

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La consulta prelegislativa en el Ecuador como derecho colectivo.
Críticas desde sus destinatarios.**

Alvaro Javier Tapuy Andy

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 9 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Alvaro Javier Tapuy Andy

Código: 00113919

Cédula de identidad: 1500856834

Lugar y fecha: Quito, 9 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA CONSULTA PRELEGISLATIVA EN EL ECUADOR COMO DERECHO COLECTIVO. CRÍTICAS DESDE SUS DESTINATARIOS¹

THE PRE-LEGISLATIVE CONSULTATION IN ECUADOR AS A COLLECTIVE RIGHT. CRITICISMS FROM YOUR RECIPIENTS

Álvaro Tapuy²

alvaro24javier@gmail.com

RESUMEN

La consulta prelegislativa fue incorporada en la Constitución del 2008, como un mecanismo para que las comunidades, pueblos y nacionalidades deban ser consultados de manera anticipada sobre la adopción de normativas que puedan perjudicar cualquiera de sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente. Sin embargo, la Asamblea Nacional ha promulgado leyes que han afectado esos derechos, evidenciando que el proceso de la consulta prelegislativa no ha permitido una real integración y participación de los titulares de aquellos derechos colectivos. Mediante la metodología Delphi se comprobó que no ha existido un desarrollo de la consulta que vaya acorde a la cosmovisión, cultura, saberes ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas generando desconfianza en las autoridades estatales. Se considera necesario expedir una ley orgánica con respecto a la consulta prelegislativa pensada por y para los pueblos y nacionalidades indígenas donde se promueva el respeto y la participación inclusiva de todos sus integrantes.

PALABRAS CLAVE

Derechos colectivos, consulta prelegislativa, pueblos y nacionalidades, ley orgánica

ABSTRACT

The pre-legislative consult was added to the constitution of 2008 as a mechanism for the communities, towns and nationalities to be previously consulted on regards of the normative endured, in order to protect their collective rights recognized by the constitution. Nonetheless, the National Assembly has promulgated laws that prejudice these rights, pointing out the fact that there hasn't been a real integration and participation from the enactors of these collective rights. Delphi's methodology proves that there has not existed a development on the consult that aligns with the worldview, culture, ancestral knowledge of the indigenous communities and nationalities, and this generates distrust with state authorities. It's considered necessary to expand an organic law in regards to the pre-legislative consult prioritizing indigenous nationalities and communities, where respect for the inclusive participation of all of the parties is taken into consideration.

KEYWORDS

Collective rights, pre-legislative consultation, people and nationalities, organic law.

Fecha de lectura: 13/05/2021

Fecha de publicación: 13/05/2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.-2. MARCO TEÓRICO.-2.1 MARCO NORMATIVO.-2.2 TEORÍAS O FUNDAMENTOS.-3. ESTADO DEL ARTE.-4. CONTENIDO.-4.1 CONSULTA PREVIA.- 4.2. CONSULTA PRELEGISLATIVA.-4.3. PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS EN EL ECUADOR.- 5. DISCUSIÓN.- 5. RECOMENDACIONES.-6. CONCLUSIONES

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Fernando Andrés Martínez Moscoso.

² DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

1. Introducción

Han pasado 30 años desde el levantamiento indígena que fue un acontecimiento de gran magnitud para el Ecuador, en donde los pueblos y nacionalidades del país reclamaban la reivindicación de sus derechos colectivos y el efectivo cumplimiento de un sistema social-económico justo y equitativo para ellos, además del reconocimiento del carácter plurinacional y pluricultural por las cuales exigían la declaración formal por parte del Estado ecuatoriano³.

Pero, ¿Qué son los derechos colectivos? Los derechos colectivos son un grupo de principios, normas y disposiciones, los cuales admiten derechos y obligaciones para los pueblos y nacionalidades que cohabitan en un mismo territorio. Es una interpretación actual de los derechos humanos y mantiene una comprensión amplia y garantista sobre lo que abarca un Estado Plurinacional e Intercultural. El pluralismo legal a concebirse no únicamente para a los individuos también para las colectividades como sujetos de derechos⁴.

Al existir distintas nacionalidades y pueblos quiere decir que existe una rica variedad de entes colectivos que se encuentran en armonía con sus relaciones internas al igual que en el ámbito político, cultural y administrativo forman parte del Estado ecuatoriano y tienen ciertas particularidades tales como: la historia, el idioma, cultura, formas tradicionales de organización socio-económicas ejerciendo su propia autoridad sobre sus tierras y preservando sus sistemas de manejo de recursos naturales al igual que su cosmovisión ancestral⁵.

De esta manera, con las Constituciones, CRE, de los años 1998 y 2008, el Estado ecuatoriano reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas del país la titularidad de varios derechos colectivos, los cuales se encuentran reconocidos constitucionalmente tanto en la normativa nacional como en Tratados y Convenios Internacionales De Derechos Humanos como el Convenio No 169 de la OIT.

³ Conaie, “30 años del Primer gran Levantamiento Indígena” (Quito: 1990), disponible en: <https://conaie.org/2020/06/05/1990-30-anos-del-primer-gran-levantamiento-indigena/>

⁴ Jhon Antón Sanchez, “Derechos Colectivos y pueblo Afroecuatoriano”, en *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*, ed. M. Avila y M. Corredores (Quito: Abya Yala, 2009), 218.

⁵ Hernán Hermosa Mantilla, *De los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas al Neoconstitucionalismo Andino* (Quito: Editorial Universitaria Abya-Yala, 2014), 16.

La Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, a pesar de no tener un carácter vinculante para los Estados, se ha tornado importante debido a la implementación y el desarrollo sobre el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas⁶.

En el capítulo cuarto de la CRE del 2008, los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se mantienen y ahora esos derechos se amplían al pueblo afro ecuatoriano y montubio⁷. Uno de esos derechos es la consulta previa, la misma que ya se encontraba en la CRE del año 1998.

La CRE vigente determina que la consulta debe ser previa, libre e informada, además de ser obligatoria y oportuna; implica que los consultados deben emitir sus planteamientos de conformidad o inconformidad con las propuestas que se han presentado sobre los distintos planes en un plazo razonable y, si es que llegase a existir daños, se debe indemnizar por las afectaciones que han sido provocadas dentro de sus territorios; debido a que no puede existir exploración ni explotación de recursos no renovables si no existe el consentimiento de los integrantes de los pueblos a quienes se consulta⁸.

La CRE posee cuatro tipos de consultas. La primera es la consulta popular, mecanismo por el cual se acepta o rechaza la propuesta derivada de los mismos ciudadanos⁹. La segunda, es la consulta previa que garantiza a los pueblos y nacionalidades su opinión anticipada frente a planes y programas de prospección, exploración de recursos no renovables. La tercera, es el derecho a la consulta ambiental que puede perjudicar el entorno donde habitan los pueblos y nacionalidades indígenas y por último, se tiene a la consulta prelegislativa, procedimiento que se da frente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que pudiesen afectar cualquiera de los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente¹⁰.

⁶ Andrés Martínez Moscoso, Víctor Aguilar Feijó, “La Consulta Prelegislativa y la participación de los titulares de los derechos colectivos: ¿ Mito o Realidad? Análisis del Caso de la Ley de Aguas.” *Revista de Ciencias Sociales* 10 (2015), 339.

⁷ Tania Arias, “Ecuador un estado constitucional de derechos”, *Revista del Grupo democracia* 15 (2008), disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-463>.

⁸ Joaquín López Abad, Francisco Ochoa Carrasco, *La Consulta Libre, previa e informada en el Ecuador*, ed. M. Luzuriaga (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2016), 15.

⁹ Kelly J., “Farley T. Lawrence, Plebiscite and Sovereignty: The Crisis of Political Illegitimacy.” *Political Science* (1986), 23.

¹⁰ Joaquín López Abad, Francisco Ochoa Carrasco, *La Consulta Libre, Previa e Informada en el Ecuador*, 14.

Cabe destacar que, la consulta prelegislativa como tal, es un mecanismo nuevo que adopta la CRE; si bien es cierto, se tiende a confundir entre consulta previa y consulta prelegislativa, pero la Corte Constitucional para Periodo de Transición, CC, se ha referido a esta última mencionando que:

“(…) bajo ninguna circunstancia puede equipararse con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57 numeral 7 ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución”¹¹.

Además, la define como un derecho colectivo que se encuentra dirigida únicamente a las poblaciones y nacionalidades indígenas, afros y montubios, quienes pueden observar que sus derechos colectivos pueden ser perjudicados por la aplicación directa de una ley o normativa expedida.¹².

La CC estableció que la Asamblea Nacional, AN, era el órgano responsable de llevar a cabo la consulta, pero existían ciertas limitantes para llevar a cabo dicho proceso, debido a que los pueblos y nacionalidades, la mayor parte de veces, se encuentran alejadas de las zonas urbanas y esto no lo tomó a consideración la CC.

El presente trabajo investigativo tiene como objetivo analizar la aplicación y la eficiencia de la Consulta Prelegislativa dentro de las comunas, comunidades y nacionalidades indígenas del Ecuador, es decir, si la AN ha desarrollado un procedimiento acorde a la cultura y cosmovisión ancestral de los pueblos o se lo ha ejecutado desde una mirada occidental por parte de las autoridades locales y nacionales, tomando en cuenta las diferencias existentes entre Consulta Previa y Consulta Prelegislativa.

Se analizarán las resoluciones de la CC anterior y la CC actual, con respecto a la consulta prelegislativa y así se obtendrán las respuestas necesarias para responder a la pregunta de investigación planteada, por lo cual es importante conocer otras leyes en donde se ha aplicado este derecho colectivo y si la participación fue importante para la ejecución del proyecto de ley o simplemente fue un acto protocolario para esconder la omisión de este derecho constitucional.

