

Consulta previa en el Ecuador

Por David Chávez - CDES

Introducción

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,¹ 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 promulgación² 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.

¹ 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.

² Lo cual es reconocido en el propio Preámbulo del Convenio No. 169 de la OIT que dice: “Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”. Esto implicó la revisión del Convenio No. 107 y de la Recomendación No. 104 de la OIT de 1957, que implicaban una perspectiva de asimilación de los pueblos indígenas. El punto de partida de este cambio en el tratamiento de los derechos indígenas se da con la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de América, llevada a cabo en Ginebra en el año de 1977, en la que los representantes indígenas, a diferencia de lo esperado, no se calificaron como minorías étnicas, ni plantearon sus problemas desde la óptica de la discriminación y del racismo, sino que se autodefinieron como pueblos y naciones invadidas y colonizadas (Sánchez Botero, 1998, p. 37 y 38).

¿Cuáles son las razones que explican esta situación?, ¿por qué los avances en el reconocimiento de los derechos constitucionales termina tergiversándose en su aplicación práctica?, más concretamente ¿a qué se debe que la consulta previa se convierta en una “declaración de principios” y no logre consolidarse como una política de Estado que se enmarca con el contenido esencial de este derecho? Se hace indispensable una aproximación más amplia al problema, a saber, estas dificultades guardan relación con las causas profundas que han configurado una institucionalidad específica, propia del carácter colonial del Estado ecuatoriano. En la medida en que el derecho a la consulta, y los derechos colectivos en general, ponen en cuestión esa condición histórica del Estado, su pleno ejercicio es posible con el desmantelamiento de esa condición y, por lo tanto, la conformación de un Estado de nuevo tipo, el Estado Plurinacional.

En este sentido, el reconocimiento del derecho a la consulta previa reviste una particular importancia debido a que pone en el centro de la discusión, al igual que el conjunto de los derechos colectivos, el estatuto del orden jurídico que tiene como uno de sus fundamentos aquella situación de colonialidad. Es decir, provoca una tensión que lleva al límite ciertos elementos que persisten en la forma institucional del Estado desde la Colonia. Esto hace relación no solo al ámbito normativo, sino especialmente a las prácticas institucionales. En cierto modo muestra las fisuras de la legalidad colonial aún persistente.

Es debido a esto que los límites en la aplicación, el incumplimiento y la permanente conflictividad están presentes. Siendo procesos que tienen una presencia de siglos en las condiciones materiales de vida, en las instituciones, en la ideología, etc., su superación demanda ingentes esfuerzos políticos de la sociedad. Algunos elementos acerca de la historia del carácter colonial de la legalidad y la institucionalidad en nuestras sociedades dan luces sobre la profundidad que esta condición de colonialidad tiene.

¿Puede pensarse que el arrasamiento de pueblos y culturas que ocasionó la Conquista tenga un pretendido marco de legalidad? Pues sí, al amparo del “derecho de conquista”, la Corona expidió un documento conocido históricamente como el *Requerimiento*. Este documento estaba destinado a “explicar” a los pueblos indígenas americanos que Dios, por medio del Papa, había entregado estas tierras a los Reyes españoles, a quienes se les debía reconocer como tales y profesar obediencia. Si los indígenas lo aceptaban se les ofrecía respetar sus tierras, no someterlos a servidumbre, acogerlos en el cristianismo y otros “privilegios y exenciones”; si no lo hacían, la respuesta era muy simple: guerra total, servidumbre, despojo y destrucción (Levaggi, 1993; Zorrilla, 2006).

El *Requerimiento* fue expedido en 1513 para que Francisco Pizarro avance en la conquista del Tawantinsuyu, aunque existen noticias de que también fue usado por Hernán Cortez en la conquista de México (Zorrilla, 2006). El proceso contemplaba la lectura del documento a los pueblos indígenas antes de tomar sus tierras “en nombre de Dios y los Reyes”. Luego vendrían reformas, nuevas leyes, incluso se dejaría de leer el *Requerimiento*. Se hablaría de respetar las tradiciones y formas de vida de los pueblos

indígenas “en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión” (Figueras Vallés, 2007), es decir, ninguna diferencia; la retórica legalista tenía todas las características de una entelequia de blancos que arrasaban con cañones, con encomiendas, con mitas, con epidemias a los pueblos que encontraban a su paso.

Basado en el “derecho de conquista” este documento era una de las manifestaciones del proceso que los españoles estaban inaugurando en sus nacientes colonias. La constitución de un orden legal para la expropiación de las poblaciones indígenas, antes que exclusión pura y simple –más allá de los absurdos obvios de esa legalidad- se buscaba la inclusión en el orden administrativo colonial. Por ello, se sucederían luego las denominadas “leyes de indios” que eran la secuencia lógica del *Requerimiento*, una vez tomadas las tierras en nombre de la Corona, había que pasar a ordenar jurídica e institucionalmente las condiciones de explotación.

La cuestión central de ese “orden inclusivo” emanado de la legalidad del Estado Colonial tenía que ver con los principios y la forma de incorporación de las poblaciones explotadas a ese estado, es decir, la sanción de su condición de “inferioridad racial” y de sujetos de la expropiación colonial. Se trataba al final de cuentas de darle forma jurídica e institucional a lo que sucedía en el orden económico y social de las colonias. Es así como, los conquistadores, frente a la imposibilidad de reorganizar la estructura económica y social de esos pueblos desde su visión, y con el propósito de extraer la mayor cantidad posible de riquezas, tuvieron que utilizar como instrumento para conseguirlo, la forma fundamental de la organización política de estos pueblos –la comunidad-, sometiéndola a una brutal explotación a través del trabajo forzado (mitas) y del pago de tributos.

Pues bien, los acomodos y la efectividad de esa legalidad estarán determinados por ese orden económico y político. De manera que, ciertas pretensiones de “humanismo cristiano” pueden encontrarse en las Leyes de Indios e inclusive en el *Requerimiento*, pero nunca van a tocar el núcleo de la organización social y económica que condena a la explotación a las poblaciones colonizadas y esclavizadas. Así por ejemplo el régimen de encomienda se sustentaba en la legalidad de la misión evangelizadora que debían cumplir los encomenderos y la mita estaba justificada a partir del “tributo de indios” que era el mecanismo legal que ponía a las poblaciones indígenas como vasallos de la Corona, es decir el reconocimiento de su pertenencia al Estado Colonial.

Con el advenimiento de la Independencia de las colonias, esta situación no varió demasiado, los nacientes Estados nacionales mantuvieron esa legalidad sustentada en la división estamental de nuestras sociedades en una “república de blancos” y otra “república de indios”. Paradójicamente estos Estados inspirados en proyectos políticos liberales terminaron manteniendo ese orden legal estamental. Así por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 1830 establecía entre las condiciones para ejercer los derechos de ciudadanía el estar casado, tener propiedades, ejercer actividades económicas “sin sujeción a otro como sirviente doméstico o jornalero” y saber leer y

escribir.³ Evidentemente las poblaciones indígenas y afroecuatorianas, así como la mayoría de los blanco-mestizos, quedaban fuera; además el texto de aquella Constitución trasluce una clara mirada discriminatoria cuando, al señalar el tutelaje de la Iglesia sobre la población indígena, se refiere a ella como “clase inocente, abyecta y miserable.” Por lo demás, es muy importante señalar que la “misión civilizadora” sigue siendo uno de los *leit motiv* que anima la promulgación de normativa respecto de estas poblaciones explotadas,⁴ lo cual supone para ellas la renuncia a su cultura propia para acceder a la cultura hegemónica, o a sus derechos propios para adquirir otros, todo esto, además, sin su consentimiento, como un proceso forzado (Clavero, 2008, pág. 33).⁵

Los Estados liberales se hallan frente a la paradoja de su proyecto de igualdad y libertad universales, extraído de la Ilustración, enfrentado con una sociedad cuyas estructuras sociales y económicas le son antagónicas, corresponden más bien a la vieja formación social de la Colonia. Quizá uno de los momentos históricos en los que mejor se ilustra esta particularidad del proceso de formación de los Estados Nacionales se da cuando Juan José Flores propone instaurar una “contribución personal” para toda la población del país, a partir de la constatación de que se mantiene la división colonial de poblaciones que hace que solo los indígenas contribuyan al Estado mediante un tributo que se sustenta en su condición de indígenas. La propuesta pretendía establecer impuestos que sean pagados por toda la población eliminando esa distinción. La reacción fue una rebelión violenta de la población blanco-mestiza que echó abajo la propuesta (Guerrero, 2000, pág. 14 y ss.)

Este “comportamiento institucional” se convertirá en un elemento sustancial del funcionamiento de nuestra sociedad. Como es sabido, la Revolución liberal eliminó la figura legal del concertaje que afectaba a la población indígena; sin embargo, la persistencia de relaciones pre-capitalistas de producción en el campo se mantendrían hasta los años 70 del siglo pasado, cuando entra definitivamente en crisis el viejo sistema de hacienda.

Mientras los sectores dominantes han ido dando forma a esta particular institucionalidad estatal, la resistencia y la lucha de los sectores explotados se ha encargado de ponerla permanentemente en cuestión mediante rebeliones y levantamientos constantes. En la historia reciente del Ecuador la emergencia del movimiento indígena ha sido fundamental en ese proceso histórico, su presencia ha planteado, entre otras cosas, la discusión acerca de la necesidad del reconocimiento explícito de los derechos de estos pueblos y la necesidad de transformar las raíces coloniales de los Estados-Nación.

³ Constitución del Ecuador de 1830. Art. 12.

⁴ Este fenómeno fue común en todo el continente americano, así se evidenció en varias constituciones de los Estados: Chile – 1822: ‘Corresponde al congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio’; Perú – 1823: Conversión de los infieles al evangelio a cargo del Senado; Paraguay – 1870: puntualizó convertirlos al cristianismo y a la civilización; Venezuela – 1858: los territorios ocupados por indígenas podrán ser regidos por leyes especiales; Venezuela – 1881: Establece el régimen especial con que deben existir regiones despobladas de indígenas no reducidos o civilizados. (Clavero, 2008, págs. 23-29).

⁵ Hay otra vía, por supuesto, como la planteada y aplicada en la Argentina de Sarmiento, la del exterminio justificado en el proyecto de “modernización” que emulaba la conquista del *Far West* en los Estados Unidos.

Este es el contexto en que el presente documento trata de circunscribir la discusión sobre el alcance del reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada. Más allá de las consecuencias que este pueda tener en el ámbito estrictamente normativo se hace necesario contraponerlo con las condiciones concretas en que ese reconocimiento tiene lugar. Planteando los principios y criterios mínimos que este derecho implica se define el horizonte de su pleno ejercicio en contraste con las experiencias prácticas que el país ha tenido sobre el tema en forma directa o indirecta.

De este modo, en el primer apartado se trata de establecer una perspectiva sobre el marco jurídico actual del derecho a la consulta previa y el contenido esencial de este derecho. En la segunda parte se hacen algunas consideraciones respecto a la experiencia del país y las evidencias de un constante incumplimiento del Estado. En el tercer acápite se abordan algunos elementos que ayudan a delinear una explicación más amplia e integral de los problemas que subyacen a esas limitaciones para el pleno ejercicio del derecho a la consulta previa. Finalmente se proponen algunas reflexiones a manera de conclusiones.

La pregunta que subyace al documento hace referencia a las condiciones de posibilidad para la superación de los obstáculos que supone la colonialidad. En este sentido, la perspectiva sobre el derecho a la consulta previa que está presente en el mismo es la de que este derecho constituye, por un lado, un primer paso para saldar la deuda histórica en relación con estos pueblos y, por otro lado, un soporte que permite el ejercicio efectivo de los demás derechos colectivos. Este punto de partida ha sido advertido por el Relator Especial de Pueblos Indígenas, quien en relación al derecho a la consulta ha manifestado que:

[L]a elaboración de estos principios en los instrumentos y jurisprudencia internacionales responde a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos. Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación (Anaya, 2010, § 34).

Habría que añadir que esa exclusión histórica en la toma de decisiones también muestra que los instrumentos y la jurisprudencia son poco eficaces si quedan encerradas en las formas institucionales que avalan la explotación, la marginación y la discriminación. Es decir, difícilmente pueden dejar de ser algo más que un “intento por revertir la pauta histórica” si no son entendidas en el contexto de los motivos en los que se sostiene esa historia.

La Constitución y el derecho a la consulta previa

El marco constitucional aprobado en 2008 incluye algunos avances en cuanto a la ampliación de derechos individuales y colectivos. Este principio de extensión permitió inclusive el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en el texto constitucional. Una primera lectura de estos avances en cuanto al derecho de consulta previa deja ver que la innovación fundamental tiene que ver con el reconocimiento del derecho a consulta previa acerca de decisiones legislativas que puedan afectar a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios. Por lo demás, se ratifica el derecho de consulta previa frente a proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en territorios de pueblos y nacionalidades y el derecho de consulta como derecho ambiental para toda la población, los cuales habían sido reconocidos en la Constitución anterior.

La importancia de los instrumentos internacionales en cuanto favorezcan al cumplimiento de derechos está reconocida por la Constitución y forman parte del ordenamiento jurídico nacional (art. 11, num.3 y 426). Adicionalmente, se encuentran reconocidos como parte de la jerarquía normativa más alta, de manera que tienen prevalencia sobre cualquier otra norma jurídica o decisión del poder público; en este sentido la norma constitucional manifiesta que cualquier duda o conflicto deberá resolverse respetando la preeminencia del marco constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, inclusive estos últimos prevalecerán en cuanto sean más favorables que lo establecido en el texto constitucional (art. 424 y 425). De manera que, la consulta previa como parte del conjunto de derechos individuales y colectivos recogidos en la Constitución forma parte del orden jurídico con mayor jerarquía y debe ajustarse a los términos señalados en la propia Constitución, el Convenio 169 de la OIT⁶ y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷ En otras palabras, aunque la Constitución reconoce expresamente el derecho a consulta previa para proyectos de explotación de recursos naturales no renovables y para medidas legislativas, su alcance en el marco jurídico nacional no se limita a estos aspectos puesto que los instrumentos internacionales lo refieren a cualquier medida administrativa o normativa que pudiera afectar a pueblos indígenas.

