es lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado acerca de las medidas propuestas por el Estado⁴³

⁴³ CARRIÓN, Patricia. (21 de 12 de 2012). Documento de sitio web, "CUADERNOS DEMOCRATICOS", Consulta Previa: Legislación y Aplicación, Edición Carla Bonilla, p.14. Disponible en: <http://www.kas.de/ecuador/es/publications/33688/>.

La consulta previa, libre e informada en algunos países de Latinoamérica

En algunos países latinoamericanos el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, es ejercido de acuerdo a la interpretación y desarrollo normativo de cada país. En algunos casos se han realizado esfuerzos por materializar estos derechos a través de foros, reuniones entre el Estado y los sectores sociales y propuestas de ley. Sin embargo, aún persiste el descontento por parte de los sectores sociales, pueblos y comunidades indígenas por un efectivo goce de su derecho de consulta previa, libre e informada, que implica a su vez el reconocimiento por parte de las autoridades estatales, de la convivencia de varias culturas en el espacio territorial. Las demandas por el cumplimiento del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, pasan por la aceptación del tema en las agendas políticas y legislativas de los países, con voluntad de incorporar en los ordenamientos nacionales y en los planes, programas y proyectos estatales el reconocimiento de este derecho como legítimo.

- **Perú**

Perú fue uno de los primeros países en suscribir y ratificar instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica no se han materializado todos estos derechos y principios en las políticas públicas y normativa interna, en particular el derecho a la consulta previa, libre e informada.

- **Bolivia**

En Bolivia, país que ha tenido una trayectoria jurídica progresista en el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en gran medida debido a la presión histórica de movimientos sociales por el reconocimiento de sus derechos y espacios territoriales

colectivos, se ha consolidado en la normativa nacional algunos derechos colectivos, en consonancia con instrumentos internacionales suscritos por Bolivia, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Unidas sobre Pueblos Indígenas.

- **México**

En México, país multicultural, el derecho de consulta previa se traduce en una obligación estatal a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Algunas entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos han integrado este derecho en su ordenamiento jurídico, pero varios otros aún no lo han hecho. Sin embargo, desde 2002 se han llevado a cabo intentos por desarrollar en la normativa nacional el ejercicio del derecho.

Los derechos colectivos, en especial el derecho de consulta previa, libre e informada, están reconocidos en varios instrumentos internacionales, vinculantes o no a los Estados que los suscriben, lo cual exige de estos Estados una revisión e incorporación de este derecho en la normativa interna, de cara a garantizar su plena vigencia y ejercicio.

f. METODOLOGÍA

En la presente investigación se aplicarán metodologías procedimientos y técnicas la misma que permite descubrir, sintetizar y aplicar nuevos conocimientos que serán utilizados.

MÉTODOS

MÉTODO CIENTÍFICO. -El instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza, en la sociedad mediante el contacto directo de la realidad objetiva, donde se

aplicara el método inductivo y deductivo, como es de conocer el problema desde lo particular a lo general o viceversa.

MÉTODO DESCRIPTIVO. -Describir de la realidad el mismo que se desarrolla frente al problema del presente tema propuesto, y de esta manera evitar inconvenientes.

MÉTODO ANALÍTICO. -Me facilita enfocar el problema desde un punto para analizar los efectos.

MÉTODO DEDUCTIVO. - Consiste en llegar desde un precepto general a un precepto particular; por lo cual nos servirá para concluir los puntos más sobresalientes del desarrollo del presente trabajo investigativo.

MÉTODO INDUCTIVO. - consiste en llegar desde un precepto particular a uno general, es decir, es un método por el cual se llega a descubrir el nexo común que une a todos los elementos de la problemática, permitiéndome realizar las respectivas recomendaciones y propuesta de enmienda jurídica, con un enfoque total, para contribuir con un desarrollo positivo a la problemática.

MÉTODO COMPARADO. - Realizare un estudio de Derecho Comparado, preferentemente con legislaciones de Latinoamérica, referente al derecho de consulta previa que tiene las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

TÉCNICAS A UTILIZARSE

Se realizará la investigación de campo mediante la observación de los aspectos relevantes que se permitan tener un mayor dominio teórico del objeto de estudio.

Se realizará, encuestas que serán aplicadas a las comunidades, Doctores y Abogados en Jurisprudencia; Funcionarios y empleados del Ministerio del Ambiente (Morona Santiago).

La entrevista se aplicará a seis personas pertenecientes a las comunidades Amazónicas del Ecuador.

g. CRONOGRAMA

TIEMPO ACTIVIDADES	2014																			
	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del perfil de proyecto			X	X																
Presentación y sustentación del perfil de proyecto					X															
Incorporación de recomendaciones al perfil						X														
Aprobación del proyecto y designación del director de tesis							X													
Revisión de Literatura								X	X											
Trabajo de campo										X	X	X								
Procesamiento de la información													X	X						
Verificación de hipótesis															X					
Formulación de conclusiones															X					
Presentación del Borrador del Informe Final																X				
Incorporación de recomendaciones al Borrador del informe final																	X			
Presentación del informe final y certificación del Director/a																		X	X	

h. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos

Investigador. Pablo Javier Rivadeneira Torres.

Director de tesis. Por definir.

Entrevistados: Dirigentes e integrantes de las comunidades Amazónicas del Ecuador.

Encuestados: Doctores y Abogados en Jurisprudencia; Funcionarios y empleados del Ministerio del Ambiente (Morona Santiago).

Recursos materiales y costos

Materiales	Valor
Libros	\$ 250
Copias	\$ 50
Hojas de papel	\$ 40
Internet	\$ 60
Levantamiento de texto, impresión	\$ 200
Encuadernación e imprevistos	\$ 250
TOTAL	\$ 800

i. BIBLIOGRAFIA:

- CHÁVEZ, David. (14 de 02 de 2012). Observatorio de Derechos Colectivos del Ecuador. Recuperado el 18 de 04 de 2014, de [cdes.org.ec](http://www.observatorio.cdes.org.ec):
<http://www.observatorio.cdes.org.ec/component/search/?searchword=consulta%20previa&searchphrase=all&Itemid=113>.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Registro Oficial del 20 de octubre de 2008. R. O. No. 449.
- CARRIÓN, Patricia. (21 de 12 de 2012). Documento de sitio web, “CUADERNOS DEMOCRATICOS”, Consulta Previa: Legislación y Aplicación, Edición Carla Bonilla, p.14. Disponible en: <http://www.kas.de/ecuador/es/publications/33688/>.
- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Plan Nacional del Buen Vivir enlace a Plan Nacional del Buen Vivir.

ÍNDICE

ÍNDICE	
PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	52
6. RESULTADOS.....	54
7. DISCUSIÓN.....	80
8. CONCLUSIONES.....	84
9. RECOMENDACIONES.....	85
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	86
10. BIBLIOGRAFÍA.....	90
11. ANEXOS.....	92
INDICE.....	120