Para finalizar se procederá a interpretar las opiniones vertidas de los actores principales, en donde se utilizará la metodología Delphi con una técnica cualitativa, cuya finalidad es extraer información relevante que ayude al presente caso. Es por eso que con

¹¹Sentencia No.001-10-SIN-CC, Corte Constitucional para el período de transición, 18 marzo de 2010, 39.

¹² *Ibíd.*, 40.

las entrevistas se podrá llegar a una conclusión real y palpable desde el pensamiento de los protagonistas de este derecho.

2. Marco Teórico

2.1 Marco Normativo

El presente trabajo investigativo usa el marco normativo internacional del Convenio 169 de la OIT, el cual regula los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas donde se encuentra establecida la consulta previa a la que tienen derecho¹³. De la misma manera, se utiliza la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU¹⁴, si bien es cierto no tiene carácter vinculante porque forma parte del Soft Law; sin embargo, el documento ha reconocido los derechos que tienen ellos dentro de los Estados donde convergen.

Además, se presenta a nivel regional la Convención Americana de Derechos Humanos teniendo como base la protección a nivel internacional los Derechos Fundamentales del Hombre¹⁵.

En el caso ecuatoriano se aplica la Constitución de la República, dentro del capítulo cuarto donde se desarrollan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador¹⁶. Por su parte, la jurisprudencia empleada en el presente estudio de investigación es de la Corte Constitucional con la sentencia de Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial sobre el Bosque Protector del Triángulo de Cuembi¹⁷; de igual forma la sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería por vulnerar los derechos de las comunidades indígenas¹⁸.

2.2 Teorías o fundamentos

En América Latina, desde la época colonial, ha existido un conjunto de normas legales no escritas de los pueblos indígenas denominado Derecho Consuetudinario,

¹³ Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo 1998.

¹⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Nueva York, 13 de diciembre de 2007.

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 18 de julio de 1978, ratificada por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O de 25 de enero de 2021.

¹⁷ Sentencia No. 20-12-IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de julio de 2020.

¹⁸ Sentencia No 001-10-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 18 de marzo de 2010.

distinta al derecho positivo, validado en un país en específico; sin embargo, ambos coexistieron, se adaptaron de manera mutua y presentaron una discusión entre sus sistemas¹⁹.

La dependencia de los pueblos indígenas hacia el Estado colonial y luego a las Repúblicas Independientes, transformaron las bases sociales y culturales generando así un cambio en las costumbres jurídicas; modificando la ecología, demografía, economía y la situación política frente al Estado y sus aparatos estatales-administrativos. Ante esto, Stavenhagen mencionó que el Derecho Consuetudinario en Latinoamérica es la forma en que las comunidades y pueblos indígenas adaptaron el derecho positivo nacional a su manera²⁰.

La expresión de la pluralidad jurídica quebranta el estilo positivista ejecutado por Kelsen en la “Teoría del Derecho”, donde consideraba que el propósito de la ciencia jurídica era únicamente para el derecho positivo o norma jurídica desarrollada por el Estado; por esta razón, la administración de justicia y la elaboración del derecho se encontraban acumulados por él, llamando a esto, monismo jurídico o legal²¹.

Por su parte, Llasag considera que la pluralidad jurídica es el resultado de una decisión manifiesta de los pueblos y comunidades para tener la oportunidad de constituir un orden actual, el mismo que puede ser competente para acatar sistemas de derecho culturalmente distintos al Derecho Positivo del Estado y así tener un espacio autónomo para poder solventar disputas internas, intercambiar y construir lugares de encuentro, seres y saberes bajo el respeto mutuo²².

De Sousa- Santos expone que en los países de la región no puede existir un único sistema jurídico, reconociendo por lo mínimo dos sistemas jurídicos que son: el estatal y el indígena, los cuales articulan una unidad como diversa, indicando límites una con la otra. Además, menciona que no pueden ser justicias aisladas pues rompe la unidad del

¹⁹ Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, *Entre la Ley y la Costumbre: el Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, (México: Instituto Indigenista Interamericano, 1990), 29.

²⁰ Rodolfo Stavenhagen, Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre*, 35.

²¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, (Buenos Aires: Eudeba, 2003), 20-37.

²² Raúl Llasag, “La Jurisdicción Indígena en el Contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad” en *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 179-209.

Estado. De esta manera funciona el pluralismo jurídico como prácticas diversas dentro de un espacio en común²³.

Frente a estos enfoques, es importante añadir que el Pluralismo Jurídico otorga a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas la facultad de cohabitar, se relaciona con la plurinacionalidad e interculturalidad al cual Ecuador está sometido por ser un Estado de derechos y justicia; además, la teoría planteada va concentrada de acuerdo a la perspectiva de los derechos colectivos y la visión que tienen los pueblos y nacionalidades del país de acuerdo a este nuevo mecanismo constitucional.

3. Estado del Arte

Los pueblos y nacionalidades indígenas en Ecuador han tenido que vivir realidades y luchas históricas para exigir el goce de sus derechos como colectividad, de manera que Grijalva indica que los derechos colectivos son derechos humanos específicos de los cuales sus titulares son determinados grupos de personas, quienes de manera concreta pueden reclamar por su vulneración. Es así que, estos derechos son propios de quienes lo integran²⁴.

Ana Luisa Guerrero reconoce como derechos colectivos a aquellos que van de acuerdo con la diversidad cultural como un derecho humano, además de ser contribuciones que se han obtenido mediante luchas, resistencias y movimientos sociales de los pueblos indígenas, respetando así la dignidad humana, demostrando que el planteamiento occidental no es el único, sino que también hay sustentos éticos para defender los derechos colectivos²⁵.

Raúl Ilaquiche da a la consulta prelegislativa la visión de “nuevo”, dentro de la CRE del 2008, porque promueve la participación activa de los pueblos y nacionalidades del país al ser consultados debidamente cuando los órganos con potestad normativa adoptan una nueva ley que pueda vulnerar los derechos colectivos de estas comunidades. Es así como dichos órganos deben asegurar el debido cumplimiento de este nuevo

²³ Boaventura de Sousa Santos, “La reinención del Estado y el Estado plurinacional”, en *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, (Santa Cruz de La Sierra: CLACSO, 2008), 24.

²⁴ Agustín Grijalva, “¿Qué son los derechos Colectivos?” en *Los Derechos Colectivos, hacia su efectiva comprensión y protección*, (Quito: Abya Yala, 2009), 16-17.

²⁵ Ana Luisa Guerrero, “Reflexiones ético- políticas sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas.” *Revista NUESTRAMÉRICA* 11 (2018), 227-238.

mecanismo, por lo que debe ser acorde a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos²⁶.

En esta línea, Andrés Martínez prevé que la consulta prelegislativa es una reciente e innovadora incorporación ejecutada por la Asamblea Constituyente, el cual brinda la oportunidad a los pueblos y comunidades a ser los principales participantes cuando el legislativo promueva un nuevo proyecto de ley que pudiera afectar a los derechos colectivos de los grupos a los cuales se ha referido; a pesar de que al finalizar la consulta no tiene un efecto vinculante, garantiza de manera primordial la participación activa de los pueblos y nacionalidades como colectivo²⁷.

Por su parte, Ana Fabiola Zamora expresa que, con la CRE, el derecho a la consulta se amplía obligando al Estado a consultar anticipadamente a las comunidades y nacionalidades indígenas en casos donde los derechos colectivos pueden verse afectados al ejecutar medidas legislativas de planes de explotación de recursos no renovables en sus tierras ancestrales²⁸.

Por último, para Julio César Trujillo la consulta previa consiste en la obtención del consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades sobre programas de explotación dentro de sus territorios, los cuales pueden perjudicarles ambiental o culturalmente ocasionando un quiebre dañino a la colectividad²⁹.

Por lo tanto, los autores mencionados, desde su concepción, consideran a la consulta prelegislativa como uno de los derechos reconocidos constitucionalmente que se amplía en la Constitución del 2008 y da la potestad a los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados antes de que se expida una ley que pueda afectar sus derechos como colectividad.

En tal sentido se requiere que la consulta prelegislativa sea interpretada de acuerdo con la manifestación de los integrantes de las comunidades y nacionalidades, por lo que

²⁶ Raúl Ilaquiche, “Derecho de los pueblos indígenas a la consulta prelegislativa”, *UNIANDÉS* 2 (2019), 16.

²⁷ Andrés Martínez Moscoso, Víctor Aguilar Feijó, “La Consulta Prelegislativa y la participación de los titulares de los derechos colectivos: ¿ Mito o Realidad? Análisis del Caso de la Ley de Aguas.” *Revista de Ciencias Sociales* 10 (2015), 345.

²⁸ Ana Fabiola Zamora Vázquez, Diego Adrián Ormaza, “El Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado”, *Killkana Sociales* 3 (2019), 76.

²⁹ Julio Cesar Trujillo, “Consulta Previa, Libre e Informada”, 322.

es necesario demostrar que se ha cumplido por parte del Estado con este nuevo derecho colectivo.

4. Contenido

4.1 Consulta Previa

En este apartado de manera específica trata sobre el derecho colectivo a la consulta previa, sus características, aplicación e implementación.