Este enfoque supone, además, una mirada que vincule el conjunto de los derechos con los mecanismos que la Constitución reconoce para su garantía (art. 84 y 85), la consideración de estos principios en todas las instancias de Estado y, particularmente, la relación del ejercicio de derechos en relación con el régimen de desarrollo fundado en el *sumak kawsay* y el carácter plurinacional e intercultural del Estado. En suma, el derecho de consulta previa solo puede ser visto como un principio que viabiliza el cumplimiento del conjunto de los derechos colectivos en el marco de la aplicación efectiva de los principios rectores de la Constitución.

⁶ Ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

Otro de los aspectos fundamentales en el actual marco jurídico se relaciona con el principio de aplicación directa de la norma constitucional. Este principio implica, en esencia, que la falta de legislación específica no justifica el incumplimiento de los preceptos definidos por la Constitución y, por ende, de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco constitucional

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 explícitamente dos tipos de consulta, una para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras (num. 7); y, otra previa a la adopción de medidas legislativas (num. 17). Este derecho se inscribe en el carácter de la Constitución que, en su conjunto, apuntala el ejercicio de derechos en su sentido más amplio. En relación con este derecho es importante contextualizarlo en relación con el enfoque sistémico e integral de la interpretación del texto constitucional y su relación con el derecho de participación.

En cuanto al enfoque sistémico e integral de la Constitución se debe señalar que la Corte Constitucional ha manifestado que esta no podrá ser interpretada de manera fragmentaria⁸; por lo que toda norma debe ser leída en concordancia con las demás normas constitucionales que traten sobre aspectos iguales⁹ y con el sentido garantista de la Constitución (Grijalva, 2009, pág. 271). En consecuencia, la interpretación debe incorporar el bloque de constitucionalidad conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, que a criterio de la Corte incluye a los instrumentos internacionales que no necesitan proceso de ratificación por los Estados, conocidos como “derecho blando” (*soft law*).¹⁰

Entonces principios como la aplicación de la norma más progresiva, la primacía de la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 11) y la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando reconocen derechos más favorables a los establecidos en la carta política (arts. 417, 424 y 425), deben observarse estrictamente en la aplicación del derecho a la consulta previa. De modo que ninguna norma jurídica o acto del poder público puede contravenir estos principios.

De modo que, en atención a lo expuesto, el derecho a la consulta previa, libre e informada debe ser leído de manera integral con otras disposiciones referidas a los

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional No. 0006-2009-SIS-CC.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional No. 0027-2009-SEP-CC.

¹⁰ Sentencias de la Corte Constitucional No. 0004-2009-SAN-CC, parte motiva; 0008-2009-SAN-CC, parte motiva; 0001-2006-SIS-CC, p. 7; y, Dictamen de la Corte Constitucional No. 0004-2009-DTI-CC, p. 13.

principios de aplicación de derechos humanos. En consecuencia, se debe tener en cuenta cuestiones tales como el principio de supremacía, el bloque de constitucionalidad, que incluye los instrumentos internacionales de derechos humanos, el vínculo con los demás derechos colectivos de estos pueblos; así como, el desarrollo del contenido de este derecho efectuado por los órganos de los sistemas de protección, regional y universal, de derechos humanos.

En lo relacionado con el derecho de participación, cabe señalar que, la consulta previa libre e informada es uno de los mecanismos de participación de comunidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, constituyendo además el eje fundamental que permite el ejercicio de los demás derechos colectivos (Gutiérrez Rivas, 2008, pág. 539).

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 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? Por lo demás, estos elementos se encuentran materializados en la Declaración de Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual subsume los elementos de buena fe, instituciones representativas, procedimientos y mecanismos adecuados, planteados por el Convenio No. 169 de la OIT.

Propósito de la consulta

Este constituye uno de los elementos más controvertidos de este derecho, en particular por el carácter de “derecho a veto” que puede adquirir (DPLF y Oxfam, 2011, pág. 22 y ss.), lo cual es completamente explicable si se tiene en cuenta el escenario de conflicto que ha marcado la demanda de su cumplimiento. No obstante, a pesar del debate en torno a este tema, es claro y aceptado que el propósito de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia que resolvió el caso del Pueblo Saramaka vs. el Estado de Surinam determinó la obligación de este último de obtener el consentimiento libre, informado y previo de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los Saramaka (§ 135). De igual forma, en 2003, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) recomendó al Estado ecuatoriano que se recabe previamente el consentimiento de las comunidades indígenas (CEDR 2003, §16) en relación con la explotación de los recursos del subsuelo de sus territorios, puesto que con la sola consulta a estas comunidades no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general

Nº XXIII del Comité relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. Esta recomendación al Estado Ecuatoriano fue reiterada por este órgano en 2008 (CEDR 2008, §16). La misma recomendación fue efectuada en 2006 por el Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Estado Mexicano en relación con las comunidades indígenas y locales afectadas por el proyecto de la represa hidroeléctrica la Parota (Gutiérrez Rivas, 2008, pág. 553).

Adicionalmente, los avances en el ámbito internacional han permitido establecer los casos en los que el consentimiento se convierte en un derecho en sí mismo; es decir, en los que constituye un requisito *sine qua non* para la adopción de medidas por parte del Estado y le obligan a suspenderlas en caso de no conseguirlo. Sobre la base de lo establecido en la Declaración de Naciones Unidas, el caso Saramaka y pronunciamientos del Relator James Anaya, DPLF y Oxfam señalan los siguientes casos (2011, p. 24):

- a. Proyectos que den lugar al desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales.
- b. Proyectos que impliquen el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios.
- c. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas.
- d. Actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

Evidentemente, estos no constituyen los únicos casos y, más bien, se identifica una tendencia a ampliar este principio a otros temas como la protección de conocimientos ancestrales o la creación de áreas naturales protegidas (p. 25). En cualquier caso, el principio central tiene que ver con las afectaciones a los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios que cualquier decisión estatal pueda tener.

¿Qué se consulta?

Como se ha señalado la Constitución del Ecuador 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. Cabe advertir, que el Ecuador ratificó el Convenio No. 169 de la OIT en 1998, por lo que desde ese año se reconoce el derecho a la consulta tanto para

medidas normativas como administrativas, incluyendo como ya se mencionó a las actividades extractivas.

Medidas normativas

La capacidad de emitir normas es competencia de un conjunto amplio de niveles e instancias estatales. De acuerdo al artículo 120, numeral 6, de la Constitución vigente, la potestad normativa incluye a la Asamblea Nacional; al Ejecutivo por su condición de co-legislador (art. 134, num. 2; art. 137, inciso 3) y su capacidad de promulgar reglamentos de aplicación de las leyes;¹¹ a los gobiernos autónomos descentralizados, que emiten ordenanzas, y las juntas parroquiales con facultades reglamentarias (art. 240). De ello se colige que la consulta previa debe aplicarse en todos estos niveles; de hecho, el Relator James Anaya ha manifestado que la consulta pre-legislativa debe operar a nivel internacional, local y municipal (Anaya 2004, 153-154, cit. por OIT 2009, 61). Por su parte, el Consejo de Administración de la OIT, a través de uno de sus órganos de control refirió que los reglamentos, cuando afectan derechos colectivos, constituyen una medida legislativa que debe ser consultada en virtud de lo previsto en el Convenio No. 169 (OIT, 2009, pág. 65 y 66).

Es importante mencionar que, dentro de la potestad normativa se deben considerar tanto el proceso para elaborar una nueva Constitución (art. 444) como para reformarla parcialmente. El Relator de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha señalado que estas decisiones se inscriben en lo establecido por el artículo 6 del Convenio No. 169 (Anaya, 2009b, § 8).

Medidas administrativas

De acuerdo al Convenio No. 169 (art. 7 y art. 15, num. 2) las medidas administrativas abarcan las políticas públicas, planes, programas y proyectos que la administración pública adopte en forma general (OIT, 2009, pág. 29), por lo que el reconocimiento constitucional del derecho a la consulta previa para el caso de la explotación de recursos no renovables, constituye sólo un caso de medidas administrativas que se deben consultar.

Ahora bien, el artículo 225 de la Constitución determina que el sector público comprende a las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.¹²

¹¹ Hay que tomar en cuenta que las otras funciones del Estado tienen potestad reglamentaria en relación con las facultades que prevén las leyes que las regulan.

¹² En concordancia con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 4.

Por lo tanto, las medidas administrativas tomadas en cualquiera de estos niveles de gobierno deben ser consultadas en caso de afectar a pueblos indígenas.

Sujetos de la consulta

La responsabilidad para la realización de la consulta previa es del Estado tal como lo establece la Constitución y los instrumentos internacionales; de otro lado, esta no puede ser delegada a particulares en ningún caso (Anaya, 2009a, § 72). Entre tanto, los sujetos de la consulta previa reconocidos por la Constitución ecuatoriana son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios. Siguiendo lo establecido en el artículo 1 del Convenio No. 169, los criterios para establecer o identificar a los pueblos indígenas o tribales son de carácter objetivo, cuando hay factores históricos y culturales que los diferencian como pueblo; y, de carácter subjetivo, cuando un grupo se autoidentifica como tal.

Teniendo en cuenta estos criterios, el caso ecuatoriano tiene la particularidad de extender la condición de sujetos de la consulta previa a pueblos afroecuatorianos y montubios. Entre los antecedentes del desarrollo que ha tenido el derecho a la consulta previa, conviene mencionar el caso de las comunidades afrocolombianas de Curbaradó y Jiguamiandó sobre las que la Comisión de Expertos de la OIT dijo que cumplían con los criterios de pueblo tribal establecidos por el Convenio (OIT, 2009, pág. 12). Eventualmente, esto podría ser aplicado en el caso de los pueblos montubios.

La cuestión de los sujetos de la consulta plantea otra cuestión capital, a saber, la representación de esos pueblos. Como es sabido, los instrumentos internacionales han determinado que la consulta debe efectuarse a través de sus organizaciones representativas. En lo sustancial, los criterios a tomarse en cuenta son que estas correspondan a procesos propios e internos de los pueblos consultados y que el proceso respete irrestrictamente esa representatividad por ser este un principio esencial de la consulta previa (OIT 2009, 64; Sentencia del caso Saramaka vs. Surinam 2007, § 18). En otras palabras, el Estado no debe decidir cuáles son las organizaciones o instituciones que representan a los pueblos indígenas o afroecuatorianos, sino que estos deberán informar quiénes los representan en función de los distintos tipos de medidas normativas o administrativas que se consulten.

Características de la consulta

Previa

Los lineamientos establecidos en el ámbito internacional permiten establecer que lo previo de la consulta involucra: a) que se debe obtener el consentimiento con la suficiente anterioridad al inicio de cualquier medida normativa o administrativa y no cuando es necesario el “permiso” de la comunidad como última etapa (Anaya 2009, § 54 y 72); b) que se debe contar con el tiempo suficiente para recopilación de la información necesaria y debates internos; y, c) que se debe respetar el tiempo en que los

pueblos indígenas internamente adopten su decisión (Clavero, s/f; OIT, 2009, pág. 63; Anaya, 2009, p. 20 y 62). Al respecto, Clavero (p. 2) puntualiza que “ningún plan o proyecto podrá comenzar antes de que este proceso haya concluido por completo y el acuerdo se haya perfeccionado”.

Adicionalmente, el ejercicio de este derecho debe sustentarse en el respeto a otro principio general, el carácter permanente de la consulta. 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, teniendo en cuenta siempre las peculiaridades que pueda tener según el tipo de medida. 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, esto incluye además la fase de sanción u objeción, en razón a que el Ejecutivo es colegislador (Anaya, 2009b, § 20 y 62); y, en el caso de proyectos de inversión y desarrollo la consulta debe realizarse no sólo antes del inicio de un proyecto, sino también durante todas las fases de ejecución de esos proyectos, además, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas ha señalado que estos proyectos no deben ejecutarse por parte de los Estados si la consulta no es lo suficientemente amplia y legítima (Anaya, 2010). Estas consideraciones son extensivas a toda medida de tipo administrativo.

Libre

El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, determinó que este elemento “debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación” (OIT, 2009, pág. 63) En el mismo sentido, Clavero (s/f, pág. 2) interpreta este elemento como:

[L]a ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios (a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final) y las tácticas de ‘dividir para conquistar’. Significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o de represalias implícitas si la decisión final es un ‘no’.”

En otras palabras, por libre debe entenderse que los titulares de este derecho no sean objeto de coerción, intimidación, presión y manipulación externas, que por ejemplo se traducen en incentivos monetarios, estrategias de división, e incluso, cuando la decisión de estos sujetos es negativa, puede llegar a amenazas, represalias, persecución y criminalización.

Informada

Lo informado supone contar con información necesaria que abarque: a) el alcance y las implicaciones de la medida normativa que se trate; b) que en el caso de ser necesario se proporcione información adicional; y, c) los pueblos y nacionalidades, si lo requieren, cuenten con asesoría técnica (Anaya, 2009b, § 46). En relación con proyectos de inversión o desarrollo, exploración y explotación de recursos naturales, el Grupo de las

Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, determinó que lo informado implica que se suministre información, por lo menos, de los siguientes aspectos (OIT, 2009, pág. 63):

- a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- b. La razón o las razones o el objeto del proyecto o la actividad;
- c. La duración del proyecto o la actividad;
- d. La ubicación de las áreas que se verán afectadas;
- e. Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- f. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y
- g. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

En consecuencia, la información que el Estado tiene la obligación de entregar a los pueblos y nacionalidades indígenas, tanto para medidas administrativas o normativas, deben cumplir mínimamente con estos criterios, según sea el caso. Para el caso de adopción de políticas públicas de carácter general, por su naturaleza, los criterios mínimos que deberían ser utilizados, por su pertinencia, aquellos referidos a medidas normativas. Además, hay que subrayar que, independientemente de la medida que se trate, esta información debe presentarse en lenguaje accesible y traducido a las lenguas de los pueblos y nacionalidades indígenas que deban ser consultados.

El eterno retorno de lo mismo: el permanente incumplimiento del Estado

El estado actual que el derecho a la consulta previa tiene en el marco constitucional es producto de la dinámica conflictiva que ha tenido en las últimas décadas la interpelación que el proyecto político del movimiento indígena a planteado respecto de la sociedad y el Estado ecuatorianos. El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado, así como la ratificación y ampliación de los derechos colectivos son la expresión de ese proceso, el cual ha estado marcado por tensiones, avances y retrocesos, aunque la tónica principal ha sido la resistencia del Estado al cumplimiento de esos derechos tanto en lo normativo como en lo práctico.

Es fundamental aproximarse a las tendencias y causas que explican el proceso que subyace a los resultados que se recogieron en la Constitución de 2008. Este ejercicio resulta útil en una doble perspectiva, de una parte, da luces acerca de los propios límites

que aún son visibles en el marco constitucional, de otra, y quizá más importante, ayudan a ubicar a lo normativo e institucional en su real dimensión.

Los conflictos por proyectos extractivos como punto de partida

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 (Ortíz, 2002).

No obstante, en consideración de las repercusiones que tendría, quizá el más significativo, fue el conflicto en el bloque 10. La relevancia de este conflicto radica en que hasta fines de los 90 en el país hay una total ausencia de un marco normativo en relación con la consulta previa. De hecho, las demandas de las organizaciones indígenas de Pastaza, en particular la OPIP, tuvieron como uno de los fundamentos más importantes el recurso al Convenio 169 de la OIT en relación a la necesidad de consulta previa a pueblos indígenas. Es importante recordar que hasta fines de los 90 el convenio no había sido ratificado por el Ecuador.

La presión de las comunidades y la organización hicieron que la empresa se vea obligada a presentar un Estudio de Impacto Ambiental y un Plan de Manejo Ambiental, a cambiar el proyecto original elevando los estándares ambientales y de “gestión comunitaria”; y, a considerar mecanismos para la participación de las comunidades y la organización en el control del proyecto y la participación en los beneficios. En un ámbito más amplio, una de las exigencias más importantes fue la del reconocimiento del territorio de los kichwa por parte del Estado ecuatoriano. Este fue un antecedente fundamental para la inclusión en el ordenamiento jurídico nacional de normas ambientales para el sector petrolero y de consulta a pueblos indígenas, aunque este proceso tendría enormes limitaciones. De hecho, el primer efecto normativo fue la

promulgación, en 1995, del primer Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas.¹³

Dado el contexto político de ese momento, las demandas expresadas en este conflicto superaron ampliamente el ámbito local y pasaron a formar parte de las exigencias del movimiento indígena en su conjunto. En consecuencia, como resultado de la movilización y los conflictos de los 90, el Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT nueve años después de su promulgación y, reconoció los derechos colectivos de pueblos indígenas en la Constitución Política de 1998, dentro de los cuales incluyó, en forma expresa, el derecho a la consulta previa para proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios que pudieran afectarlos ambiental o culturalmente. Como sujetos de este derecho fueron incluidos también los pueblos afroecuatorianos (art. 84, num. 5). Es importante señalar que esta Constitución también reconoció el derecho a la consulta ambiental general frente a decisiones estatales que puedan afectar el medio ambiente (art. 88).

La situación posterior a la promulgación de la nueva Constitución estuvo caracterizada por varios fenómenos en relación con el derecho de consulta previa: a) el desarrollo desordenado de instrumentos normativos secundarios (leyes y reglamentos) que buscaban regular principalmente el derecho de consulta ambiental, en el marco de una ausencia total de legislación secundaria sobre derechos colectivos en general y consulta previa en particular, yuxtaponiendo en el marco de aquellos elementos de esta última; b) la continuidad de la política de ampliación de la frontera petrolera; y, c) el inicio de una política de impulso a la minería metálica a gran escala. Estos fenómenos eran enteramente consistentes con el proyecto de ajuste estructural y liberalización económica que permitió un acelerado proceso de reprimarización de las economías como la ecuatoriana, lo cual –por lo demás– expresaba el agresivo proceso de privatización de la gestión pública que dio lugar a la paradoja de que se reconocían avances muy progresistas en cuanto a los principios normativos constitucionales, como los derechos colectivos de pueblos indígenas y afroecuatorianos o los principios de aplicación de los derechos, mientras se dismantelaba la institucionalidad que podía ponerlos en práctica y se fortalecía al Estado como “prestador de servicios” para el capital transnacional y sus socios criollos, proceso que puede definirse como “neoliberalismo con rostro social” (Moreano, 1998). El efecto inevitable de esto fue la agudización de los conflictos socio-ambientales provocados por proyectos extractivos.

De este modo, en el ámbito normativo, se expidió la Ley de Gestión Ambiental en 1999, esta ley incluyó una disposición sobre la consulta de proyectos que puedan generar impactos ambientales (art. 28); en 2001 se promulgó el Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas (D.E. 1215) que también hace mención en un artículo a la necesidad de consulta para proyectos del sector. En 2002 se expidió el Reglamento de

¹³ Este reglamento no contemplaba absolutamente nada sobre consulta previa ni consulta ambiental general, pero establecía regulaciones respecto a la necesidad de presentar Estudios de Impacto y Planes de Manejo Ambiental como requisito para la obtención de licencia ambiental. Además establecía regulaciones relacionadas con la gestión ambiental de los proyectos y el control de la misma.

Consulta de Actividades Hidrocarburíferas (D.E. 3401). Por otra parte, en agosto de 2000 fue aprobada la Ley para la Promoción de la Inversión Ciudadana (Ley Trole II)¹⁴ que constituía un instrumento fundamental en el proceso de ajuste estructural y liberalización económica. Esta ley reguló la consulta a las comunidades indígenas y pueblo afroecuatoriano para actividades hidrocarburíferas, sin someterla al ámbito de aplicación de la Ley de Gestión Ambiental. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en diciembre de 2000 declaró inconstitucional a esta disposición por el fondo, en razón de que hacía dos distinciones que el Art. 84 numeral 5 de la Constitución no preveía: a) restringía la consulta en casos de planes y programas de prospección y explotación de recursos naturales que se hallen en las tierras asignadas por el Estado ecuatoriano, y no, como lo planteaba la Constitución, de manera general cuando se hallen en sus tierras; y b) estaba prevista sólo para impactos ambientales de dichos proyectos, contrariando a lo dispuesto en la Constitución que establecía que la consulta debía realizar también cuando los proyectos tengan impactos culturales a pueblos indígenas. No obstante, esta declaratoria no tuvo ningún efecto real.¹⁵

De otro lado, en el nuevo escenario de conflictividad, se destacan dos casos que resultan paradigmáticos en relación con la lucha por el respeto al derecho a consulta previa. El primero hace referencia al inicio de actividades de la compañía ARCO-Oriente en el bloque 24 que afectaba el territorio de la nacionalidad shuar; en tanto que, el segundo tiene que ver con el comienzo de las actividades de la empresa argentina CGC en bloque 23 en el territorio de la comunidad kichwa de Sarayaku. En términos generales, todas las concesiones entregadas y los proyectos para el desarrollo de las nuevas áreas, tuvieron como tónica la falta de consulta previa con los pueblos y nacionalidades afectadas, a lo sumo se dieron procesos de consulta ambiental y no en todos los casos; sin embargo, lo sucedido con los bloques 23 y 24 revisten particular importancia por las consecuencias jurídicas y políticas que tuvieron como resultado de la oposición y resistencia de las comunidades y organizaciones a la ejecución de los proyectos petroleros mencionados.

El conflicto en el bloque 24 tuvo su punto más alto durante 1998. Luego de los acercamientos de ARCO a las comunidades shuar, la asamblea de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) decidió no permitir negociaciones entre la empresa y las comunidades sin su autorización. Los acercamientos continuaron, la conflictividad se incrementó y la Federación presentó un Recurso de Amparo argumentando violaciones al artículo 84 de la Constitución, el cual fue aceptado por el Juez Provincial de Morona Santiago en 1999 y ratificado por el Tribunal Constitucional

¹⁴ Publicada en el Registro Oficial No. 144, suplemento, de 18 de agosto de 2000.

¹⁵ A más del Reglamento Ambiental para el sector petrolero expedido en 2001 (D.E. 1215), en 2002 se expide el Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas (D.E. 1761, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 23 de agosto de 2001); el Decreto Ejecutivo 1040 (publicado en el Registro Oficial No. 332 de 8 de mayo de 2008) que derogó el artículo 21 del reglamento relativo a participación ciudadana (D.E. 1761); en marzo de 2003 se expide el Texto Unificado de Legislación Ambiental (TULAS), en el que se establecía el Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), en cuyo Libro VI denominado Calidad Ambiental, se regulaba el procedimiento de consulta ambiental previo a la aprobación de los EIA para toda actividad que ocasione impactos ambientales. Toda esta normativa se encuadraba en la regulación del derecho de consulta ambiental general.

en 2000. En lo esencial la sentencia imponía la prohibición a la empresa de acercamientos a individuos o comunidades sin la autorización de sus organizaciones representativas (Chávez, 2002).

No obstante, la empresa incumplió este fallo y continuó con sus actividades de “relaciones comunitarias” en las comunidades shuar, esto hizo que la FIPSE, con el aval de la Central Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), presente una demanda contra el Estado frente a la OIT por violaciones al Convenio 169, lo central era la ausencia de consulta previa; la OIT en respuesta promulgó una serie de recomendaciones al Estado para garantizar los derechos de los shuar y, en particular, la ejecución de procesos de consulta previa y respeto al principio de representatividad de las organizaciones de la nacionalidad shuar. El pronunciamiento de la OIT señala que aspectos como el traspaso de la concesión a la empresa Burlington Resources debieron consultarse (Melo, 2002). A pesar de esto, la intromisión en el territorio de los shuar se mantuvo, ahora por parte de Burlington. Como mecanismo de “resolución” del conflicto, en 2005 la empresa y el Estado promovieron la firma de un “Convenio Tripartito” con los presidentes de la FIPSE y la FICSH,¹⁶ quienes lo suscribieron sin conocimiento de las comunidades, las cuales los destituyeron como sus representantes y desconocieron el convenio (García & Sandoval, 2007, pág. 30 y 31).

El desarrollo de este caso demostró con absoluta claridad la dinámica política de este tipo de conflictos poniendo en evidencia que las empresas y el Estado propenden a dar respuestas coyunturales y enteramente dirigidas a garantizar la ejecución de sus proyectos sin ninguna consideración real por el respeto y protección de los derechos colectivos; respuesta que, además, tienen un carácter completamente reactivo en función de las presiones ejercidas por los pueblos y nacionalidades afectadas. Es por ello que la supuesta política de “altos estándares” ambientales y “respeto” a las comunidades que ARCO-Oriente publicitaba en referencia a su actuación en el bloque 10 haya desaparecido por completo en el caso del bloque 24.

En el caso de Sarayaku (Melo, et.al., 2002; López, 2004), el inicio de las actividades de la empresa en 2002 dio origen a un conflicto que alcanzó niveles críticos. Como respuesta, la comunidad presentó un recurso de Amparo Constitucional ante un juez del Puyo, cuya decisión dispuso la suspensión de actividades en el territorio comunitario. A pesar de esta prohibición las actividades de CGC continuaron, lo que incrementa significativamente el nivel del conflicto.

En 2003 la comunidad puso en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso, la cual decidió otorgar Medidas Cautelares a favor de Sarayaku. La tensión se mantuvo en la zona y en julio de 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos concedió Medidas Provisionales a favor de Sarayaku. A pesar de esta resolución, la Corte debió reiterar en 2005 su pedido al Estado para el

¹⁶ Federación Interprovincial de Centros Shuar.

cumplimiento estricto e inmediato de las Medidas Provisionales, debido a su inobservancia de la resolución.

En mayo de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante el incumplimiento de sus recomendaciones incluidas en el informe de fondo sobre el caso por parte del Estado, presentó una demanda ante la Corte Interamericana debido a la situación de incumplimiento que el Estado mantiene en este caso.

Ahora bien, estos casos fueron los más visibles durante este período, no obstante la conflictividad por el avance de la frontera petrolera se extendió a prácticamente todas las áreas en las que se iniciaba la ejecución de nuevos proyectos; inclusive, los conflictos en las viejas áreas de explotación petrolera se agudizaron debido al enorme pasivo socio-ambiental dejado por Texaco. Como apunta Fontaine (2003) todo esto fue el resultado de la vinculación de las organizaciones indígenas y campesinas con las organizaciones ecologistas y de derechos humanos, lo cual definitivamente generó un escenario completamente nuevo para el desarrollo de proyectos petroleros.

En consecuencia, la lucha de las comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas contra la intromisión en su territorio de las transnacionales petroleras pasó a convertirse en un obstáculo para el desarrollo de esos proyectos. Una de las demandas más importantes tenía que ver con la necesidad de que se lleven a cabo procesos de consulta ambiental general y consulta previa. De hecho, algunos funcionarios públicos consideraban que la 10ma. Ronda de Licitaciones que se proponía concesionar bloques petroleros en territorios kichwa y shuar del centro-sur de la Amazonia se detuvo debido a las acciones de la FIPSE en contra de ARCO y, posteriormente, Burlington (Garzón, 2002); sin embargo, más allá de la importante influencia de este caso y el de Sarayaku, el escenario general de la Amazonia no era del todo favorable.

Con una mirada más amplia se podía ver que este escenario de conflictividad no era exclusivo del Ecuador, se trataba de un escenario regional. Casos similares se evidenciaban en Colombia, Venezuela, Perú o Bolivia. Uno de los más destacables fue el de el enfrentamiento de los U'wa contra la Occidental en Colombia. Sin duda, esto tenía que ver con el contexto neoliberal que buscaba ampliar las fronteras extractivas para favorecer la transferencia de capitales desde los países subdesarrollados hacia las grandes transnacionales. Con Estados “refuncionalizados” y subordinados a esos intereses las respuestas estratégicas para enfrentar el problema surgieron de los organismos internacionales, en particular el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo fueron tenaces promotores de “salidas negociadas” a los conflictos entre pueblos indígenas y empresas petroleras y mineras (Garzón, 2002).

En el Ecuador esta intervención se hizo visible en dos ámbitos. Por una parte, el desarrollo de programas de capacitación (Garzón, 2002) en el marco del programa Energía Ambiente y Población (EAP) de la OLADE, conocido como “Diálogo Tripartito”, que contaba con financiamiento del Banco Mundial y constituía una especie de panel permanente para el diseño de políticas “consensuadas” para la gestión de los sectores petrolero y minero entre empresas, Estados y pueblos indígenas; participaban

en el programa la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), la OLADE como representante de los gobiernos y la Asociación Regional de Empresas de Petróleo y Gas Natural. Por otra parte, el Banco Mundial financió una consultoría ejecutada por el Ministerio de Minas y Petróleos para la elaboración de un Reglamento de Consulta y Participación para actividades hidrocarburíferas.