En Ecuador durante el año 1998 se reclamaba la existencia de una consulta previa en la CRE y se lo consagró; sin embargo, el Estado no lo respetó en lo absoluto, lo único que era de su interés fue el crecimiento económico provocando daños culturales y medioambientales irreversibles.³⁰ Además, su uso se encontraba condicionada a la aprobación de una ley en específico, la misma que nunca se dio. Fue durante el proceso constituyente del 2008 cuando se retoma el tema por el alto grado de disputa política existente³¹.

La CRE contempla y garantiza a los pueblos y comunidades indígenas varios derechos colectivos, uno de ellos es la consulta previa, libre e informada, en donde se manifiesta que en un período de tiempo prudente las autoridades competentes, de manera obligatoria, deben realizar la consulta respectiva a las comunidades cuando se trate sobre planes de explotación y distribución de recursos no renovables que se localicen en las tierras y puedan causar daño, ya sea ambiental o culturalmente; además, de ser partícipes sobre el beneficio de dichos proyectos o cobrar indemnizaciones³².

La consulta en sí tiene varias características: es previa, pues debe anteceder al acogimiento y aplicación sobre aquellas disposiciones de exploración, explotación y distribución de recursos no renovables que puedan afectar de manera directa a las comunidades; es libre, dando la oportunidad a sus integrantes de participar sin alguna

³⁰ Rosa Cecilia Baltazar Yucailla, “Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades”, en *La nueva constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 218.

³¹ Floresmilto Simbaña, “Consulta previa y democracia en el Ecuador”, 5.

³² Artículo 57 numeral 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008. “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”.

injerencia externa y también debe ser informada de todos los procedimientos que se realicen con el consentimiento de los pueblos indígenas. Además, debe ser de buena fe, ir de la mano con actos acordes a la comunidad y el respeto hacia ellos, para lo cual se deben tomar procedimientos adecuados mediante los integrantes y representantes de las comunidades y del gobierno³³.

4.1.1 Consulta previa en países latinoamericanos

La consulta previa, libre e informada ha cobrado una significativa importancia en varios países de Latinoamérica a lo largo de las últimas dos décadas, debido al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. La consulta previa es una noción que proviene del debate profundo sobre su reconocimiento como derecho, tomando en cuenta que lo que se discutía era la libre determinación de los pueblos. A pesar que existieron impedimentos para poner en consideración los derechos de los pueblos por parte de los Estados, estos debieron aceptarlos como un medio eficaz con carácter vinculante internacional para el reconocimiento de los derechos colectivos por parte de los Estados³⁴.

Así, varios países han adaptado a sus ordenamientos jurídicos la consulta previa, por ejemplo, Colombia en su texto Constitucional menciona que la explotación de recursos naturales dentro de los territorios indígenas se realizará sin dañar la integridad cultural, social y económica, dando la oportunidad a los representantes de las diferentes comunidades de participar en las decisiones respecto a la explotación de recursos³⁵.

Por su parte, el Estado Plurinacional de Bolivia también ha integrado la consulta previa a su normativa, en donde menciona que los pueblos campesinos tienen el derecho a la consulta previa cuando existan medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos con respecto a la explotación de recursos naturales no renovables en el territorio donde residan, para lo cual deben existir procedimientos adecuados que garanticen y respeten la consulta previa³⁶.

³³ El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada, Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos, Oficina en Colombia del Alto

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008, 20-21.

³⁴ Mónica Mazariegos Rodas, "Consulta Previa a los Pueblos Indígenas." *Eunomía* 11(2016), 222.

³⁵ Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No 116, de 20 de julio de 2016. Artículo 330.

³⁶ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, (La Paz, 7 de febrero de 2009) Artículo 30, numeral 15.

Por otro lado, Perú después de varios años, en el 2011 expidió la Ley de Consulta Previa, debiendo aplicarse conforme a lo dispuesto por los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú. El texto manifiesta que se deben consultar las medidas o decisiones de las autoridades públicas que puedan perjudicar e impactar de manera negativa las condiciones de vida de los pueblos indígenas³⁷.

Estos países latinoamericanos a pesar de que tardaron un tiempo en reconocer los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas lo hicieron adaptándolo a sus normas internas e instrumentos internacionales; sin embargo, muchos de ellos han pasado por alto su propia Constitución y leyes ocasionando daños culturales o medioambientales irreversibles a los territorios de las comunidades.

4.1.2 Pronunciamiento de los Organismos Internacionales sobre la consulta previa

A nivel internacional, el mecanismo de consulta previa se ubica dentro del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y en otras fuentes de derecho como la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸.

En el año 1989, cuando se aprobó el Convenio No 169 de la OIT en donde la mayoría de países latinoamericanos lo firmaron y ratificaron a lo largo de los años 90, el derecho a la consulta previa, libre e informada cruzó de manera inminente a los primeros sitios de las agendas de las diferentes organizaciones indígenas³⁹.

Ahora bien, el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas consagrado en este instrumento es el eje central y parámetro fundamental de interpretación de todas sus disposiciones. Según lo establecido en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados por los Estados a través de procedimientos apropiados, de buena fe, por medio de sus instituciones representativas,

³⁷ Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785, Perú, 2011.

³⁸ Mónica Mazariegos Rodas, "Consulta Previa a los Pueblos Indígenas", 222.

³⁹ Marco Aparicio Wilhelmi, "Derechos y Pueblos Indígenas: avances, objetivos y debilidades subjetivas." *Revista de Antropología Social* 24 (2015), 135.

y con la intención de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que pudiesen afectarlos directamente⁴⁰.

De hecho, Yrigoyen manifestó que el Convenio tuvo un gran impacto jurídico constitucional dentro de los Estados que lo ratificaron. Las reformas estuvieron en el marco de las demandas de los movimientos sociales e indígenas, así como los ajustes estatales necesarios que se efectuaron posteriormente a la adopción del tratado. Ciertamente reconoce el derecho de los pueblos a definir sus prioridades sobre su desarrollo mediante procesos de consulta previa y la garantía de ser partícipes en las políticas y programas que puedan lesionar cualquiera de sus derechos⁴¹.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas, aprobada en el año 2007, se consagró como el instrumento internacional más significativo existente sobre el tema, no solo por establecer estándares universales mínimos, sino también por concederle a la ONU el poder desempeñar una representación importante sobre el reconocimiento, promoción y la protección de los derechos colectivos de los pueblos, comunas, comunidades y nacionalidades indígenas⁴².

Este instrumento determina que, los Estados con el fin de conseguir el consentimiento de los pueblos deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con las comunidades y nacionalidades cuando algún plan pueda dañar a sus tierras. Ningún objetivo puede ser llevado a cabo sin la consulta y sin el consentimiento libre e informado de los colectivos indígenas⁴³.

Los Tribunales de Justicia han destacado la obligación de respetar las normas de consulta previa dispuestas en el Convenio, inclusive de aquellos Estados que no lo ratificaron. Esos Estados, han manifestado la real necesidad de desarrollar consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales sobre aquellas decisiones que perjudiquen sus derechos y a sus territorios. La Corte IDH, expresó que el

⁴⁰Carlos Alberto Mendoza, “Los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas en Colombia: una propuesta de clasificación, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018,

⁴¹ Juan Pablo Acosta Nacas, “Derechos Humanos de los pueblos indígenas en clave de pluralismo jurídico e interculturalidad.” *Ánfora* 26 (2019),125.

⁴²*Ibid.*, 35.

⁴³ Luis Alberto Tuaza Castro, “Alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en América Latina.” *Revista de Ciencias Sociales* 4 (2020),185.

compromiso de efectuar la consulta constituye una norma convencional y también un principio general de Derecho Internacional⁴⁴.

Adicionalmente, la Corte IDH, en la interpretación progresiva que efectuó sobre el art. 21 de la Convención Americana había indicado que en el caso *Sarayaku vs Ecuador*, el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos y nacionalidades para realizar la exploración y explotación de recursos naturales en propiedad comunitaria⁴⁵.

4.2 Consulta prelegislativa

Con respecto a la consulta prelegislativa, la CRE del 2008, la añade al catálogo de derechos colectivos como un mecanismo ejecutable para los pueblos, comunidades y nacionalidades al ser consultados de manera anticipada sobre la adopción de medidas legislativas o administrativas que pudieran perjudicar o afectar cualquiera de sus derechos colectivos⁴⁶.

Este derecho se amplía, determinando que el Estado se encuentra de manera obligada a consultar a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en aquellos casos donde se prevean este tipo de medidas que afectan a territorios y tierras desde su cosmovisión ancestral. Por esa razón, se debe informar a los pueblos de las medidas o proyectos en su lengua nativa con asistencia técnica, con el objetivo de explicar las ventajas y desventajas; para que así las comunidades estimen pertinente dicho planteamiento y lo evalúen llegando a acuerdos que beneficien a ambas partes⁴⁷.

Por tanto, la consulta prelegislativa se ha entendido, dentro de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, como un proceso en donde se extrae la información, opinión, asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, los cuales resultan directamente afectados por las medidas legislativas o administrativas, o por aquellos programas que ejecuten los Estados parte de la OIT⁴⁸.

⁴⁴ Mario Melo, “Derechos Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Avances alcanzados en la sentencia del caso *Sarayaku* contra Ecuador.” *Anuario de la Facultad de Derecho* 7 (2014), 280.

⁴⁵ Andrea Soledad Galindo, “Limitaciones al reconocimiento del territorio ancestral en Ecuador.” *Revista de Derecho* 34 (2020), 36.

⁴⁶ Artículo 57, numeral 17, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁷ Ana Fabiola Zamora, “El Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo Libre e Informado.” *Revista Killkana Sociales* 3 (2019), 77.

⁴⁸ Monserrat Olivos Fuentes, Guillermo Rafael Gomez Romo de Vivar, “La Construcción jurisdiccional de los procesos de consulta de las comunidades indígenas y su aproximación al derecho a la información en México.” *Revista Derecho del Estado* 45 (2020), 155-185.

Para Ilaquiche, el fin de este derecho colectivo es que los pueblos y nacionalidades tengan la facultad de ser informados cuando órganos o instituciones que tengan capacidad normativa procedan a aprobar una ley que pueda afectar los derechos reconocidos constitucionalmente⁴⁹. Además, de ser un derecho colectivo, la consulta prelegislativa es una garantía constitucional⁵⁰.

A su vez Martínez resalta que, la consulta prelegislativa es una incorporación moderna de la nueva CRE que permite a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y montubias ser los partícipes y protagonistas cuando la AN prevea proyectos de leyes que los perjudique; es decir, que ellos serán consultados anticipadamente y, a pesar de que este mecanismo no es vinculante con respecto a los pueblos y nacionalidades, favorecen al poder legislativo porque están otorgando la inclusión y participación de los pueblos y nacionalidades previamente inscritos para poder colaborar⁵¹.

El Consejo de Administración Legislativa, CAL, expidió mediante resolución, la organización y ejecución de la consulta prelegislativa en 4 fases que son: preparación, convocatoria, etapa de realización de la consulta prelegislativa, y período de análisis de resultados y la finalización de este mecanismo⁵². Es verdad que, la CRE garantiza este derecho colectivo a las comunidades, pueblos y nacionalidades; sin embargo, su omisión no adolece únicamente de vicio a una o varias normas expedidas, sino también, a la forma en cómo se procede para la expedición de leyes que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas⁵³.

4.2.1 Pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la Consulta Prelegislativa

⁴⁹ Raúl Ilaquiche, “Derecho de los pueblos indígenas a la consulta prelegislativa”, 16.

⁵⁰ Artículo 84, Constitución de la República del Ecuador, 2008: La Asamblea Nacional y cualquier órgano con potestad normativa deberá adecuar las leyes y normas jurídicas a lo previsto en la Constitución y tratados internacionales con el fin de garantizar la dignidad del ser humano o de los pueblos y nacionalidades; en ningún caso la reforma de la Constitución podrá atentar contra los derechos reconocidos dentro de la Constitución.

⁵¹ Andrés Martínez Moscoso, Víctor Aguilar Feijó, “La Consulta Prelegislativa y la participación de los titulares de los derechos colectivos: ¿Mito o Realidad? Análisis del Caso de la Ley de Aguas”, 345.

⁵² Asamblea Nacional, Informe final de resultados de la Consulta Pre legislativa proyecto de ley orgánica de tierras rurales y territorios ancestrales, 03 de octubre de 2015 https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/informe_final_de_resultados_de_la_consulta_prelegislativa_relacionada_con_el_proyecto_de_ley_organica_de_tierras_rurales_y_territorios_ancestrales_2-10-2015.pdf

⁵³ Julio César Trujillo, “Consulta Previa, Libre e Informada”, 325-326.

4.2.1.1 Acción de Inconstitucionalidad de Ley de Minería⁵⁴

Sentencia No 001-10-SIN-CC. Juez Ponente, Patricio Pazmiño Freire.

Antecedentes

El Presidente de la CONAIE de ese entonces Marlon Santi, Carlos Pérez Guartambel en su calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay fundamentaron la acción basados en los artículos 436 numeral segundo y 84 de la CRE, presentando esta acción de Inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería que fue publicada en el Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009 y por el fondo de los artículos 1,2,15,28,30,59,67,87,88,90,100,103 y 316⁵⁵.

Además, las normas constitucionales que supuestamente fueron vulnerados por la Ley de Minería eran los arts. 11, numeral 2; 57, numerales 4, 7,8, 11, 17; 66, numerales 4, 22,26; 133, 326, 326,408 y 425 de la CRE. También, atentaron las normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, arts. 4, 6, 13, 14,15 y 16 respectivamente, además, los arts. 8, 10, 19, 23, 25, 26,29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los arts. 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶.

También, el art. 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con respecto a la inconstitucionalidad por la forma, la Ley de Minería, mencionaron los accionantes, fue atentatoria para el Derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas, afectando los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades por las diferentes actividades mineras que fueron concesionadas y estaban por concesionarse ubicadas dentro de sus territorios⁵⁷.

Fundamentación de la CC

⁵⁴ Sentencia No 001-10-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, 18 de marzo de 2010.

⁵⁵ *Ibíd*, 3.

⁵⁶ *Ibíd*, 3.

⁵⁷ *Ibíd*, 3.

La CC manifestó que los accionantes se encontraban legitimados para interponer dicha acción, en virtud del cumplimiento de los requisitos del art. 439 de la CRE⁵⁸. La CC determinó que, el procedimiento legislativo que fue efectuado por la Comisión de Legislación y Fiscalización el cual promulgó la Ley de Minería guardaba relación con la CRE y de manera específica con los arts. 132, 134, 136 y 137. Por su parte, la Comisión tuvo que acelerar el desarrollo de la normativa y deliberaciones para cumplir con los objetivos y obligaciones constitucionales⁵⁹.

Si bien es cierto, se evidenció la ausencia de regulación legal infra constitucional previa para la realización de la consulta prelegislativa prevista y garantizada en los arts. 6 del Convenio 169 de la OIT y 57 numeral 17 de la CRE⁶⁰. La CC, como resultado de la implementación evidente de la CRE constató que, el Ministerio de Minas y Petróleos invitó al Presidente de la CONAIE para que sea partícipe del proceso de la consulta⁶¹.

No se guardó conformidad con el art 57 numeral 17 pero guardó plena relación con otros procesos previstos en la CRE expresado en el art. 398, el cual si bien no forma parte de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades, pero establecía que, en casos de eventuales perjuicios al medio ambiente, el sujeto consultante era el Estado⁶². La CC demostró que, participaron delegados de los diferentes sectores del movimiento indígena, quienes expusieron sus argumentos. Así, la consulta prelegislativa constató que ha empleado verificando además que existió el procedimiento tanto de información como de participación en la consulta prelegislativa ejecutándose por el empleo directo del precepto constitucional⁶³.

La CC insistió que, dentro del procedimiento y el desarrollo de la Ley de Minería se encontró una situación inusual. Esa situación formó parte de la transformación y la transición formando parte del cambio sustancial constitucional y que, en el marco del Derecho Internacional se conoce como: principio “*rebus sic stantibus*”, condición peculiar que debió ser tomada como observación en el juicio de constitucionalidad⁶⁴.

⁵⁸Sentencia No 001-10-SIN-CC, 32.

⁵⁹ *Ibíd*, 33.

⁶⁰ *Ibíd*, 34.

⁶¹ *Ibíd*, 35.

⁶² *Ibíd*, 35.

⁶³ *Ibíd*, 37.

⁶⁴ Sentencia No 001-10-SIN-CC, 38.

La CC argumentó que, dentro de la jurisprudencia internacional se ha ejecutado el principio de Conservación de la Ley en donde el juez constitucional tenía la responsabilidad de auxiliar hasta donde sea posible la constitucionalidad de una ley impugnada⁶⁵. La CC, estableció reglas provisionales dejando en claro que son de obligatorio cumplimiento hasta que la AN se pronuncie mediante la normativa que reglamente el derecho a la consulta previa e informada reconocida en la CRE⁶⁶.

Si bien es cierto, no se determinó que en los artículos 1 y 2 de la Ley de Minería tuviera el carácter excepcional de la participación privada en el sector Minero; los arts. 21, 22, 30 y 31 confirmaron que, al tratarse de un sector estratégico, la administración y gestión es una competencia exclusiva del Estado. Por regla general, las labores mineras que se efectuaron fueron por medio de una compañía del estado, guardando relación con lo escrito en el inciso primero del art. 316 de la CRE⁶⁷.

La CC determinó que, el Estado debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el art. 316 de la CRE y así esgrimió que las mismas disposiciones que el accionante citó, establecían que la ley impugnada cumplía con parámetros previos al permiso de una concesión minera en aquellos asentamientos que no formaban parte de comunidades y nacionalidades indígenas⁶⁸.

Finalmente, la CC constató que, la Ley de Minería respetó y previno de deterioros a los derechos de la naturaleza y medio ambiente, reconociendo a los métodos de información, colaboración y consulta en los términos previstos en el art. 398 de la CRE. La CC desestimó las oposiciones sobre la inconstitucionalidad por la falta de razonamiento jurídico, fortaleciendo y desarrollando mecanismos de impugnación constitucional⁶⁹.

El problema jurídico sustancial que se planteó en la demanda fue: si la consulta prelegislativa prevista en la CRE, es un requisito procedimental con carácter formal o por el contrario se trata de un derecho de carácter sustancial. A juicio de la CC y de

⁶⁵ *Ibíd*, 48.

⁶⁶ *Ibíd*, 52.

⁶⁷ *Ibíd*, 58.

⁶⁸ *Ibíd*, 57.

⁶⁹ *Ibíd*, 58.

conformidad al art. 57 numeral 17 de la CRE la consulta prelegislativa constituyó un derecho constitucional de carácter colectivo.

La CC consideró que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta prelegislativa constituyó un requisito previo sine qua non, que condicionó la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que afecte cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Decisión

La CC declaró que, ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule el procedimiento de la consulta prelegislativa, el proceso de información y participación que se implementó previo a la expedición de la Ley de Minería se desarrolló en aplicación directa a la CRE, desechando la impugnación de inconstitucionalidad por la forma de la ley de Minería. La consulta prelegislativa es de carácter sustancial y no formal⁷⁰.