El proceso de diseño tuvo varios intentos fallidos, en particular, debido a la oposición de las organizaciones indígenas por su nula o escasa participación en el mismo. Este proceso se inscribía claramente en el enfoque del EAP, la intención era desarrollar un reglamento de forma “participativa”, mediante un “diálogo” entre el Estado, las empresas y las organizaciones indígenas. La intencionalidad clara era poner en juego una estrategia que permita neutralizar la oposición de los pueblos y nacionalidades indígenas a los proyectos extractivos, finalidad que animaba todo el EAP, creando espacios aparentemente participativos en los que a la final las empresas terminarían imponiendo sus criterios con el consentimiento de las organizaciones. Esto fue suficientemente claro para la CONFENIAE, que cuestionó el proceso y planteó un proyecto alternativo de reglamento, cuyos criterios fueron acogidos en parte, pero la organización no pudo revisar los ajustes y cambios finales que realizó el equipo consultor contratado por el Ministerio de Energía y Minas (García & Sandoval, 2007).

Luego de este proceso el gobierno de Gustavo Noboa promulgó este reglamento mediante D.E. 3401 en diciembre de 2002. El Reglamento establecía dos tipos de consultas en función de los momentos y de acuerdo a los sujetos consultados; en el primer caso se establecía una consulta “pre-licitatoria” y otra “previa de ejecución”; mientras que, en el segundo caso se definía una consulta para pueblos indígenas y afroecuatorianos y otra para la ciudadanía en general. En cuanto la consulta previa de ejecución, se establecía que debía realizarse en todas las fases de la actividad petrolera (exploración, desarrollo y producción, industrialización, almacenamiento y transporte, comercialización y venta).

La inclusión de ciertos elementos nuevos en este reglamento, que se aproximaban más a la regulación de la consulta previa como derecho colectivo, se explica que por el contexto explicado líneas arriba; ciertamente, el Reglamento pretendía dar respuesta a este tema; sin embargo, precisamente por ello, se trata de una norma significativamente ambigua debido a la combinación de la consulta ambiental y algunos elementos de la consulta previa en la misma norma. No obstante estos terminaron subordinándose al carácter de la primera. Esto era explicable, además, por la ausencia de una Ley Orgánica que norme el derecho de consulta previa (García & Sandoval, 2007), situación que persiste hasta la actualidad. En definitiva, los matices incorporados en este reglamento no modificaron el propósito de la consulta y sus efectos previstos en el reglamento ambiental para actividades petroleras (D.E. 1215).

Con este reglamento vigente se llevó a cabo la novena ronda de licitación petrolera, que se inició en 2002, en la cual se incluyó a los bloques 20 y 29 localizados en territorios del pueblo kichwa del Napo (*Napo runa*). Los resultados del proceso de consulta

determinaron una mayoritaria “aprobación condicionada” al proyecto tanto en asambleas comunitarias como en asambleas inter-comunitarias. No obstante surgieron cuestionamientos al proceso que señalaban, entre otras cosas, la insuficiencia del proceso por el corto tiempo, la entrega de información solo en castellano y la presentación de la concesión de las áreas como una decisión irreversible del Estado. Las organizaciones locales hablan de manipulación, métodos apresurados de toma de decisiones, desinformación, en especial, respecto de la posibilidad de oponerse al proyecto y a los impactos negativos de la actividad petrolera.

A pesar de los cuestionamientos y los conflictos generados, el proceso de consulta fue aceptado por el Estado y en julio de 2008 Petroecuador decidió entregar la concesión del campo Pungarayacu, dentro del bloque 20, a la empresa IVANHOE. Luego de estas decisiones el Gobierno del Pueblo Kichwa de Rukullakta, organización que agrupa a las comunidades afectadas, hace una declaración explícita en la que rechaza la presencia de empresas petroleras en su territorio. No obstante, la empresa continúa realizando actividades en la zona como parte de la fase de preparación para la explotación del área.

Posteriormente se promulgarán dos Reglamentos para normar el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, uno en el gobierno de Alfredo Palacio (D.E. 1897) en 2006, y otro que sustituye a este, en el gobierno de Rafael Correa (D.E. 1040) en 2008, antes de la aprobación de la nueva Constitución. Ambos volvieron a establecer a la Ley de Gestión Ambiental como paraguas del desarrollo normativo que regula la consulta ambiental para todas las actividades que generen impactos ambientales. El primero de ellos definió dos tipos de consulta: previa de preejecución y previa de ejecución. Su alcance involucraba a cualquier decisión, administrativa o normativa, que pueda originar un riesgo sobre el ambiente. En relación al resultado de la consulta, sobre la base de los informes del proceso de consulta la decisión final estaba en manos de la autoridad competente. Establecía como sujeto consultado a la comunidad ubicada en el área de influencia, los gobiernos seccionales, las organizaciones indígenas o afroecuatorianas de segundo y tercer grado legalmente constituidas, las federaciones, asociaciones y gremios de la sociedad civil y sectores productivos legalmente constituidos, las organizaciones no gubernamentales ambientales y de derechos humanos, los representantes de los medios de comunicación local y los delegados de los demás espacios representativos. Entre tanto, el sujeto consultante para el caso de la consulta previa de preejecución es el Estado, a través de la entidad competente; mientras que, para el caso de la consulta previa de ejecución el responsable es el promotor del proyecto o actividad que se consulta.

Cabe precisar que este reglamento, en su Art. 41, establecía que los procedimientos de participación ciudadana y consulta previa en él regulados, se aplicarían sin perjuicio del régimen especial que otorgan los Art. 84 y 85 de la Constitución a los pueblos indígenas y afroecuatorianos; y aclaraba que de existir un procedimiento especial de participación y consulta para dichos pueblos este prevalecería, reconociendo de este modo que sus disposiciones no regulaban la consulta como derecho colectivo, sino la consulta ambiental general.

La expedición del Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental (D.E.1040), en abril del 2008, convierte a este en el único marco regulatorio de procesos de consulta ambiental general mediante la derogatoria de ciertos reglamentos sectoriales y varias disposiciones reglamentarias.¹⁷ Mantiene el objeto de la consulta previsto en el Reglamento de 2006, pero elimina la consulta previa de preejecución, es decir limita este derecho a considerar e incorporar los criterios de la comunidad solamente previo a la aprobación de los EIA y planes de manejo ambiental. En cuanto a los sujetos de consulta, el sujeto consultante es la autoridad ambiental competente y la responsabilidad del promotor es la elaboración del EIA/PMA. En relación a los sujetos consultados se incluye a los mismos actores del reglamento anterior, eliminando a las federaciones, asociaciones y gremios de la sociedad civil y sectores productivos legalmente constituidos; las organizaciones no gubernamentales ambientales y de derechos humanos; los representantes de los medios de comunicación local y los representantes de los demás espacios representativos.

Por otra parte, determina que si en el proceso de consulta los sujetos de participación social no ejercen su derecho a participar habiendo sido convocados o se oponen a su realización, este hecho no constituye causal de nulidad del proceso de participación social ni suspende la continuación del mismo. Respecto al resultado de la consulta mantiene lo dispuesto en el Reglamento de 2006, e incorpora lo establecido en el Art. 20 del Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), referido a que la consideración e incorporación de los criterios emitidos por los sujetos consultados, se lo hará siempre y cuando sea técnica y económicamente viable.

Como efecto de la consulta se dispone que, si los sujetos de la participación social se oponen a la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, esta no podrá llevarse a cabo, a menos que la autoridad competente insista en su realización, lo cual será resuelto por la instancia superior. De igual forma, se reconoce que los procedimientos de participación ciudadana y consulta previa en él regulados, se aplicarán sin perjuicio del régimen especial que otorgan los Art. 84 y 85 de la Constitución a los pueblos indígenas y afroecuatorianos, aunque se elimina la disposición referida a la prevalencia que se le daría a un reglamento que desarrolle la consulta para pueblos indígenas. De todos modos este reglamento, como ya se mencionó, tiene por paraguas a la Consulta Ambiental prevista constitucionalmente y en la ley de gestión ambiental.

Mientras el caos normativo generado por las insuficientes y equivocadas respuestas del Estado a las demandas derivadas de los conflictos petroleros, era resuelto por la vía también equivocada de eliminar de un tajo los escasos avances verificados en medio de la turbulencia reglamentaria anterior; se había abierto otro campo de conflictos de la misma naturaleza, esta vez, en relación con el impulso de proyectos de minería metálica

17 Así lo evidencia la derogatoria total del Reglamento al Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental sobre la Participación Ciudadana y la Consulta Previa de 2006 y del Reglamento de Consulta y Participación para la realización de Actividades Hidrocarburíferas de 2002; así como con la derogatoria parcial de las disposiciones relativas a la consulta ambiental contenidas en el TULAS (literal a. del Art. 20 del Libro VI de Calidad Ambiental) de 2003, en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en Ecuador (Art 9); y en el Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas (Art. 21).

a gran escala. Desde inicios de la década, como parte de las mismas políticas neoliberales que impulsaron la ampliación de la frontera petrolera, el Estado, apoyado también por organismos multilaterales, decidió abrir la posibilidad de este tipo de proyectos mineros en el país.

Sin ser el único, por supuesto, uno de los casos emblemáticos en relación con las violaciones a derechos colectivos y, en particular, el de consulta previa, es el del proyecto Mirador, que está localizado en el territorio de la nacionalidad Shuar, en la parroquia Tundayme del cantón El Panguí en la provincia de Zamora Chinchipe. Según el gobierno ecuatoriano y las empresas privadas se trata del proyecto de minería a gran escala y cielo abierto más importante del país. El área fue concesionada a la empresa canadiense Ecuacorriente S.A. (ECSA)¹⁸ con un área de aproximadamente 9000 has.

El grado de conflictividad vinculado a este proyecto ha sido muy significativo, se han suscitado agresiones por parte del Ejército a pobladores Shuar y campesinos opuestos a la presencia de la actividad en su territorio, constantes paralizaciones, tomas de campamentos. Por otra parte, las intervenciones de la empresa dieron lugar a fragmentación de las organizaciones y las comunidades.

El proceso de consulta sobre el proyecto se desarrolló a fines de 2005 y agravó la situación de conflicto en la zona puesto que la mayor parte de las comunidades expresan su oposición al proyecto. Entre 2006 y 2007 el conflicto se radicalizó, cuando los Shuar organizaron una toma de varios campamentos de las empresas mineras, especialmente en la provincia de Morona Santiago. Como resultado de estas movilizaciones y procesos de resistencia, en 2007 el Ejecutivo se vio obligado a suspender las actividades de la empresa Ecuacorriente en Zamora Chinchipe.

La entrada en vigencia de la nueva Constitución y los cambios en la política estatal de manejo de recursos no renovables no parecen haber modificado sustancialmente este escenario que es común a los grandes proyectos mineros. Por el contrario, la aprobación de la Ley de Minería¹⁹ en enero de 2009 y sus reglamentos no ha hecho más que agravar el conflicto. La Ley incluye un capítulo denominado “De la Gestión Social y la Participación de la Comunidad”, en el que se establece al Estado como responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social, de acuerdo a la Constitución y normativa vigente, competencia que le es indelegable a cualquier instancia privada. Esta ley sólo detalla un proceso de información que obliga al concesionario a través del Estado a informar adecuadamente. En cuanto al resultado de dicha consulta, esta ley determina que si resulta una oposición mayoritaria a un proyecto minero, la decisión será adoptada por resolución motivada del ministerio sectorial.

Cabe señalar que, con relación a pueblos indígenas se prevé que los procesos de participación ciudadana o consulta deben considerar un procedimiento especial

¹⁸ Ese es su nombre de la sucursal constituida en Ecuador. Corriente Resources Inc. de origen canadiense fue adquirida en 2010 por el consorcio Chino CRCC TONGGUAN Investment, conformado por Tongling Nonferrous Metal Group Holdings Co. Ltd. y China Railway Construction Corporation Limited.

¹⁹ Publicada en el Registro Oficial No. 517, suplemento, de 29 de enero de 2009.

obligatorio para estos pueblos, sobre la base de los principios de legitimidad y representatividad y a través de sus instituciones, para el caso de que la exploración o explotación minera se lleve a cabo en sus tierras o territorios ancestrales y cuando afecten a sus intereses, aunque lo relaciona a la consulta ambiental reconocida constitucionalmente.

En noviembre de 2009 se expidieron los reglamentos General de la Ley de Minería²⁰ y Ambiental de Actividades Mineras.²¹ El primero establece como facultades del Ministerio sectorial la creación de los Consejos Consultivos²² y la definición de los mecanismos para su gestión. Estos consejos deben viabilizar la participación ciudadana para la toma de decisiones en la definición de las políticas mineras. El segundo incluye una disposición sobre la necesidad de consulta y cuya promulgación se dio en función de la aprobación de la Ley de Minería.

Por último, hay que mencionar que la aprobación de la Ley de Minería en 2009 dio paso a la reactivación de las actividades de los proyectos a gran escala, lo que activó nuevamente la situación de conflicto. En el caso de Mirador se llevó a cabo un cuestionado proceso de consulta ambiental en noviembre de 2010, a pesar de que la Corte Constitucional estableció que la ley debía ser sometida a un proceso de consulta previa en los casos en que afecte a territorios de pueblos y nacionalidades indígenas.

El recuento de esta dinámica entre la conflictividad relacionada con la extracción de recursos naturales no renovables y las desordenadas intenciones de establecer un marco normativo secundario deja ver claramente la ausencia de una política de Estado que permita el pleno ejercicio de este derecho. En el ámbito normativo, esto se expresa en la ausencia de una ley orgánica que regule su aplicación como derecho colectivo y en el hecho de que la referencia a la Ley de Gestión Ambiental sea tomada como el marco para la expedición de reglamentos específicos. Inclusive en los casos en los que se ha procurado establecer criterios direccionados a regular la consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, como el Reglamento de Participación y Consulta del sector petrolero (D.E. 1761) subsiste la tendencia a subordinar el principio de consulta previa como derecho colectivo al de consulta como derecho ambiental general; y, por tanto, la sustancial restricción al ejercicio del primero.

Esta situación de incumplimiento tiene otro elemento de significativa importancia. Dado que la Constitución de 1998 establecía que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico nacional con la más alta jerarquía legal (art.162) era necesario contemplar la aplicación del Convenio 169 de la OIT en todo su alcance. En otras

²⁰ Decreto Ejecutivo No. 119, publicado en el Registro Oficial No. 67, suplemento, de 16 de noviembre de 2009.

²¹ Decreto Ejecutivo No. 121, publicado en el Registro Oficial No. 67, suplemento, de 16 de noviembre de 2009.