En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del art. 436 de la CRE; 5, 76 numerales 3, 4,5 y 95 inciso primero de la LOGJCC se declaró la constitucionalidad condicionada de los arts. 15,28,31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90 , 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres , libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental⁷¹.

Mantendrían su validez, constitucionalidad y vigencia mientras no se aplicarán a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubias⁷².

La CC de conformidad con el art. 76 numeral 5 de la LOGJCC y el respeto de los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, dejó en claro que ninguna autoridad o persona natural o jurídica podía aplicar una interpretación distinta a la citada en el numeral precedente⁷³. Se desecharon las impugnaciones de inconstitucionalidad por

⁷⁰ Sentencia No 001-10-SIN-CC, 59.

⁷¹ *Ibíd*, 59.

⁷² *Ibíd*, 52.

⁷³ *Ibíd*, 59.

el fondo de los artículos que no han sido objeto de la declaratoria de constitucionalidad condicionada expuesta en esta sentencia, la cual tenía efectos erga omnes⁷⁴.

Comentario

La CC tomó en cuenta que, los accionantes tenían la legitimidad adecuada para ejecutar la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, La CC dio argumentos y mencionó que si bien no existió un procedimiento adecuado para la realización de la consulta prelegislativa, se tomó en cuenta la participación de aquellos representantes de las nacionalidades y pueblos indígenas sin tomar a consideración que no únicamente esas personas conformaban el movimiento indígena del Ecuador. No puede ser posible que los jueces adujeran que el Convenio de la OIT y demás Tratados Internacionales no proponen un mecanismo para ejecutar el procedimiento de la consulta, sin embargo dio las pautas para que el Estado lo haga de manera adecuada. La CC basó su decisión tomando en cuenta principios como el de salvar leyes promovidas por el legislativo y eso no es así, se debía proporcionar los mecanismos propios y aptos para que los derechos de las nacionalidades y pueblos no sean vulnerados. El pensamiento de la CC se fundamentó en que el Estado y la CRE respetaban los territorios de los pueblos y nacionalidades cuando la realidad era otra.

Una de las decisiones de la CC fue que la consulta no se tornó vinculante para los pueblos y nacionalidades, los magistrados no dijeron nada al respecto, quedando como una mera formalidad por parte del Estado; sin que haya existido la obligación de por medio para receptar las opiniones o criterios de los integrantes del colectivo. Además, la decisión de la CC no se encontraba en el mismo sentido que los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos que Ecuador ratificó. La CC tuvo una visión occidental con respecto al tema, pasó por alto que los pueblos y nacionalidades tienen una cultura y cosmovisión ancestral diferente al de la mayoría de la sociedad ecuatoriana.

4.2.1.2 Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial No 080 del Ministerio del Ambiente

En este caso, Daniela Salazar Marín fue la Jueza Ponente⁷⁵.

⁷⁴ *Ibíd*, 60.

⁷⁵ Sentencia No 20-12- IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, 01 de Julio de 2020, 1.

Antecedentes

El 22 de marzo de 2012, representantes de la FONAKISE y varios presidentes de las comunidades presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 al 8 del Acuerdo Ministerial, Acuerdo, 080 del Ministerio del Ambiente, MAE, expedido el 13 de mayo de 2010. El acuerdo impugnado declaró como Bosque Protector al área denominada Triángulo de Cuembí localizado en una extensión aproximada de 104.238 hectáreas dentro de la provincia de Sucumbíos, cantón Putumayo, Parroquias El Carmen de Putumayo, Palma Rojas y Santa Elena⁷⁶.

La Procuraduría General del Estado presentó un escrito argumentando la constitucionalidad de la norma que se impugnó. El MAE también lo hizo, argumentó que no vulnera derechos constitucionales y solicitó que se rechace la demanda planteada⁷⁷.

Los accionantes explican que en la zona declarada como bosque protector denominada “Triángulo de Cuembí”, se asientan más de 23 comunidades de la nacionalidad Kichwa⁷⁸. Se alegó que, la declaratoria vulneró los derechos constitucionales a la vivienda, alimentación, identidad cultural, derechos colectivos a las tradiciones ancestrales, a mantener la posesión de sus tierras, conservar sus prácticas en el manejo del entorno natural, a la consulta previa de medidas que los afecten culturalmente, a ser consultados antes de establecer una medida normativa, a limitar las actividades militares en sus territorios por lo que solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo del Acuerdo Ministerial No 080⁷⁹.

Por su parte, el MAE argumentó que el acuerdo impugnado fue expedido mediante un informe técnico que declaró como bosque y vegetación protectores al Triángulo de Cuembí, elaborado por la misma entidad⁸⁰. Sostuvo que la declaratoria guardó armonía con los arts. 3 numeral 7, art. 14, art. 395 numeral 1, art. 400, 404, art. 405 inciso primero y art 406 los cuales han promovido la protección del medio ambiente⁸¹. Sobre esto, el MAE solicitó que se rechace la acción de inconstitucionalidad del acuerdo impugnado⁸².

⁷⁶Sentencia No 20-12- IN/20, 3.

⁷⁷ *Ibíd*, 3.

⁷⁸ *Ibíd*, 6.

⁷⁹ *Ibíd*, 7.

⁸⁰ *Ibíd*, 9.

⁸¹ *Ibíd*, 11.

⁸² *Ibíd*, 12.

Además argumentó que, si bien no se ha expedido un plan de manejo de la zona, las actividades permitidas se encuentran especificadas en el art. 20 del libro III del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente, TULSMA⁸³. Que, la presencia militar es necesaria y fundamental debido a que están en un territorio de frontera y que la consulta prelegislativa no es procedente por ser privativa de la Asamblea Nacional conforme a la sentencia No 001-10-SIN-CC dictada por la CC anterior⁸⁴.

Imagen 1: Ubicación de la Zona Triángulo de Cuembi



COMUNIDADES QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DEL B.P TRIANGULO DE CUEMBI			
Yana rumi	Elitoral	Mushuk kallari	Sinchi runa
Aguas blancas	Tres Fronteras	Nuevo Sinaí	Riera
Tacé	Bajo Rodríguez	Santa Rosa	Espiritu noteno
Zamona Yacu	Alto Rodríguez	Tigre playa	Loro cachi 1
Silva Yacu	Papaya chica	Yana Amaru	Loro cachi 2
Nueva montepa	Sandi yacu	Singué	Loro cachi 3

Fuente: Elaboración propia a partir de información extraída del internet⁸⁵.

¿El Acuerdo impugnado ha vulnerado los arts. 13, 21 y 30 y el art. 57 de la CRE en donde se encuentran los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades

⁸³ Ibíd, 12.

⁸⁴ Sentencia No 20-12- IN/20,12.

⁸⁵ Slictodoc, Sistematización de procesos para la gestión de conflictos, último acceso 08 de abril de 2021, <https://slidetodoc.com/sistematizacin-de-procesos-para-la-gestin-de-conflictos/>.

provocando de esa manera varias limitantes para el desarrollo de las comunidades asentadas en la zona?⁸⁶

Argumentación de la CC

La CC argumentó que, los accionantes tanto en los escritos como en la audiencia pública guardaban relación con la falta de consulta a las comunidades indígenas de la zona del Triángulo de Cuembí previo a la declaratoria como bosque protector⁸⁷. En donde correspondía realizar las consultas respectivas basadas en el art. 57 numerales 7 y 17 respectivamente, además la declaratoria de un territorio como bosque protector podría suponer la prohibición de ciertas actividades en la zona, derivando en afectaciones a otros derechos colectivos⁸⁸.

Al respecto la Corte IDH, había señalado que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado. Por su parte el Convenio 169 de la OIT establecía en su artículo 6.2 que las consultas que eran llevadas a cabo debían efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁸⁹. La consulta no se limita ni se agota en un mero trámite formal o informativo, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación⁹⁰.

El art. 57.17 de la CRE reconoce el derecho de las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquier de sus derechos. La CC también observó que, la sentencia No 001-10-SIN-CC contiene una restricción ilegítima de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades, porque no contempla la interpretación del art. 57 numeral 17 de la CRE que resultaba más favorable para la plena vigencia de los derechos y va en contra a lo prescrito en Pactos, Convenios, Declaraciones y otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos⁹¹.

La CC mencionó que, el art. 84 de la CRE exigía que la AN y todo órgano con potestades normativas adecue, formal y materialmente sus disposiciones a los derechos previstos en la Constitución y Tratados Internacionales, requiriendo así de una consulta

⁸⁶Sentencia No 20-12- IN/20, 18.

⁸⁷ *Ibíd*, 18.

⁸⁸ *Ibíd*, 19.

⁸⁹ *Ibíd*, 20.

⁹⁰ *Ibíd*, 20.

⁹¹ *Ibíd*, 22.

prelegislativa cuando sean emitidas normativas que probablemente pudieran afectar a los derechos colectivos antes de su expedición⁹².

En la información que proporcionó el MAE, no se evidenció que se haya efectuado una consulta a la comunidad previo a la emisión del acuerdo impugnado. De hecho, reconoció la falta de realización de la consulta justificando que el acuerdo no vulneraba derechos colectivos de las comunidades de la zona y que el tipo de consulta era únicamente requerido previo a la expedición de normas por parte de la Asamblea Nacional⁹³.

Así, tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identificaron que, la determinación de las áreas naturales protegidas sin consulta afectaba la posesión y el uso de las tierras y territorios de los pueblos y comunidades, por ende, es necesaria la consulta para evitar que la declaración afectara territorios ancestrales en un área donde se produjeran actividades, las cuales eran necesarias para la subsistencia de las comunidades⁹⁴.