²² Que estarán integrados por un delegado de cada una de las siguientes entidades: ministerio sectorial, Agencia de Regulación y Control Minero, Instituto Nacional de Investigación Geológico Minero Metalúrgico, Gobiernos Autónomos Descentralizados, y los representantes de las Organizaciones de la Sociedad Civil, debidamente acreditados del área de influencia del proyecto minero. Ver Art. 6 del Reglamento General a la Ley de Minería.

palabras, las decisiones del Estado en relación con las concesiones petroleras y mineras posteriores a 1998 y todos sus efectos sobre los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos no han dado cumplimiento al derecho de consulta previa. Esta constatación es de enorme importancia puesto que, luego de la aprobación de la actual Constitución, esta situación de incumplimiento persiste y el Estado sigue tomando decisiones inconsultas sobre proyectos extractivos en territorios indígenas como las renegociaciones de contratos o los traspasos de las concesiones de una empresa a otra.

El nuevo contexto político, la consulta pre-legislativa y el complicado tema de las políticas públicas

Luego de casi una década de vigencia del marco constitucional de 1998 se inició el proceso de elaboración de una nueva Constitución; por otro lado, en el marco internacional, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó su Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 que fortalece los principios del Convenio 169 en cuanto a consulta y consentimiento previos. En este contexto, la Constitución de 2008 ratificó el reconocimiento de derechos colectivos ampliando su alcance, lo más relevante en este sentido fue el reconocimiento de la necesidad de consulta previa para la toma de decisiones legislativas.

En consecuencia, la discusión sobre consulta previa incluye con el nuevo marco constitucional un campo distinto, aunque relacionado con la consulta previa vinculada con proyectos extractivos, el de la consulta prelegislativa. Con el antecedente del fracaso en el cumplimiento del derecho de consulta previa que reconocía la Constitución de 1998, esta nueva dimensión del problema devuelve la mirada a los serios límites que existen a la hora de cumplir con los derechos colectivos, los cuales son principalmente de carácter político.

Ahora bien, en efecto la Constitución fortalece el marco jurídico para el ejercicio de los derechos humanos y los derechos colectivos; sin embargo, subsiste el riesgo de mantener la brecha entre los principios constitucionales y las condiciones institucionales para su aplicación práctica. Esto se hace evidente en el mismo texto constitucional que deja la decisión última, en el caso de consulta ambiental, en manos de la autoridad administrativa correspondiente (art. 398). Si se tiene en cuenta que el aparato institucional del Estado responde a estructuras inequitativas de poder, el riesgo de que aquellos principios terminen vaciados de contenido al momento de su aplicación práctica es muy grande.

Basta mencionar algunos ejemplos posteriores a la aprobación de la Constitución que se relacionan con el derecho de consulta pre-legislativa para poner de manifiesto esta situación. Lo sucedido en el tratamiento de leyes que afectan a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, por parte de la Asamblea Nacional y el Ejecutivo permite establecer que la consideración del derecho a consulta previa se inscribe en la tendencia que el país ha tenido desde la década de los 90. Hasta el

momento no hay regulación alguna sobre la consulta pre-legislativa, sin embargo, se han tramitado varias leyes que deberían haber sido sometidas a un proceso de consulta. Entre ellas, las de mayor relevancia por los efectos y el grado de conflictividad que generaron son la Ley de Minería y la Ley de Recursos Hídricos.

En enero de 2009 Ley de Minería fue aprobada por la Comisión Legislativa y de Fiscalización, conocida como “Cogresillo”. En lo sustancial la ley modifica las modalidades contractuales, abre la posibilidad para la ejecución de proyectos de minería a gran escala y genera ciertos mecanismos de control por parte del Estado. La aprobación de esta ley se dio en medio de un importante conflicto social y político por efecto de la oposición que generó entre el movimiento indígena, sectores ambientalistas y otros sectores sociales. Desde noviembre de 2008 se suscitaron una serie de acciones y movilizaciones de estos sectores para exigir el cumplimiento del Mandato Minero y manifestar su rechazo a la nueva ley.

Luego de la aprobación de la ley, en marzo de 2009, la CONAIE y los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui y Victoria de Portete de la Provincia de Azuay presentaron una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional planteando que la ley incumple la Constitución en varios aspectos, entre ellos, el incumplimiento del derecho a la consulta previa pre-legislativa.

La sentencia de la Corte Constitucional²³ desechó el pedido de inconstitucionalidad de la ley y declaró “constitucionalidad condicionada” que señala la necesidad de que toda actividad minera que se desarrolle en territorios de pueblos indígenas afroecuatorianos y montubios deberá cumplir con el derecho a consulta previa establecido en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución de acuerdo a las reglas que establece la sentencia de la Corte hasta que la Asamblea Nacional expida la ley respectiva.

La importancia de esta sentencia está vinculada a ciertos elementos que definen la situación de la consulta previa en el marco legal ecuatoriano. Lo primero que conviene destacar es que la Corte establece una diferenciación entre los tipos de consulta recogidos en la Constitución: consulta previa, libre e informada, la consulta prelegislativa y la consulta ambiental, los cuales no serían equiparables. Deja sentado que los dos primeros son aplicables únicamente para pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas; mientras que la consulta ambiental tiene un carácter general. De modo que, estableció que la consulta pre-legislativa es un derecho de carácter colectivo y no se trata de un mero procedimiento o formalidad sino que es un derecho de carácter sustancial.²⁴

Otro aspecto que merece atención es la definición de ciertas reglas para los procedimientos aplicables en los casos de consulta previa para planes y programas extractivos y consulta prelegislativa, manteniendo la diferenciación anotada; esto en respuesta a la ausencia de ley que regule este derecho. Entre lo más relevante de estos

²³ Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-10-SIN-CC.

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-10-SIN-CC, p. 26 y 27.

criterios se destaca el respeto a los procesos internos y la representatividad propia de los pueblos y nacionalidades consultados. Así cómo la búsqueda de decisiones concertadas para la determinación de las condiciones en que se llevará a cabo el proceso, aunque dista mucha de inscribirse en los elementos esenciales de la consulta, entre otros en relación a la obligación de recabar el consentimiento expreso para el caso de actividades extractivas.

Sin embargo, esta sentencia genera un precedente preocupante por la ambigüedad que reviste el criterio de “constitucionalidad condicionada” y el incumplimiento del contenido esencial del derecho a la consulta previa que se deriva de las reglas y procedimientos establecidos en la sentencia. En rigor, la sentencia se corresponde con la tendencia histórica del cumplimiento del derecho de consulta previa en el país, es decir, el vaciamiento de su contenido de derecho al reducirlo a un proceso administrativo. Varios elementos ayudan a visualizar este problema en la sentencia:

- a. La “constitucionalidad condicionada” de la Ley determina un claro orden de prioridades: los derechos colectivos se subordinan a la decisión del Estado de promulgar la ley, lo cual afecta el carácter previo de la consulta. Este pronunciamiento induce fuertemente a que el cumplimiento de un proceso formal de consulta sea suficiente para obtener la “constitucionalidad total”.
- b. Las reglas propuestas para la consulta pre-legislativa otorgan a las entidades de Estado un significativo grado de control sobre el proceso. Así por ejemplo, las organizaciones representativas deberán cumplir con un proceso de inscripción ante organismos de Estado, afectando así el principio por el cual son los pueblos y nacionalidades los que definen qué organizaciones los representan; la consulta se efectuará en español; los plazos, la agenda, las convocatorias, la documentación y los mecanismos de consulta serán determinados de manera unilateral por parte de la Asamblea Nacional, etc. Todo lo cual afecta el carácter de libre e informado de la consulta, en particular, porque se afecta la posibilidad de que los pueblos y nacionalidades indígenas cuenten con el tiempo suficiente para recopilar la información necesaria y efectuar los debates internos.
- c. Sobre la base de una interpretación *sui generis* del principio de aplicación directa, se reconoce que el envío de información a las organizaciones indígenas por parte de entes estatales, las comunicaciones formales de las organizaciones que señalan sus cuestionamientos y la participación en reuniones convocadas por la Asamblea Nacional son mecanismos que sin equipararse íntegramente a un proceso de consulta pre-legislativa, contienen “elementos sustanciales del mismo”.²⁵ Esta consideración es especialmente grave puesto que esos mecanismos tienen un carácter estrictamente apegado a la formalidad administrativa.

²⁵ *Ibíd.*, p. 38.

- d. La sentencia no prevé que en el caso de medidas legislativas, en razón de que en nuestro diseño constitucional el Ejecutivo es colegislador, la fase de sanción u objeción deberá contemplar, de ser el caso, un proceso de consulta adicional.

Aunque con tergiversaciones y limitaciones la sentencia de la Corte Constitucional puso de manifiesto las dificultades para el cumplimiento del derecho de consulta previa referido a medidas legislativas. De modo que, con lo sucedido en cuanto a la Ley de Minería se abría un escenario conflictivo para la aprobación de ciertas leyes. Esto es lo que ocurrió con el trámite de la Ley de Recursos Hídricos. Durante abril y mayo de 2010 la Asamblea Nacional tramitó la aprobación de la Ley de Recursos Hídricos o Ley de Aguas; esto en medio de un proceso muy importante de movilización de las organizaciones indígenas en rechazo a los contenidos de la Ley. Los puntos críticos en el cuestionamiento de las organizaciones se centran en la conformación de la Autoridad Única del Agua frente a la que plantearon la conformación de un Consejo Plurinacional, el alcance del carácter desprivatizador de la ley y la vulneración de los derechos de las comunidades para la gestión del agua.

En este contexto, el presidente de la Asamblea Nacional decide presentar una moción para suspender la votación en el pleno sobre la ley con la finalidad de disponer al Consejo de Administración de la Legislatura que desarrolle un proceso de consulta prelegislativa según las reglas establecidas en la sentencia de la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. Sin embargo, la votación de la Asamblea rechazó la moción. La propuesta del Ejecutivo, en cambio, fue el archivo de la ley. De cualquier modo, el proceso de discusión de la ley quedó suspendido y debería llevarse a cabo la consulta prelegislativa en los términos definidos por la Corte Constitucional.

Lo más destacable de este caso guarda relación con las serias dificultades para establecer garantías mínimas para el cumplimiento del derecho de consulta previa a nivel institucional. Así por ejemplo, la respuesta del Estado es completamente dependiente del grado de conflictividad de la decisión sometida a consulta, como se puede ver esto ocurre tanto a nivel de proyectos extractivos como de leyes nacionales.

Como una estupenda muestra del carácter paradójico de la formación social ecuatoriana que contrapone una compulsión normativa exacerbada a la tozudez de una dinámica social que parece caminar por un sendero distinto, mientras quedaba claramente establecida la resistencia del legislativo a aplicar procesos de consulta pre-legislativa en las leyes mencionadas, en abril de 2010 se aprobó la Ley Orgánica de Participación Ciudadana²⁶, la cual establece regulaciones claramente diferenciadas para consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios en relación con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios y tierras; y, para la consulta ambiental a la comunidad. Esta ley, en su artículo 83, señala que si de los procesos de consulta detallados deriva una oposición mayoritaria de la comunidad consultada:

²⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 175, suplemento, de 20 de abril de 2010.

[L]a decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada 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; 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.

No obstante, la aprobación de leyes sin consulta previa continuó como en el caso de las reformas a la Ley de Hidrocarburos, el Código de Ordenamiento Territorial o el Código de la Producción, la Ley Orgánica de Educación Intercultural. Merece especial atención el trámite de las reformas a la Ley de Hidrocarburos en cuyo proceso de debate y aprobación no se consideró la posibilidad de someterla a un proceso de consulta pre-legislativa. Lo ocurrido con esta ley ejemplifica bastante bien la compleja situación del derecho de consulta previa, justamente en el sector en el que ha tenido lugar la mayor parte de la experiencia en cuanto a conflictos relacionados con el incumplimiento del derecho a la consulta previa cuenta con un marco legal que no fue sometido a un proceso de consulta pre-legislativa.

La problemática actual de la consulta previa en el país plantea otro ámbito de discusión en cuanto al contenido sustancial del derecho como se ha referido con anterioridad. Teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad y el tipo de medidas que deben consultarse tal como lo establecen el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas la consulta previa no puede limitarse únicamente a los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables y las medidas legislativas, debe incluir a todas las medidas normativas y administrativas que impliquen riesgo de afectar los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios. Como se ha dicho, en rigor esto debió considerarse desde la ratificación del Convenio 169 (1998) y el momento actual, con una Constitución garantista en vigencia, obliga a ponerlo en el marco de la discusión.

La experiencia más reciente e importante para la definición de políticas públicas constituye la formulación del Plan Nacional del Buen Vivir (PNBV). Este representa el marco general en el que se consigan las estrategias, los objetivos y las políticas de carácter nacional que sustentan el reordenamiento institucional y las reformas legales. Por lo demás, la referencia de cualquier nivel de política pública al PNBV es obligatoria según lo establece el artículo 280 de la Constitución Política. De manera que, siendo el marco más importante para la definición de políticas públicas su formulación debía cumplir con el derecho de consulta previa en el caso de medidas administrativas que puedan afectar a pueblos indígenas tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para el proceso de formulación del Plan se desarrollaron varios mecanismos de participación, entre ellos talleres de consulta, mesas de trabajo, presentaciones públicas y veedurías ciudadanas. Los talleres y presentaciones se efectuaron en varias ciudades del país. En consideración de las “especificidades territoriales” se realizó un taller en la ciudad de Baños dirigido a pueblos y nacionalidades indígenas. Este taller contó con la presencia de varias entidades de Estado, no tuvo la participación de organizaciones de ningún nivel.

El documento del Plan señala que se requiere de la incorporación de criterios que provengan de la planificación local y de los Planes de Vida o planes para el Buen Vivir de los pueblos y nacionalidades. Menciona la necesidad de un esfuerzo, de parte de los planificadores estatales se entiende, de apoyo técnico para la formulación de estos planes.

Como se puede ver, la “socialización” es del todo insuficiente en relación con el derecho a consulta previa. De hecho si en el caso de proyectos extractivos y medidas legislativas hay serias dificultades, en lo relacionado con políticas públicas la situación está mucho menos desarrollada. Es importante tener en cuenta que en este ámbito debería haber un mayor énfasis, dado que la definición de políticas públicas establece los marcos generales de los que se derivarán las normas específicas y los planes, programas y proyectos.