Esta CC determinó que, la consulta prelegislativa a las comunidades de la zona del Triángulo de Cuembí, debió cumplirse de manera obligatoria y previa a la expedición del Acuerdo Ministerial 080, el cual constituyó una medida administrativa que podía limitar las actividades y derechos colectivos de las comunidades y nacionalidades asentadas en ese sector. Por ende, el Acuerdo no guardaba armonía con el artículo 57 numeral 17 de la CRE⁹⁵.

En consecuencia consideró que la falta de consulta prelegislativa dio lugar a una inconstitucionalidad por la forma por la omisión en el proceso legislativo y una inconstitucionalidad por el fondo en tanto por el contenido de las disposiciones de un acto normativo que han sido emitidas sin consulta, vulnerando el mencionado derecho constitucional⁹⁶.

Como consideraciones adicionales, la CC mencionó la importancia de las declaraciones de bosques protectores siendo estas zonas destinadas a la conservación del agua, suelo, flora y fauna silvestre, guardando armonía con los derechos de la naturaleza,

⁹² Sentencia No 20-12- IN/20, 22.

⁹³ *Ibíd*, 24.

⁹⁴ *Ibíd*, 24.

⁹⁵ *Ibíd*, 24.

⁹⁶ *Ibíd*, 25.

su protección y el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; así la CC consideró que las declaratorias debían realizarse en apego a las demás normas constitucionales y ser compatibles con los derechos de las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas⁹⁷.

Decisión

El Pleno de la CC resolvió declarar la Inconstitucionalidad por el fondo y forma del Acuerdo Ministerial No. 080, con efectos diferidos. Asimismo, otorgó un plazo de máximo un año al MAE para que remitiera un nuevo acuerdo ministerial, que sustituya el actual, efectuando la respectiva consulta prelegislativa a las comunidades, pueblos, comunas y nacionalidades indígenas. Además, se dispone que la Defensoría del Pueblo actúe como garante de la consulta⁹⁸.

Dispuso que, dentro de los seis meses siguientes se realice la transición de vigilancia del bosque protector del personal militar al personal del MAE. Instó a que las comunidades de la zona del Triángulo de Cuembí colaboren en el proceso de consulta a ser desarrollado por el MAE con el fin de declarar al Triángulo como bosque protector garantizando los derechos de la naturaleza y de los pueblos y comunidades asentados en el sector⁹⁹.

Resolvió que el MAE debía informar a la CC, de manera trimestral, sobre las medidas que iban a ser adoptadas para la ejecución de esta sentencia y hacer efectiva la consulta. Insistirla a la AN que al momento de expedir leyes orgánicas, regular el derecho a la consulta prelegislativa y se lo haga dando cumplimiento a la Sentencia 38-13-IS/19¹⁰⁰.

Comentario

La decisión de la CC ha marcado un antes y un después en el desarrollo y la ejecución de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas. En este caso, se observó que la CC ha estado apegada a lo que dicen los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos sobre los Pueblos Indígenas y sobre todo

⁹⁷ Sentencia No 20-12- IN/20, 37.

⁹⁸ *Ibíd*, 40.

⁹⁹ *Ibíd*, 40.

¹⁰⁰ *Ibíd*, 40.

respetando la CRE. Cabe destacar que, los argumentos que han presentado las partes fueron tomados en cuenta para que la CC emita su decisión final.

Da repercusión a decisiones anteriores de cómo se tiene que dar la consulta prelegislativa, sin embargo, aún las autoridades estatales no han logrado iniciar dichos procesos consultivos. Además, la CC sabe lo importante que es declarar a una zona como bosque protector por tal motivo esta sentencia tuvo efectos diferidos para respetar tanto los derechos de la naturaleza como los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

4.3 Pueblos y Nacionalidades Indígenas en el Ecuador

De acuerdo con el Consejo de Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE, existen 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas en el país. La primera se proclamó como un conjunto de pueblos milenarios que se autodefinen como iguales, debido a su identidad histórica, idioma y cultura similares, que habitan en un determinado territorio en donde tienen instituciones y formas tradicionales tales como lo social, económico, jurídico, político y con potestad de autoridad¹⁰¹.

Mientras que los pueblos indígenas son colectividades que provienen de comunidades o centros con identidades culturales, los cuales se caracterizan por sus sistemas propios de organización social, económica, política y legal¹⁰².

Imagen 2: Nacionalidades y Pueblos Existentes en el Ecuador

¹⁰¹ Jennifer Cedeño, Alejandra Chaves, Amanda Concha- Holmes, Yuri Guandinango, Marha Guerra, Anita Krainer, Susan Velasco, Iván Pabón, Regina Ricco, Laboratorio de Interculturalidad, Módulo 2, Etnohistoria de los pueblos y nacionalidades originarias de Ecuador, Flacso, Ecuador, 2014, 13, último acceso 05 de abril de 2021 <https://www.care.org.ec/wp-content/uploads/2016/02/Modulo-2.pdf>

¹⁰² Ibíd, 13.



Fuente: Elaboración propia a partir de información de etnicidad del Ecuador¹⁰³.

Imagen 3: Pueblos del Ecuador



Fuente: Elaboración propia a partir de etnohistoria de los pueblos y nacionalidades del Ecuador¹⁰⁴.

¹⁰³ Jennifer Cedeño, Alejandra Chaves, Laboratorio de Interculturalidad, Módulo 2, Etnohistoria de los pueblos y nacionalidades originarias de Ecuador, Flacso, Ecuador, 2014, 16-17,. Ver también en, <https://www.care.org.ec/wp-content/uploads/2016/02/Modulo-2.pdf>.

¹⁰⁴ Ibíd, 15-17.

4.3.1 Población Afro ecuatoriana

En el país los primeros asentamientos de este pueblo tuvieron lugar tanto en el Valle del Chota como en Esmeraldas; sin embargo, con el Censo de Población y Vivienda efectuado en el año 2010, se conoció que quienes se auto identifican como pueblo afro se encuentran dispersos alrededor de todo el territorio ecuatoriano con una población aproximada de 1.028.258¹⁰⁵.

4.3.2 Población Montubia:

Las menciones que se ha hecho al pueblo montubio en el marco legal ecuatoriano no sobrepasa los 20 años, en donde sus características se planteaban como una forma de mestizaje de las planicies costeñas con rasgos específicos tanto en lo social como en lo cultural, quienes además, tenían procesos históricos de larga permanencia describiendo de esa manera al habitante rural de la Costa del Ecuador; su forma de vida, la geografía, la política y la economía que forman parte de la vida habitual de los montubios¹⁰⁶.

A continuación, se muestra una tabla de porcentajes de la población indígena, afro ecuatoriana y montubia.

Tabla No.1. Población indígena, afro y montubio hasta el año 2010		
Nacionalidad	Número de personas que se autodefinen como tal	Porcentaje
Indígena	1,018,0076	7.06%
Afro ecuatoriano	1,041,559	7.18%
Montubio	1,064,074	7.43%

Fuente: Elaboración propia a partir de información estadísticas del Censo 2010¹⁰⁷.

4.4 Casos en los que se ha realizado la consulta prelegislativa

¹⁰⁵ Ibíd, 22.

¹⁰⁶ César Amores, Jackelin Sandoval, Ecuador, Evolución de la población por etnia en el período 1990-2010, V Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, Uruguay 2012, 11, .Ver también en: http://www.alapop.org/Congreso2012/DOCSFINAIS_PDF/ALAP_2012_FINAL639.pdf

¹⁰⁷ Ibíd, 14.

Tabla No.2. Implementación de la consulta prelegislativa en leyes aprobadas			
Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua, LORHAA.		Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento Agroecológico, LOASFA.	
Temas efectuados dentro de la consulta prelegislativa	Artículos consultados dentro de la ley	Temas efectuados dentro de la consulta prelegislativa	Artículos consultados dentro de la ley
Tema 1: Tradiciones ancestrales, lugares rituales y sagrados	<ul style="list-style-type: none"> • 24, 41, 43, 44, 88, 170. 	Tema 1: Diálogos de saberes y conocimientos ancestrales	<ul style="list-style-type: none"> • 1, 6, 7, 9, 37, 39,40, 41.
Tema 2: Gestión y manejo ancestral	<ul style="list-style-type: none"> • 17, 23, 33 , 35, 37, 38, 40, 56 , 63, 66, 68, 69, 101, 112, 117, 159, 163. 	Tema 2: Agrobiodiversidad y semillas	<ul style="list-style-type: none"> • 7, 9, 14, 15, 16.
Tema 3: Uso, usufructo y administración	<ul style="list-style-type: none"> • 8, 42, 150, 151, 152, 179,205, 206,207. 	Tema 3: Garantía de derechos y participación social.	<ul style="list-style-type: none"> • 6, 7, 45.
Tema 4: Derecho propio o consuetudinario	<ul style="list-style-type: none"> • 38,42,150,151,152,179, 205,206,207. 		
Tema 5: Participación y representación de los organismos oficiales	<ul style="list-style-type: none"> • 12,58, 61, 78, 175, 225, 226, 231, 233,234. 		

Fuente: Elaboración propia a partir de los informes para segundo debate de cada proyecto de Ley en la Asamblea Nacional¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Comisión Especializada Permanente de la Soberanía alimentaria y desarrollo del Sector Agropecuario y Pesquero, Alcance al informe para Segundo Debate Sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, en relación a la consulta prelegislativa, Asamblea Nacional,

En la LORHUAA, participaron en el proceso de consulta prelegislativa los siguientes representantes de los pueblos, comunidades, comunas y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios del Ecuador:

- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE.
- Confederación de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras, FENOCIN.
- Consejo de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador, FEINE.
- Federación Ecuatoriana de Indios, FEI.