Los límites de la consulta previa

La situación de evidente incumplimiento normativo y práctico del derecho a consulta previa, libre e informada responde a distintos factores que, en buena medida, suelen quedar fuera de la discusión. Algunas opiniones apuntan a señalar que si bien en los principios y el contenido esencial hay un acuerdo relativo, el problema fundamental se encuentra en el diseño de mecanismos e instrumentos institucionales que permitan resolver el modo “operativo” de ejecución de procesos de consulta previa. Desde otras perspectivas, se muestra lo indispensable que resulta dirigir los esfuerzos a la creación de un marco normativo específico que legisle sobre este derecho separándolo de la consulta ambiental. Finalmente, con otra óptica, se puede decir que en realidad son ambos procesos los que deben concretarse simultáneamente para garantizar el ejercicio de este derecho.

Sin dejar de lado la obvia importancia que estos aspectos tienen, la experiencia existente en el país plantea algunos aspectos problemáticos que parecen ir más allá de estas “salidas institucionales”. Así por ejemplo, el caso del conflicto de ARCO en el bloque 10 obligó a que la empresa replanteara completamente su proyecto, se establezcan instancias de consulta permanente con las comunidades y las organizaciones, y se determinen mecanismos que garanticen la distribución de los beneficios entre las comunidades afectadas por el proyecto. Todo esto sin ningún marco regulatorio específico sobre derechos colectivos y ni siquiera alguna exigua reglamentación sobre el

derecho de consulta ambiental. En el bloque 24 y en Sarayaku, en cambio, ya con el derecho a consulta previa reconocido en la Constitución, pero en ausencia total de legislación secundaria los proyectos fueron detenidos, a pesar de la manifiesta intención del Estado de no hacerlo. Finalmente, en el caso de las comunidades kichwa afectadas por los bloques 20 y 29 el proyecto no se detuvo a pesar de la fuerte oposición de parte de las comunidades, a pesar de que allí se ejecutó un proceso de consulta ambiental que recogía algunos elementos de consulta previa. De todas maneras, en ningún caso se puede afirmar que haya habido un proceso de respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas afectados.

Por otra parte, en cuanto a la consulta pre-legislativa, la Ley de Minería encontró obstáculos serios para su aprobación “condicionada” y el trámite de la Ley de Aguas fue detenido por la oposición del movimiento indígena. Entre tanto, la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Educación Intercultural, el Código de Ordenamiento Territorial o el Código de la Producción se aprobaron sin ninguna consideración acerca de la necesidad de consulta pre-legislativa para su trámite.

Este panorama heterogéneo de avances, retrocesos, tensiones y conflictos hace inevitable preguntarse por cuáles son las causas que explican una dinámica tan caótica y coyuntural frente al ejercicio de este derecho. Se puede inferir claramente que esas causas no se hallan en la interioridad de la discusión institucional o jurídica, sino en el ámbito político y en los aspectos estructurales que explican su funcionamiento, cuyo carácter es determinante en relación con el ejercicio de los derechos humanos en general y los derechos colectivos en particular.

Balance inicial de la experiencia en consulta ambiental y consulta previa en el Ecuador

La experiencia existente en el país debe entenderse en el contexto más amplio del conflicto entre pueblos indígenas y políticas estatales, al tiempo que estas últimas deben ser vistas como la puesta en ejecución de decisiones y medidas concretas a más de los pronunciamientos de carácter normativo o administrativo. En este sentido, a pesar de que los conflictos derivados de las posibilidades de aplicación del derecho de Consulta Previa han recurrido en varios casos a la judicialización de los procesos, el análisis debe remitirse, necesariamente, al contexto de conflictividad social en el que estos tienen lugar.

Resulta indispensable mencionar que, en sentido estricto, la consulta previa no ha tenido desarrollo normativo alguno en el país, en contraste con la consulta ambiental que ha sido regulada en distintos momentos y en el marco de distintos cuerpos normativos. Además esa escasísima regulación de la consulta previa expresa una inobservancia sustancial de las obligaciones del Estado para volverla efectiva en el ámbito normativo y el práctico. Sin embargo, teniendo claras estas diferencias es importante también anotar que la experiencia sobre consulta ambiental presenta dinámicas y características que parecen tener una línea de continuidad con lo evidenciado hasta hoy en cuanto a la

consulta previa. Por este motivo, conviene hacer un balance de aquellas en relación con el conjunto que forman estos tipos de consulta en la perspectiva de evidenciar cuáles son las prácticas institucionales que pueden viabilizar u obstaculizar el pleno ejercicio de la consulta previa, libre e informada.

El tipo de decisiones que se consultan

Un primer aspecto a tener en cuenta sobre el tipo de decisiones consultadas tiene que ver con la centralidad respecto de las decisiones del Ejecutivo. Como se puede ver, los conflictos en los que los pueblos y comunidades afectadas han apelado al irrespeto a su derecho de consulta previa tienen que ver con las decisiones que el Ejecutivo ha tomado en relación con sus políticas en el sector petrolero. No se puede dejar de mencionar que estas políticas tienen directa relación, adicionalmente, con las políticas económicas que los gobiernos han implementado como efecto de la importancia que el petróleo tiene para el financiamiento público. Aunque los procesos de consulta ambiental se han extendido a otros sectores, es necesario precisar que esta ampliación fue tardía en relación a las actividades petroleras.

La vigencia del nuevo marco constitucional ha ampliado el carácter de las decisiones de Estado que deben someterse a consulta previa en dos sentidos, de una parte, ha permitido su ampliación hacia decisiones de tipo legislativo, específicamente a las decisiones de la Asamblea Nacional; de otra parte, extiende el carácter puntual y específico de los proyectos extractivos en la medida en que la motivación para la consulta emana de la afectación a los pueblos y nacionalidades indígenas en su conjunto.

La diferencia con lo establecido en la Constitución Política de 1998 radica en que la actual recoge de mejor manera, aunque no suficientemente, el alcance de la consulta previa expresado en el Convenio 169 y la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. El marco constitucional anterior reconocía el derecho a consulta sobre cualquier decisión estatal, pero lo restringía a los casos en que puedan existir daños ambientales; en tanto que, como parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconocía el derecho a consulta en los casos en que pueda afectárselos ambiental o culturalmente, pero lo restringía a los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios. La Constitución vigente, entre tanto, reconoce este derecho sobre planes, programas y proyectos extractivos en los mismos términos (art. 57, num. 7), sin embargo, lo amplía en relación con las medidas legislativas que pueda afectar los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57, num. 17). Sin embargo, como se ha mencionado, tampoco el reconocimiento explícito de la actual Constitución da cuenta del alcance establecido en los instrumentos internacionales que hacen relación a medidas administrativas y legislativas en términos generales.

El escaso desarrollo de la experiencia de consulta previa entorno a medidas legislativas determina que, hasta el momento, el planteamiento de su pertinencia haya tenido lugar

en el ámbito de las aprobaciones de leyes por parte de la Asamblea Nacional. Sin embargo, las acciones normativas estarían relacionadas con la promulgación de normas secundarias y reglamentarias por parte de otros sectores del Estado tales como reglamentos, decretos ejecutivos y normas con carácter general de los gobiernos autónomos descentralizados.

El momento de la consulta

Uno de los elementos fundamentales entre las características del derecho de consulta previa es el momento en que está se efectúa. Este constituye un factor crítico para la definición del carácter previo de la consulta, además de que incide en las condiciones de libre e informada que debe cumplir.

El análisis de los casos representativos concernientes a la exigencia de cumplimiento del derecho de consulta previa deja ver con total claridad la constante contradicción de ese principio. Es absolutamente marcada la tendencia a consultar decisiones tomadas de forma unilateral por parte del Estado y bajo la exclusiva figura de consulta ambiental, lo cual desvirtúa claramente el principio de consulta para restringirlo a un proceso de información. En el caso de los proyectos extractivos es completamente evidente este fenómeno si se tiene en consideración que la consulta ambiental a las comunidades afectadas ocurre después de la firma de contratos o entrega de concesiones a las empresas encargadas de la ejecución de esos proyectos. Se debe insistir que, en rigor, no se han llevado a cabo procesos de consulta previa con excepción del caso de los bloques 20 y 29 aunque dentro de la ambigüedad normativa del reglamento sectorial vigente en ese momento.

Ahora bien, esta situación se reproduce también en los recientes procesos de consulta pre-legislativa. Esto se evidencia con mayor claridad en el caso de la Ley de Minería puesto que su aprobación no contempló la necesidad de aplicación del mecanismo de consulta pre-legislativa. La movilización de las organizaciones indígenas y su demanda frente a la Corte Constitucional dieron paso a la consideración de la necesidad de llevar a cabo un proceso de este tipo, pero para leyes posteriores. De su parte, el caso de la Ley de Recursos Hídricos es diferente puesto que el señalamiento de la necesidad de consulta pre-legislativa se dio con anterioridad a su aprobación por parte de la propia Asamblea Nacional; no obstante, no se debe perder de vista que esta fue una respuesta a la presión del movimiento indígena frente al proceso legislativo para su aprobación cuando se encontraba ya en segundo debate.

En lo referente a las decisiones de políticas públicas, en ciertos casos, se ha incluido formas de participación que son presentadas como procesos de consulta previa llevados a cabo antes de la toma de decisiones por parte del Estado. Es lo que se puede ver en el proceso de formulación del Plan Nacional del Buen Vivir. Esto sin perjuicio de los cuestionamientos a los mecanismos aplicados y los actores convocados, lo cual relativiza el cumplimiento del derecho de consulta previa. Sin embargo, como se anotó líneas arriba, subsiste una dificultad relacionada con la focalización de la consulta en los

temas que, a criterio de la institución convocante, atañen a los pueblos y nacionalidades indígenas. Al final de cuentas, la definición del momento de la consulta responde a una prerrogativa de la autoridad estatal con un espacio demasiado abierto para que las decisiones respondan a criterios coyunturales; así por ejemplo, los temas que a criterio de la instancia de Estado atañen a los pueblos y nacionalidades indígenas deben someterse a consulta previa, pero, las políticas públicas que en opinión del Estado tienen vinculaciones menos evidentes simplemente no se consultan.

El ámbito territorial y los actores involucrados

El tipo de decisiones y el momento en que tiene lugar la consulta previa están muy relacionados con su alcance territorial y los actores que son vistos como sujetos de la consulta. Una vez más, el peso de la experiencia con relación a proyectos extractivos determina que exista una tendencia marcada a circunscribir los procesos de consulta ambiental en estos dos sentidos. De una parte, la consulta se limita a las comunidades consideradas como “afectadas directas” de los proyectos extractivos y; de otra parte, la participación en el proceso de consulta, en términos de organización y representación, se limitan al ámbito de esas comunidades. La participación de organizaciones de segundo grado o de carácter nacional es absolutamente esporádica y, en la mayor parte de los casos, es producto de la presión que dichas organizaciones ejercen sobre los procesos de relación directa entre las empresas y las comunidades.

En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, está el tema del alcance territorial de la consulta. Un primer aspecto que debe subrayarse es que el marco constitucional y los instrumentos internacionales hablan de territorios en general, no de los que han sido legalmente reconocidos por el Estado. Por lo demás, la preponderancia del derecho consuetudinario para la definición del territorio tradicional de un pueblo indígena ha sido ratificada en el Sistema Interamericano en casos como los de Awas-Tingni y Saramaka. En las sentencias correspondientes la Corte Interamericana ha determinado que la sola posesión tradicional de la tierra debería ser suficiente para reconocer los derechos colectivos que de ello se derivan.

De su lado, la consulta pre-legislativa amplía la discusión respecto al alcance territorial. En principio, las decisiones sobre leyes nacionales estarían relacionadas con el ámbito nacional, lo que implicaría la necesidad de consulta a todas las organizaciones de los pueblos y nacionalidades. Sin embargo, el requerimiento de una “demostración objetiva” de cómo puede afectar una ley puede restringir el alcance a ciertos pueblos y nacionalidades o a una parte de ellos si los criterios para esa demostración no son bien definidos.

Los mecanismos de consulta y el incómodo consentimiento previo

El problema fundamental en cuanto al cumplimiento del derecho de consulta previa tiene que ver con el objetivo de la misma. En rigor, se trata de la finalidad de este derecho entendida como la consecución del consentimiento previo, libre e informado

como se desprende del Convenio 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Dicho de otro modo, la cuestión central es la determinación de si el pronunciamiento de las comunidades y pueblos consultados tiene carácter vinculante para las instancias estatales; o, dicho en otros términos si esto confiere un “poder de veto” a las comunidades y organizaciones consultadas.

En el caso de la consulta pre-legislativa aún no se tiene una respuesta definitiva del Estado ya que el proceso de consulta previa no se ha efectuado aún. Sin embargo, la aprobación condicionada de la Ley de Minería pone en evidencia que existe una alta probabilidad de que en caso de un pronunciamiento negativo de las comunidades y pueblos afectados el resultado no incida en la aprobación final de la Ley. De igual modo, la definición de políticas públicas, como en el caso del PNBV o la zonificación territorial resultante, aunque se hayan recogido criterios de organizaciones vinculadas con pueblos y nacionalidades indígenas, los lineamientos definidos por el Ejecutivo son preponderantes en cuanto a la definición de proyectos estratégicos.

La experiencia en el país permite distinguir dos modalidades subyacentes para la aplicación del derecho de consulta previa. De un lado, es visto como proceso informativo y, en estricto sentido, de formalidad administrativa en cuanto las autoridades estatales asumen que la entrega de información del proyecto y los registros que avalen su recepción son suficientes para considerar como cumplido un proceso de consulta previa (postulado incluido en las disposiciones del TULAS que regulan la consulta ambiental). Por otra parte, existe otra modalidad que, sin perder un enfoque fuertemente informativo, pone cierto énfasis en el carácter consultivo. En el ámbito de los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables, el alcance de esta condición se halla delimitado en el sentido de incorporar criterios de la comunidad respecto de los impactos ambientales que pueda generar un proyecto, los cuales podrían no incluirse si se justifican técnica y económicamente inviables según la normativa específica.

Entre tanto, dado que los procesos de consulta pre-legislativa en los casos analizados han llegado únicamente a establecer la responsabilidad del Consejo de Administración Legislativa (CAL) sobre la definición de procedimientos y mecanismos para su desarrollo no es posible establecer el alcance que pueda tener la modalidad concreta que asuman los procesos respectivos. De cualquier modo, lo más relevante en este sentido tiene que ver con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la Ley Minera en el sentido de que la consulta pre-legislativa no puede equipararse a la consulta respecto de proyectos extractivos o a la consulta ambiental contemplada en la Constitución.