De acuerdo al Informe para Segundo debate dentro de la AN sobre la LORHUAA con respecto al primer tema, se han llegado a consensos, los cuales en el texto final han mantenido el formato original y otros han cambiado, como por ejemplo: el tener en cuenta los lugares ancestrales, rituales y sagrados que tienen relación al agua, además que, no únicamente la Autoridad Única del Agua, AUA, sea el ente rector sino que trabaje de manera conjunta con las comunidades, pueblos y nacionalidades sin embargo, la Comisión no ha tenido disensos en este acápite.

En referencia al segundo tema de similar forma los disensos son pocos pero los colectivos no se encuentran de acuerdo con el legislativo con respecto a la cantidad vital y tarifa mínima del agua debido a que, el agua es un derecho fundamental de todo ser humano y ponerla de esta manera atentaría con el desarrollo de los diferentes pueblos y nacionalidades. Con los demás artículos la Comisión no ha tenido observaciones para cambiar el texto original.

El tercer tema sobre la desprivatización del agua, la Comisión y los colectivos llegan a un consenso sobre la prohibición de privatizar el agua. En cambio como disensos se encuentran que, la AUA no debe fijar tarifas sino más bien deben considerar a los sistemas comunitarios que son los entes reguladores dentro de las comunidades. En el

Quito, 28 de mayo de 2014, . Ver también en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/politica/2014/05-06-14-politica-Ley-de-aguas.pdf>.

Informe para Segundo Debate de la Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento Agroecológico, Asamblea Nacional, Quito 20 de abril de 2017, Ver también en: https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionaln_ameuid-29/Leyes%202013-2017/233-agrobiodiversidad-pdelacruz-20-03-2012/inf-2d-agrobiod-21-04-2017.pdf .

cuarto tema no existen disensos por parte de los colectivos y representantes consultados, más claro no se manifiestan o no están de acuerdo con lo propuesto.

En el quinto tema, no existe una definición clara sobre las facultades de las juntas del agua potable en la gestión comunitaria, ya que al ser la AUA el ente rector de generar políticas públicas no vincula a los gestores comunitarios para que sean partícipes sobre las políticas desarrolladas.

En la consulta prelegislativa no se han establecido mecanismos de desprivatización y desconcentración del agua al ser este un derecho fundamental de todo ser humano. Además, no se concreta la entrada y la corresponsabilidad de las autoridades comunitarias al darle todas las potestades a la AUA, siendo este un representante el ejecutivo y al no existir ningún miembro de la sociedad civil ni de las comunidades.

Se deja de lado a los sistemas comunitarios sin respetar ni reconocer a la autoridad jurisdiccional indígena sobre los territorios ancestrales. Además, las atribuciones del Consejo Intercultural y Plurinacional de Agua únicamente mantienen formas de consultas y participación, no tienen potestades similares que la AUA. En sí, todo proceso se torna de manera lenta por la burocracia, generando mayores costos a la gestión comunitaria.

La LORHUAA es una ley que privatiza desconociendo el carácter plurinacional del Ecuador beneficiando al 1% de privatizadores y acapadores al dejar intacto la privatización del agua. No toman en cuenta las tierras y territorios comunitarios donde se encuentran fuentes y zonas de recarga hídrica generando así un malestar enorme y al pasar de ser regulados por las autoridades comunitarias a la AUA, que es un representante del poder ejecutivo, desconociendo las realidades de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En la LOASFA, participaron en el proceso de consulta prelegislativa:

- Corporación Nacional Campesina Eloy Alfaro, “CNC-EA”
- Confederación de Mujeres Indígenas de Chimborazo “FOMIPAQ”.
- Asociación de Negros del Ecuador, “ASONE”.
- Confederación Nacional del Seguro Campesino Coordinadora Nacional Campesina “CONFEUNASSC-CNC”.
- Federación Nacional de Organizaciones Campesinas Indígenas y Negras, “FENOCIN”.
- Asociación de Productores Agroindustriales de Cochahuayco, “APROAC”.

- Asociación Agrícola Ganadera de Atahualpa, “ASOAGAT”.
- Red Amazónica.
- Asociación Puruguay.
- Corporación de Productores y Comercializadores Orgánico Bio Taita Chimborazo, “COPROBICH”.

Con respecto a la LOASFA, entre las organizaciones de primer, segundo grado y organizaciones nacionales han participado un total de 4885 personas. De igual manera, la Comisión manifestó que existió un consenso mayoritario con respecto al primer tema consultado asegurando el acceso, libre intercambio y comercialización de la semilla nativa respetando el contexto cultural y los conocimientos ancestrales de las comunidades.

Así, se garantizan los derechos de propiedad de los conocimientos y saberes ancestrales en la conservación y la producción de semilla nativa reforzando los sistemas productivos tradicionales. Por otro lado, el único disenso que se encontró fue que existen más modelos agros ecológicos de producción de alimentos que se deberían incorporar.

En ese sentido, los consensos en el segundo tema son totalmente mayoritarios, donde se abordó sobre la garantía de conservación de la agrobiodiversidad y semillas nativas y de las semillas campesinas; sin embargo, el monitoreo de la agrobiodiversidad no se ha efectuado de manera única por la autoridad responsable, sino también con la participación de las comunidades dentro del territorio ecuatoriano.

En el tercer tema se ha garantizado los derechos de propiedad sobre los conocimientos y saberes ancestrales en la conservación y producción de la semilla nativa. Para esto, las colectividades participantes han opinado que se debe reconocer los beneficios que se derivan del mantenimiento de la agrobiodiversidad, antes que limitar el goce de los beneficios de quien realiza actividades individuales.

Es decir, la semilla no puede ser parte del patrimonio del Estado debido a que la semilla nativa ha sido domesticada, renovada y protegida por los pueblos indígenas, campesinos, montubios y afro ecuatorianos del país. Nunca se ha contado con el apoyo del Estado y ahora las empresas transnacionales ven la posibilidad de realizar negocios y el Estado lo declara como patrimonio, quitándoles a quienes realmente les pertenece. No se pueden dividir las semillas entre nativas y certificadas porque dejan afuera a aquellas semillas que serían llamadas ilegales.

Además, se criminaliza la propuesta del uso de la fuerza para comprobar que las semillas comercializadas son certificadas, castigando tanto a las semillas como a los usuarios. De igual forma, la imposición de condiciones fitosanitarias y de calidad en las semillas nativas vulnera el trabajo del campesino porque no se toma en cuenta la adaptabilidad a las condiciones ambientales y climáticas de las semillas.

La ley limita en su mayoría a las semillas nativas generando incertidumbre en los agricultores y campesinos quienes se ganan la vida en esta actividad. Las autoridades estatales lo único que quieren es que cumplan sin darles la oportunidad y el apoyo que se requiere; tampoco existen capacitaciones en las comunidades y pueblos debido a que dentro de sus saberes ancestrales el cuidado y trabajo de las semillas siempre se caracterizó por una producción rural.

5. Discusión

El presente trabajo investigativo ha recogido información mediante entrevistas que se desarrollaron a varios representantes de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, sobre el tema de la consulta prelegislativa, quienes además, mediante su conocimiento y lucha de los derechos de los pueblos ancestrales darán a conocer la realidad de este mecanismo previsto en la CRE.

Cabe destacar que uno de los participantes ha preferido que su nombre quede en anonimato, mientras que los demás han elegido exponer sus nombres de manera libre y voluntaria.

Tabla No. 3. Entrevistas						
Preguntas	Anónimo-Sarayaku	Darwin Rodríguez-Triángulo de Cuembí	José Acacho-Macas	Lourdes Tibán – Movimiento Indígena	Cristian Aguinda – Piatúa	
1 ¿Las leyes actualmente emitidas se encuentran en sintonía con la	No creo.	No tienen la cosmovisión adecuada.	Los avances no se han practicado de buena manera.	Ninguna ley.	No estoy convencido.	

	cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas con el tema de medidas legislativas?					
2	¿Cómo ve a la Consulta Pre legislativa, se ha cumplido o no dentro de las comunidades y pueblos indígenas?	No se ha cumplido.	No se ha cumplido.	No se ha cumplido como debería hacerlo.	No se ha cumplido.	No se ha desarrollado de la manera correcta.
3	Las autoridades toman las palabras socialización y consulta como sinónimos, ¿está bien eso?	No está bien, es ilegal, inconstitucional.	No está bien.	En sí no ha existido una real voluntad política.	No está bien.	Más que confusión lo ignoran.
4	¿La visión de las autoridades estatales es completamente diferente al de las comunidades	Tienen una visión de escritorio.	Les es difícil entender y comprender.	Así es no toman en cuenta.	No entienden la opinión y el pensamiento de los pueblos.	Existe un desconocimiento amplio.

	y nacionalidades?					
5	¿La Consulta Prelegislativa en sí no tiene un carácter vinculante, esto afectaría algún derecho colectivo de las comunidades y nacionalidades indígenas?	Claro que afecta.	Sí señor, claro que se produce una afectación.	No existe autonomía en la decisión.	Claro que afectaría a los derechos colectivos.	Si afecta.
6	¿De qué manera se debería desarrollar el procedimiento de la Consulta prelegislativa?	Obligatorio, adecuado y favorable	Se debería hacer una revisión de lo que hay en la actualidad.	Se deben cumplir algunos parámetros.	Poner en claro toda ley que pueda afectar derechos de los pueblos y nacionalidades.	Se debería hacer protocolos.
7	¿Considera necesario cambiar, añadir u omitir algo con respecto a la consulta prelegislativa?	Adecuada participación.	Que sea de manera obligatoria.	Enmarcarse en parámetros legales.	La falta de voluntad política.	Marco más desarrollado.