Resta por discutir los elementos vinculados con los mecanismos utilizados para el desarrollo de los procesos de consulta previa en el caso de proyectos extractivos y, junto con ello, el tipo de información consultada. Este análisis es particularmente importante si se tiene en cuenta que se debe desarrollar un marco normativo para la instrumentación de procedimientos de consulta pre-legislativa y la propia experiencia de consulta en

relación con políticas públicas. Dada la experiencia institucional existente en el ámbito de proyectos extractivos, varios de estos mecanismos podrían trasladarse e institucionalizarse en aquel tipo de consulta.

En términos generales, la problemática sobre los mecanismos implementados para el desarrollo de procesos de consulta previa, libre e informada está directamente relacionada con los principios y características del derecho de participación y la consideración de principios de interculturalidad que favorezcan a los pueblos y comunidades consultados. En especial si se tiene en cuenta que las garantías para el ejercicio de este derecho deben verificarse y concretarse en los pasos y los recursos que se utilicen para su aplicación.

El callejón sin salida del institucionalismo

La noción sobre el Estado y su institucionalidad –que incluye lo normativo- derivada del auge del neoliberalismo a nivel mundial se centra en algo que podría llamarse “gestionalismo”, se trata de imprimir a la estrategia política un barniz “técnico”, entendido este como pura gestión administrativa de carácter neutro. En este sentido las instituciones y las normas aparecen como el “grado cero” del funcionamiento de la sociedad articulado en torno a los mecanismos e instrumentos propios del mando capitalista de la economía. En consecuencia, subyace a esta noción un desplazamiento de la problemática fundamental de la política relacionada con la modificación de las condiciones de dominación y las inequidades que esta produce hacia la discusión sobre los mecanismos de “administración” del poder sin cuestionar del todo sus fundamentos, reduciéndolo a formalidad institucional y dejando de lado su carácter de expresión de las fuerzas sociales. Uno de los fenómenos en que mejor se expresa este fenómeno es en la severa reducción del ámbito legislativo que va siendo sustituido por instancias “participativas” o “ciudadanas” de carácter técnico. Incluso buena parte de los análisis políticos que reclaman el fortalecimiento de la instancia legislativa y el sistema de partidos están influidos por esa noción en la medida en que miran el sistema de partidos como una suerte de “administración de los intereses particulares de grupos” que son diversos, extirpando el carácter antagónico de esos “grupos de interés”.

Este proceso no responde solo al ámbito teórico, de hecho se trata de un enfoque que dan cuenta de lo que ha sucedido con la sociedad y la política por efecto del neoliberalismo. Aunque este no es el lugar para hacer una discusión sobre este tema, es importante tener en cuenta que el neoliberalismo es producto de un conjunto de transformaciones sustanciales en los mecanismos de acumulación y mando del capital a escala mundial. De forma somera, y con el riesgo de simplificar la complejidad del fenómeno, se puede decir que el Estado neoliberal se caracteriza por una muy fuerte concentración de las decisiones, la denominada “reducción del Estado” no supone un debilitamiento real del aparato de Estado o la limitación de su poder, en realidad es el discurso ideológico del neoliberalismo que da cuenta de un proceso que implica, por el contrario, una significativa concentración del poder en el aparato estatal completamente

articulado a los intereses del capital (Moreano, 1996, pág. 208). De ahí ese cariz de “gestión empresarial” que permea la gestión pública durante este período.

La clave del proceso radica en la supeditación de la política, como espacio del debate y la resolución social de las decisiones públicas, a lo administrativo, como espacio de decisiones verticales en función de criterios “eficientistas” privados; por ello la aplicación de “modelos de gestión” en reemplazo de los ámbitos políticos de deliberación se define en función de la administración capitalista de corte empresarial, es decir, se trata de una ruptura con el viejo concepto de “administración pública”. La extensión vertiginosa de proyectos puntuales, diseñados bajo metodologías empresariales “con rostro social” es la mejor expresión de esa colonización de las formas administrativas del capital hacia el Estado.

Ahora bien, ante semejante develamiento del capital, el neoliberalismo encontró un mecanismo de legitimación fundamental, la completa apertura al reconocimiento de principios y derechos “novedosos” que no podían cumplirse en la práctica porque no existían las condiciones institucionales y porque las condiciones materiales de la exclusión de las que daban cuenta las demandas de los movimientos sociales se habían agravado por efecto del neoliberalismo. En consecuencia, la fragmentación institucional derivada de la supeditación de la política a la administración dirigida por el capital dio lugar a una enorme dispersión y promulgación de normas y en la creación de instituciones. Esto se debió, principalmente, a la desaparición de las políticas de Estado como ejes conductores y organizadores de las decisiones en el marco de proyectos nacionales o desarrollistas.

La refuncionalización institucional promovida por el neoliberalismo fortaleció a las burguesías tradicionales. Los intentos por modificar la estructura económica nacional, puestos en marcha durante la década de los 70, fueron echados abajo por las políticas neoliberales, lo cual afianzó el poder del capital agro-exportador, el gran capital comercial y el capital financiero, sobre todo de este último. Entonces la agenda estatal estuvo fuertemente influenciada por las prioridades del capital externo, vinculado sobre todo al petróleo, y el capital nacional que terminaba beneficiándose de las rentas del petróleo.

En consecuencia, los límites a las salidas institucionales y normativas están marcados por las condiciones estructurales del país, es decir, el modelo de acumulación sustentado en la exportación primaria y el sistema político que responde al fortalecimiento de los sectores tradicionales y el capital extranjero que se benefician de ese modelo. La problemática del ejercicio de derechos encuentra un obstáculo insalvable en estas condiciones; tal como ha sido demandado por las organizaciones sociales, en particular por el movimiento indígena, solo mediante procesos que transformen esas estructuras se pueden crear condiciones democráticas reales que garanticen un efectivo ejercicio de derechos. El caso de la consulta previa se inscribe en este contexto.

Como bien lo señala Moreano (1996) este problema estructural de nuestra formación social hace referencia al divorcio entre el Estado y la sociedad, lo cual se

deriva de la incapacidad de las burguesías nacionales por imprimir su dirección política a la sociedad, lo que obliga a que el Estado procure sustituirlas en esa función y hace que este aparezca solamente como aparato estatal. Esto, a su vez, es resultado de que la conformación de esas burguesías no es el resultado del proceso nacional de producción y reproducción económica, así como de sus expresiones políticas en movimientos y partidos políticos. De ahí la recurrente artificiosidad de la institucionalidad estatal, su inevitable carácter de injerto inocuo en una dinámica social que le es enteramente ajena.

El enorme obstáculo de la exclusión

La forma en que se organiza el poder y los mecanismos que sustentan el modelo económico muestran otra cara de la problemática significativamente importante. Se trata del carácter excluyente del modelo económico y político afianzado por el neoliberalismo. Esto vuelve inviable el pleno ejercicio de derechos, principalmente, porque el Estado supeditado enteramente a los intereses del capital no tiene posibilidad alguna de cumplir con su papel de respetar, proteger y garantizar el ejercicio de derechos. Desde otra perspectiva, es muy difícil que estos se cumplan si la mayor parte de la población y los sectores más vulnerables se encuentran en condiciones de exclusión. Esta ausencia de una democracia real termina relativizando dramáticamente las posibilidades de ejercicio de derechos.

Para tener una idea de las condiciones de exclusión que afectan a pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos basta tener en consideración algunos indicadores que dan cuenta de aquellas con toda claridad. En términos generales estas condiciones afectan a gran parte de la población, pero la “suma de discriminaciones” hace que entre estos pueblos y nacionalidades la severidad de aquellas sea mayor. Así por ejemplo, la incidencia de pobreza por Necesidades Básicas Insatisfechas nacional se ubica en el 61,3%, pero entre a la población autoidentificada como indígena alcanza el 89,9% y entre la que se define como afroecuatoriana llega al 70,3%, en tanto que, entre la autodefinida como blanca es del 45%. Si se toma en cuenta la proporción de analfabetismo se puede ver que el promedio nacional es del 9%, para la población autodefinida como indígena es del 28,2% y para la afroecuatoriana del 10,3%; mientras que, para la que se identifica como blanca es de apenas el 4,5%. Por otro lado, el promedio de población con instrucción superior a nivel nacional corresponde al 18,1%, este porcentaje desciende al 3,4% para la población indígena y al 11,7% para la afroecuatoriana, entre la población blanca, por el contrario, sube al 29,1% (SIISE, 2010).

En definitiva, con un modelo económico y político tan concentrador e inequitativo unos se benefician mientras otros se perjudican, una forma clásica para explicar el funcionamiento de la política. Por lo demás, se debe decir que muchas de las estructuras excluyentes corresponden a un acumulado histórico de elementos, muchos de los cuales

proviene, inclusive, de la Colonia; no obstante, no se puede perder de vista que en las últimas décadas nuestra formación social adquirió características muy definidas.

Pues bien, si los esfuerzos por reconocer derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, por legislar en relación con ellos, por crear un aparato institucional que vele por su cumplimiento, etc., se fundamentan en la superación de esas condiciones de exclusión, tienen muy escasas posibilidades de superar su carácter declarativo si la exclusión material persiste. En rigor, el ejercicio de estos derechos se torna imposible sin condiciones democráticas reales, que no implican “espacios participativos” en los que las “opiniones de todos y todas sean escuchadas” y las decisiones se tomen “por consenso”. No hay consenso posible si los que participan, deciden, dialogan son desiguales, si las condiciones sociales no son “diversas”, sino antagónicas.

De manera que, la desigualdad que afecta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas colocándolos en situación de exclusión, está en la base de los incumplimientos del Estado en cuanto al derecho a la consulta previa. ¿Cómo se puede garantizar el principio de “buena fe” o el carácter “libre” de la consulta si la situación de marginación de estos pueblos hace muy difícil contener la presión de los modelos asistencialistas utilizados por las empresas que promueven proyectos extractivos, si ante la ausencia del Estado estas comunidades encuentran como única posibilidad de cubrir sus necesidades básicas aceptando las ofertas de las empresas? ¿Cómo garantizar el cumplimiento de esos principios en la aprobación de leyes u otro tipo de medidas normativas si las decisiones se toman a partir del control de un aparato estatal que no termina de romper su supeditación a esa estructura de poder y las condiciones de exclusión que genera?

Aproximaciones políticas

El vacío político generado por la disociación entre el aparato institucional del Estado y la sociedad ha sido la forma en que las burguesías han resuelto el problema de la dominación, aunque eso haya supuesto permanentes renunciaciones de las distintas facciones en sus proyectos hegemónicos por su gigantesca distancia respecto de los contenidos históricos de lo que podría ser un proyecto nacional. Sin embargo, mientras los sectores hegemónicos renuncian a mirar los fundamentos de la historia del país, en el lado contrapuesto de la sociedad ecuatoriana, el de los sectores excluidos, han surgido las propuestas de construcción de ese proyecto nacional y democrático.

La expresión más reciente y poderosa de esa propuesta es la del Estado Plurinacional planteada por el movimiento indígena. La profundidad del planteamiento radica en que la ausencia de un Estado-nación solo puede ser superada si se acepta que la “nación” está conformada por la riqueza de múltiples nacionalidades y, a partir de allí, se construye un proyecto articulado a esa situación. Además, esa multiplicidad es entendida como el producto de condiciones históricas concretas relacionadas con la

dominación y la exclusión, lo cual coloca la propuesta lejos de cualquier versión esencialista. En rigor, se trata de transformar el Estado de modo que se supere aquella disociación, buscando enraizarlo en lo único que puede convertirlo en eje de un proceso de democratización económica y política de la sociedad: su anclaje en los sectores populares y el necesario desmantelamiento del modelo oligárquico de desarrollo de nuestro capitalismo.

En este contexto, el reconocimiento normativo de los derechos de los pueblos indígenas e incluso del carácter plurinacional del Estado no pueden considerarse transformaciones estructurales del sistema político y el aparato estatal como su núcleo sobredeterminante. Su inclusión en el aparataje normativo del Estado, si bien representa un avance importante, está inscrito en la dinámica propia de ese “sobredesarrollo” institucional que lo ha caracterizado históricamente, lo cual –por lo demás- explica la tendencia a su vaciamiento en las aplicaciones concretas que pueda tener. Ese reconocimiento solo puede ser visto como un punto de partida, como el horizonte al que se puede llegar solo mediante esa transformación radical del sistema político y el modelo económico. La problemática relacionada con la consulta previa representa un campo de disputa política en el que esa dinámica puede verse con notoria claridad.

En este sentido, es importante relieves el hecho de que es muy difícil afirmar que el actual gobierno haya llevado adelante un proceso que permita la superación de esa “paradoja estructural” de nuestra formación social. Aunque, evidentemente, el momento político se distancia significativamente de la estrategia neoliberal, el “encierro institucionalista” que ha caracterizado históricamente al Estado no solo parece mantenerse sino radicalizarse. Así por ejemplo, si bien la recuperación de la planificación estatal constituye un avance, su excesiva tecnocratización disminuye seriamente su alcance y hace recordar períodos históricos anteriores en que eso ya sucedió en el país. Una vez más, las burguesías tradicionales y emergentes, incapaces de construir un proyecto nacional, sustentan su poder en el aparataje burocrático y militar del Estado.

Es indudable que el gobierno de Correa llegó al poder con un proyecto anti-oligárquico, al menos en el discurso, en ello no hay tanta novedad como el *marketing* oficial supone. Experiencias anteriores como el gobierno de Rodríguez Lara o el de Jaime Roldós se sustentaron en un proyecto similar y plantearon argumentos muy semejantes. De igual modo, estos gobiernos no surgieron como producto de la iluminación de sus líderes, sino como respuesta a procesos de lucha social y resistencia. Es por ello que el actual gobierno es impensable sin el antecedente de la lucha social contra el neoliberalismo y el permanente sentido antioligárquico de la mayoría de la población. Así mismo, al igual que en aquellos procesos, este ha reproducido el “tradicional” comportamiento de las burguesías “nacionalistas”, ante el riesgo de una radicalización del proceso al optar por sustentarlo en la base social popular se prefiere negociar con las viejas burguesías (Cueva, 1996; Moreano, 1996), que en el actual momento son aquellas que consolidaron su poder durante la época neoliberal. Lógicamente, esto supone una radicalización de la negociación institucionalista y tecnocrática de la dinámica social real y, en este último

período, el enfrentamiento político abierto con las organizaciones sociales como el movimiento indígena. Al final de cuentas, ese ha sido el resultado final de los diversos gobiernos “revolucionarios” y “nacionalistas” que se han sucedido en el Ecuador.