8	¿Sería conveniente crear una ley orgánica respecto a la consulta para precautelar los derechos de los pueblos y nacionalidades?	Todas las leyes que afecten a nacionalidades indígenas tienen que ser cambiadas.	Correcto, yo creo que eso debería ser lo mejor.	Lo que se debe hacer es una reforma a la Constitución.	Si deberían crear pero dentro del procedimiento de la ley legislativa.	Se debería formar respetando los protocolos y tratados internacionales de derechos humanos.
9	¿Cree que las instituciones estatales dan mayor importancia a otros intereses antes de precautelar los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas?	Creo que sí.	El Estado tiene otros objetivos.	Claro que sí.	Si porque no respetan las observaciones y los intereses de los pueblos y nacionalidades.	Desde ahí viene el tema de la corrupción.
10	¿Ecuador ha respetado los convenios y tratados internacionales referentes a la protección de los derechos de	El Estado no los ha respetado	La verdad el Estado ha violado derechos.	No ha existido un empoderamiento por parte de las autoridades.	No ni siquiera la Constitución la ha manejado bien.	No lo ha hecho.



Fuente: Elaboración propia que parte de la información de las entrevistas respectivas¹⁰⁹.

5.1 Interpretación de las Entrevistas

Pregunta 1, con el propósito de exponer los datos recopilados, se presenta que no ha existido la participación adecuada de todos los actores a los que se debe consultar. Ninguna ley promulgada hasta la actualidad ha tenido una consulta prelegislativa real, si bien es cierto han existido observaciones y aportaciones por parte de los pueblos y nacionalidades, pero las leyes que se han practicado han tenido una perspectiva basada desde y para el Estado.

Pregunta 2, a pesar de que se encuentra en la Constitución no se ha cumplido a cabalidad por varios motivos, uno de ellos es que existen leyes que pasan dentro de la AN por comisiones y éstas realizan el proceso de consulta, pero no han buscado la opinión de los pueblos y nacionalidades a través del empoderamiento ciudadano, eso no existe, recalcó uno de los participantes. Además, la AN únicamente promueve el proyecto de ley que se está llevando a cabo, sin tomarle importancia a la opinión de los pueblos y nacionalidades; las autoridades preguntan qué es lo que se retira del proyecto y eso no es una consulta como tal.

Pregunta 3, Al principio se asumió a la consulta como una socialización cuando no es así, se trata de engañar a los pueblos y nacionalidades, no se lo puede usar como semejante porque le quita el espíritu real y verdadero que tiene la consulta. La socialización puede ser una hoja de ruta para llegar a concretarse el derecho colectivo a la consulta. No obstante, no se han seguido los parámetros y procedimientos en sí, ignorando por completo la esencia propia de la consulta prelegislativa.

Pregunta 4, los entrevistados creen que las autoridades tienen una visión de escritorio, más occidental que no se relaciona ni se adapta para nada con la cosmovisión

¹⁰⁹ Entrevistas realizadas a varias personas miembros de poblaciones y nacionalidades indígenas. Ver también <https://docs.google.com/document/d/16ZK55vHC0dRS7W3Vepox0gZ5CDFOzgLBGWJ7am0ro64/edit?usp=sharing>

de los pueblos y nacionalidades indígenas, no se visualiza tanto en los proyectos de ley como en las sentencias emitidas por el poder judicial. Es decir, al realizarse una consulta se aplica un procedimiento ajeno al de los pueblos y nacionalidades, se debe conocer en primer lugar el territorio, la gente y la cosmovisión de cada una de las comunas y comunidades. Ninguno de los procesos de consulta que se han efectuado han cumplido con el pensamiento y la visión de cada pueblo y nacionalidad.

Pregunta 5, si una decisión u opinión no la van a respetar, prácticamente es un pasar de tiempo, es una burla; además, los recursos empleados serán malgastados promoviendo algo que no se tomará en cuenta; mientras que para los pueblos y nacionalidades indígenas la consulta prelegislativa debe ser vinculante, porque si no lo es, las autoridades no la van a cumplir.

Pregunta 6, se espera que el procedimiento se lo ejecute de manera limpia, transparente, de buena fe, con la participación de todos y cada uno de los miembros de las comunidades y nacionalidades indígenas, respetando las bases y estructuras de cada pueblo, fomentando así la igualdad tanto material como formal dando la oportunidad de poder comunicarse por medio de su idioma autóctono. La obligatoriedad de la consulta promueve a que cada pueblo y nacionalidad cree protocolos para cada comunidad que puede llegar a ser afectada por alguna medida legislativa o administrativa.

Pregunta 7, para que exista una real convivencia entre pueblos, comunas, comunidades nacionalidades y Estado se debería dejar de lado la falta de voluntad política por parte de las autoridades y así tener una adecuada participación de los pueblos y nacionalidades; tomando como consideración que, la consulta prelegislativa aún no ha tenido los efectos que se han querido dentro de los pueblos indígenas debiendo ser de obligatorio cumplimiento el realizar este tipo de consultas; inclusive desarrollando un marco más equitativo en cuanto a la aplicación y la efectividad de este mecanismo.

Pregunta 8, las personas entrevistadas creen que la AN debe crear una ley mediante un procedimiento que se base en el respeto y las realidades de los pueblos y nacionalidades indígenas porque si emiten una ley, sin la participación de los representantes y cada uno de los integrantes de los pueblos, la norma no podría considerarse como inclusiva.

Pregunta 9, El sistema del poder económico se encuentra enraizado en todos los ámbitos y aquí no es la excepción. El Estado y sus distintos poderes no apoyan a las

poblaciones indígenas en sus luchas por los derechos legalmente constituidos. La simbiosis de unidad entre la selva y las diferentes comunidades con sus tierras provocan que las autoridades tanto locales como nacionales se corrompan, dejando de lado los derechos e intereses colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Pregunta 10, aquí ni los Tratados o Convenios internacionales al igual que la CRE se han manejado de una manera correcta y óptima. El Estado y sus instituciones tienen una perspectiva económica, mientras que para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas su objetivo de vida es que la generación actual resista y luche contra el mundo para proteger sus derechos colectivos.

6. Conclusiones

Dentro de la Corte Constitucional para el Período de Transición se estableció el mecanismo que se debía seguir para ejecutar el proceso de consulta prelegislativa en las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que fueran afectadas por la expedición de alguna norma que perjudique a los derechos colectivos expresados en el texto constitucional. Sin embargo, a pesar de que la sentencia era vinculante y erga omnes, simplemente el mecanismo no se desarrolló en beneficio de los pueblos y nacionalidades.

Fue la AN mediante el CAL, el órgano encargado de emitir el protocolo sobre la consulta prelegislativa generando así un debate entre los protagonistas de este derecho y el poder legislativo. No existió nunca la real voluntad política de la AN para establecer parámetros ni directrices acordes a la cultura, costumbres y tradiciones de los diferentes pueblos y nacionalidades. Dando como resultado, una consulta ajena para los protagonistas de este derecho.

Para palpar esta realidad se analizaron la LORHUAA y la LOASFA, las cuales si bien pasaron por el proceso de consulta prelegislativa, el resultado no fue lo esperado. Debido a que únicamente el beneficiado de todo esto era el Estado, generando incertidumbre y desconfianza frente al procedimiento realizado.

Se puede observar que la Corte Constitucional actual ha tenido un enfoque más humanista que su predecesor, debido a que ha emitido resoluciones como en el caso Triángulo de Cuembí; donde ciertamente se vulneraron derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades como el derecho a la consulta prelegislativa. La Corte

efectivamente consideró los diferentes Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos que forman parte del bloque de Constitucionalidad.

A partir de las entrevistas efectuadas se constató que la consulta prelegislativa no ha tenido el verdadero alcance y la eficacia necesaria para considerarla como un mecanismo propio de los pueblos y nacionalidades. Se constató que, este tipo de procedimiento se lo realiza únicamente para satisfacer lo que manda la Constitución pero sin tomar en cuenta las opiniones de quienes fueron consultados.

En el momento político en el que se encuentra Ecuador, fue un poco difícil poder realizar las entrevistas a miembros de los pueblos y nacionalidades. Como limitantes se encontraron que algunos participantes no tenían acceso a internet o señal de celular o que se encontraban dentro de sus territorios y para poder desarrollar los diálogos se tornaba complejo. A pesar de esto las conversaciones se produjeron, teniendo como resultado la perspectiva de cada uno de ellos sobre el tema investigado.

7. Recomendaciones

La Asamblea Nacional debe expedir una Ley Orgánica que regule de manera efectiva todo el procedimiento de la consulta prelegislativa tomando a consideración las ideas, pensamientos y opiniones que efectúen los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que ellos conjuntamente con el pueblo afro ecuatoriano y montubio, son los protagonistas principales de este mecanismo constitucional.

Además, debe tener una participación inclusiva basada en que las asambleas, mesas de trabajo que se elaboren sean hechas en sectores donde residan los integrantes de los pueblos y nacionalidades y no únicamente en las capitales de provincia o ciudades grandes del Ecuador; lo que limita a las comunidades y nacionalidades para que puedan participar del proceso de consulta.

Así mismo, el contenido de la consulta debe estar escrita en el idioma autóctono de los pueblos y nacionalidades. De igual forma la AN debe ejecutar un real proceso de consulta y no de socialización, este último ha quitado la esencia verdadera sobre lo que trata una consulta prelegislativa.