Ahora bien, estas condiciones del sistema político, que aquí se esbozan someramente sin detenerse en las diferencias existentes en cada período, no implican una interpretación “fatalista”, por el contrario, obligan a una mirada sustentada en la noción de que la posibilidad real de la superación del carácter artificial del Estado respecto de la sociedad se sustenta en el proceso organizativo de los sectores excluidos por ese sistema político. El bloqueo al avance del neoliberalismo, por ejemplo, provino de ese proceso; aunque no se puede perder de vista que, en particular durante esa época, el capital logró crear un espacio bajo esa denominación de “sociedad civil” que neutralizó la capacidad de presión de los sectores sociales.

De manera que, la demanda por el cumplimiento de los derechos colectivos, en particular del derecho a la consulta previa, no pueden abstraerse de este contexto, no puede circunscribirse a la discusión institucionalista; su pleno ejercicio está directamente vinculado con la superación de las condiciones materiales de exclusión, con la real democratización de la sociedad.

Reflexiones finales

La situación actual sobre el cumplimiento del derecho de consulta previa pone en el centro de la discusión un asunto capital, cómo lograr que el alcance del marco constitucional sustentado en garantías amplias al ejercicio de derechos humanos a partir de su aplicación directa e inmediata y el estatuto jerárquico más alto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se viabilice a partir de una estructura institucional que ha incorporado poco y mal la aplicación de este derecho como lo demuestra el balance de la experiencia que ha tenido el país sobre el tema.

De este modo, un primer elemento a considerar es que la experiencia del Ecuador presenta dos dinámicas confrontadas, por una parte, la permanente demanda por el cumplimiento del derecho a la consulta previa por parte de las organizaciones sociales representativas de pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos; y, por otro la tremendamente insuficiente respuesta del Estado al reconocer en el marco constitucional el derecho, pero bloquear y desvirtuar su cumplimiento en el ámbito normativo secundario y en la aplicación práctica del mismo. De este modo, si bien desde 1998 en el Ecuador se reconocen los derechos a la consulta previa, libre e informada y a la consulta ambiental general como distintos, la normativa secundaria ha desarrollado exclusivamente este último y con mayor énfasis para actividades de extracción de recursos naturales no renovables, por lo que, frente a esta omisión legislativa, el Estado y las empresas delegatarias arbitrariamente han usado en la práctica este tipo de consulta cuando dichos proyectos afectan a tierras y territorios de pueblos indígenas. Se debe señalar al respecto que la inclusión de estos pueblos como sujetos de la consulta

ambiental es inocua, pues la naturaleza y efectos de ésta no aseguran el contenido esencial del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Es más, la formulación de instrumentos de legislación secundaria sobre consulta ambiental no ha resuelto el problema, incluso ha llegado a agravarlo en el caso de proyectos extractivos. El enfoque restrictivo que pone énfasis en el carácter informativo del proceso de consulta ha influido de manera decisiva en el diseño y aplicación de los mecanismos reglamentarios. Esta tendencia institucional es tan marcada que no puede dejarse de ver su influencia en el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca del procedimiento de consulta pre-legislativa, a pesar de que en él se señala la necesidad de mirar a la consulta prelegislativa como un derecho y no solo como un proceso formal. De este modo, se reproduce la tendencia histórica a desvirtuar los principios constitucionales sobre el derecho de consulta previa en los instrumentos de normativa secundaria y en las prácticas institucionales para la aplicación de los mismos. Aunque el procedimiento dispuesto por la Corte es provisional, se debe puntualizar que deja de lado aspectos tales como el momento en que esta debe ejecutarse o los mecanismos para el procesamiento de la oposición a la decisión correspondiente por parte de los consultados.

Por otra parte, la relación entre el cumplimiento del derecho de consulta previa y la conflictividad social y política ha sido tan determinante en el país que, en los recientes casos que involucran la necesidad de consulta prelegislativa este fenómeno también se ha hecho visible. De hecho, en casos en que no han existido niveles altos de conflicto social por la promulgación de leyes, el tema ni siquiera ha sido planteado. Por ejemplo, en el trámite de otros cuerpos legales como la recientemente aprobada Ley de Hidrocarburos en cuyo proceso de debate y aprobación no se consideró la posibilidad de someterla a un proceso de consulta prelegislativa. Lo ocurrido con esta ley ejemplifica bastante bien la compleja situación del derecho de consulta previa, como se ha mencionado reiteradamente, la mayor parte de la experiencia que ha tenido el país en cuanto a conflictos relacionados con el incumplimiento del derecho de consulta ha sido el sector petrolero; pero el marco legal que actualmente regula este sector no fue sometido a un proceso de consulta prelegislativa.

Esto conduce a la necesidad de generar un proceso político, jurídico y administrativo que permita cambiar la tendencia histórica de aplicación del derecho de consulta en el sentido de revertir el énfasis de la consulta en el “momento final” de las decisiones públicas, para situarla en el “momento inicial”. En rigor, esto supone fortalecer los procesos de consulta previa, libre e informada en la formulación de políticas públicas, considerándola como la instancia fundamental de la cual se derivarán las leyes y los programas específicos. Lo que ha sucedido hasta la actualidad es completamente inverso, frente a la discusión sobre políticas públicas los procesos de consulta previa resultan distantes o limitados.

De ahí que la experiencia alrededor de la “consulta ciudadana” alrededor del Plan Nacional del Buen Vivir es esencial para una correcta evaluación de las posibilidades de

cumplimiento del mandato constitucional. El carácter limitado de los talleres y mesas de discusión efectuados en el proceso de “planificación participativa” se expresan claramente en la conflictividad resultante de las decisiones que implica la ejecución de dicho Plan. Siendo este instrumento la instancia máxima para la determinación de lineamientos de política pública debería constituirse como el resultado claro del ejercicio amplio del derecho de consulta previa.

En este contexto, el nudo gordiano de la aplicación de este derecho tiene que ver con el consentimiento previo. Aunque se ha señalado, en el ámbito de las disquisiciones de los organismos internacionales de derechos humanos, que no puede interpretarse el consentimiento como un “derecho de veto”, es imprescindible evitar el riesgo de entramparse en discusiones bizantinas que no permitan salir del entrampamiento institucional al que puede conducirnos una discusión de carácter eminentemente juricista. Más allá de las sofisticadas formulaciones que se puedan hacer desde este enfoque sobre las diferencias entre consulta, consentimiento y veto, debe prevalecer una mirada que de cuenta de una real posibilidad de decisión de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, lo cual implica que, efectivamente, tengan derecho a “vetar” las decisiones del Estado que puedan afectarles, dicho en otros términos el objeto de la consulta solo puede ser la búsqueda del consentimiento, sin este elemento pierde toda efectividad como mecanismo de democratización de las decisiones. Esto es especialmente importante si una de las demandas actuales para la sociedad ecuatoriana es construir un Estado Plurinacional, cuestión que debe tener entre sus prioridades la superación de las inequidades y la exclusión, de lo contrario, incluso si se le diera el carácter de vinculante al resultado de los procesos de consulta previa, es poco probable que las decisiones de las comunidades, pueblos y nacionalidades estén exentas de las coacciones que se derivan de aquellas condiciones estructurales.

La total ausencia de regulación normativa del derecho a consulta previa, la desordenada y restrictiva legislación sobre consulta ambiental, la gran conflictividad relacionada con el incumplimiento de este derecho y la discrecionalidad sobre la aplicabilidad del mismo son muestras claras de que el Estado ecuatoriano ha fracasado en dar cumplimiento al derecho de consulta previa. Fracaso que seguirá prolongándose y agravándose si no se tiene en consideración que el problema de fondo radica en la inequidad generada por lo que algunos denominan como la “colonialidad del poder”.

En otras palabras, es indispensable superar la visión institucionalista e inscribir a la problemática de la consulta a pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios en el campo de las transformaciones necesarias para la superación de la exclusión y con ello la modificación de las condiciones estructurales en las que se asienta el sistema de poder. Es fundamental tener en cuenta que el fracaso en el cumplimiento de los derechos colectivos es la expresión superficial de estos fenómenos. En este sentido, la relevancia del proyecto de construcción de un Estado plurinacional es un aspecto esencial.

Si los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios no son vistos desde esta perspectiva, lo más probable es que se replicará la legislación estamental, aquella que genera un tratamiento especial a partir de la “desigualdad natural”. Existe un gran peligro de que se siga repitiendo lo que se ha venido haciendo desde la época en que se leía el Requerimiento de Palacios Rubios a los pueblos indígenas conquistados.

Bibliografía

- Anaya, J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press.
- Anaya, J. (2010). *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas.
- Anaya, J. (2009). *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas de Chile*. Naciones Unidas.
- Anaya, J. (2009). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Naciones Unidas.
- CEDR. (2003). *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Art. 9 de la Convención. Observaciones Finales. Ecuador*. CERD.
- CEDR. (2008). *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Art.9 de la Convención. Observaciones Finales. Ecuador*. CEDR.
- Chávez, G. (2002). Derechos indígenas y justicia constitucional. In G. (. Chávez, *Tarimiat. Firmes en Nuestro Territorio. FIPSE vs. ARCO* (pp. 37-54). Quito: CDES / CONAIE.
- Clavero, B. (2008). *Biografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. México: Siglo XXI Editores.
- Clavero, B. (s/f). *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos*. Recuperado el 22 de Noviembre de 2010, de http://www.copenoa.com.ar/IMG/pdf/sobre_consentimiento_previo_libre_e_informado_-_dr-_bartolome_clavero.pdf
- Cueva, A. (1996). Ecuador de 1960 a 1979. In E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador. Época Republicana V. El Ecuador en el último período* (Vol. 11, pp. 153-179). Quito: Corporación Editora Nacional.
- DPLF y Oxfam. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima: DPLF / Oxfam.
- Figueras Vallés, E. (2007). Las contradicciones de la Conquista española en América: el Requerimiento y la Evangelización en Castilla de Oro. In F. (. Navarro Antolín, *Orbis incognitus: avisos y legajos del Nuevo Mundo* (pp. 375-383). Huelva: Universidad de Huelva.

- García, F., & Sandoval, M. (2007). *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador / OXFAM.
- Garzón, P. (2002). La política petrolera frente al derecho de información, consulta y participación. El Rol de las Instituciones Financieras Internacionales. In G. Chávez, I. Figueroa, P. Garzón, M. Melo, V. López, & N. Wray, *Tarimiat. Firms en Nuestro Territorio. FIPSE vs. ARCO* (pp. 69-79). Quito : CDES/ CONAIE.
- Grijalva, A. (2009). Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional. En S. e. Andrade Ubidia, *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: UASB / CEN.
- Guerrero, A. (2000). El proceso de identificación: sentido común ciudadano, ventriloquía y transcritura. En A. (. Guerrero, *Etnicidades* (págs. 9-56). Quito: FLACSO-Sede Ecuador.
- Guillaume, F. (2003). *El precio del petróleo. Conflictos socio-ambientales y gobernabilidad en la Amazonía ecuatoriana*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador / IFEA.
- Gutiérrez Rivas, R. (2008). Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en México: un primer acercamiento. En E. Ferrer, & A. (. Zaldívar, *La ciencia del derecho procesal constitucional* (Vol. 8). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Levaggi, A. (1993). Los tratados entre la Corona y los indios, y el plan de conquista pacífica. *Revista Complutense de Historia de América* (19), 81-91.
- López, V. (2004). Para entender el conflicto entre Srayaku, Estado y empresas operadoras del Bloque 23. En G. (. Fontaine, *Petróleo y desarrollo sostenible 2. Las apuestas*. Quito: FLACSO-Sede Ecuador.
- Melo, M. e. (2002). *Petróleo, Ambiente y Derechos en la Amazonía Centro Sur*. Quito: CDES / OPIP / IACYT-A.
- Melo, M. (2002). El Caso del Bloque 24: Una lucha por la exigibilidad de los derechos indígenas en la selva Amazónica Ecuatoriana. In M. (. Melo, *Petróleo, ambiente y derechos en la Amazonía Centro Sur* (pp. 60-69). Quito: CDES / OPIP / Instituto Amazanga.
- Moreano, A. (1996). El sistema político en el Ecuador contemporáneo. En E. Ayala Mora (Ed.), *Nueva Historia del Ecuador. Época Republicana V. El Ecuador en el último período* (Vol. 11, págs. 181-220). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Moreano, A. (1998). La nueva Constitución: neoliberalismo con rostro social. In A. (. Moreano, *La Nueva Constitución. Escenarios, Actores, Derechos* (pp. 9-18). Quito : CIUDAD.

Narváez, I. (1996). *Huarona vs. Maxus. Poder étnico vs. poder transnacional*. Quito: FESO.

OIT. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

Ortíz, P. (2002). Explotación Petrolera y Pueblos Indígenas en el Centro de la Amazonía Ecuatoriana, provincia de Pastaza. En M. (. Melo, *Petróleo, ambiente y derechos en la Amazonía Centro Sur* (págs. 18-43). Quito: CDES / OPIP / Instituto Amazanga.

Sánchez Botero, E. (1998). *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sentencia del caso Saramaka vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2007).

SIISE. (2010). Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador. Quito: Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social.

Zorrilla, M. G. (2006). El Acta de Requerimiento y la Guerra Justa. *Revista del Notariado* .

Contenido

Introducción.....	1
La Constitución y el derecho a la consulta previa	5
El derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco constitucional.....	7
Contenido esencial del derecho a la consulta previa, libre e informada	8
Propósito de la consulta.....	8
¿Qué se consulta?	9
Sujetos de la consulta	11
Características de la consulta	11
El eterno retorno de lo mismo: el permanente incumplimiento del Estado.....	13
Los conflictos por proyectos extractivos como punto de partida	14
El nuevo contexto político, la consulta pre-legislativa y el complicado tema de las políticas públicas.....	24
Los límites de la consulta previa	29
Balance inicial de la experiencia en consulta ambiental y consulta previa en el Ecuador	30
El tipo de decisiones que se consultan	31
El momento de la consulta	32
El ámbito territorial y los actores involucrados	33
Los mecanismos de consulta y el incómodo consentimiento previo	33
El callejón sin salida del institucionalismo.....	35
El enorme obstáculo de la exclusión.....	37
Aproximaciones políticas	38
Reflexiones finales	40
Bibliografía.....	44