

Consulta previa, libre e informada: ¿derecho de participación efectivo o mero formalismo jurídico?

Free, Prior and Informed Consultation: An Effective Right to Participation or a Mere Legal Formality

Andrés Santiago Vázquez Lituma
santiagovazquezlit@gmail.com

Nicole Valentina Rivas Rodas
nicole.rivas@es.uazuay.edu.ec

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la consulta previa, libre e informada (CPLI) en el Ecuador, para determinar si constituye un verdadero derecho de participación de los pueblos y nacionalidades indígenas o si, en la práctica, se reduce a un mero formalismo. Partiendo de su reconocimiento en la Constitución de 2008 y en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se estudia la normativa existente, el desarrollo jurisprudencial y los intentos fallidos de regulación legal. A lo largo de esta investigación, se puede evidenciar que, aunque la CPLI se concibe como un derecho colectivo, en donde el Estado mantiene la potestad excepcional de realizar proyectos extractivos frente a la oposición de las comunidades cuando lo justifique o motive de manera adecuada. La jurisprudencia, tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la Corte Constitucional del Ecuador, ha precisado los elementos esenciales del derecho como el carácter previo, la buena fe y la información adecuada; sin embargo, la falta de una ley orgánica específica da lugar a inseguridad jurídica y genera que el poder ejecutivo vulnere principios y garantías fundamentales. Se concluye que para el efectivo ejercicio del derecho a la CPLI se requiere legislación orgánica y mecanismos de control que garanticen su efectividad como derecho de participación y justicia ambiental.

Abstract

This article aims to analyze prior, free, and informed consultation (PFIC) in Ecuador, in order to determine whether it constitutes a genuine participatory right of Indigenous peoples and nationalities or whether, in practice, it is reduced to a mere formality. Based on its recognition in the 2008 Constitution and in international instruments such as ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, the study examines existing regulations, jurisprudential developments, and failed attempts at legal regulation. Throughout this research, it becomes evident that although PFIC is conceived as a collective right, the State retains the exceptional power to carry out extractive projects in the face of community opposition, provided it offers adequate justification or reasoning. Jurisprudence, both from the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) and the Constitutional Court of Ecuador, has defined the essential elements of the right, such as its prior character, good faith, and adequate information. However, the lack of a specific organic law generates legal uncertainty and allows the executive branch to undermine fundamental principles and guarantees. The article concludes that the effective exercise of the right to PFIC requires organic legislation and monitoring mechanisms that guarantee its effectiveness as a right of participation and environmental justice.

Palabras clave

Consulta previa, libre e informada, pueblos indígenas, derechos colectivos, participación

Keywords

Prior, free, and informed consultation, indigenous peoples, collective rights, participation

Introducción

El Ecuador es un Estado soberano y plurinacional,¹ pues constitucionalmente reconoce que la soberanía recae en el pueblo y debe ser ejercida mediante mecanismos de participación directa. La lucha histórica por parte del movimiento indígena se consolida a finales del siglo XX, con el reconocimiento de derechos colectivos en cuanto a su identidad cultural y territorial. Así, la Constitución de 1998² es pionera en este aspecto, ya que por primera vez establece el carácter pluricultural y multiétnico del Estado ecuatoriano y reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, así como garantiza su participación mediante la consulta. Si bien en este cuerpo normativo no se menciona explícitamente el término “consulta previa”, fue el instrumento que sentó las bases al reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, lo que, de forma implícita, exige su participación en decisiones por las cuales puedan verse afectados.

El punto de inflexión en el ordenamiento jurídico en cuanto a la consulta libre, previa e informada como mecanismo de participación nace con la Constitución de 2008. Es en esta se otorga rango constitucional a esta figura, reconociéndola como un derecho fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, junto a otros derechos colectivos como la autodeterminación, la propiedad colectiva, la administración de justicia y el mantenimiento de sus sistemas de derecho propio.

La consulta previa, libre e informada se establece como una herramienta para garantizar la participación efectiva de los pueblos y nacionalidades indígenas en las decisiones que afectan sus territorios, cultura y formas de vida. Sin embargo, en la práctica, se plantean varias interrogantes: ¿esta figura es en realidad un mecanismo de participación real? Y, a su vez, ¿es un derecho que se respeta o un mero formalismo procedimental?

Estas preguntas nacen a raíz de la falta de una regulación legal específica y detallada sobre cómo debe interpretarse y ejercerse este derecho, más allá de los estándares ya desarrollados por la justicia constitucional. La CPLI no se limita a dar visibilidad a estos pueblos, sino que busca su participación efectiva y voluntaria en decisiones que afectan sus derechos, territorios y cultura, especialmente antes de la implementación de proyectos o medidas que puedan impactarlos, garantizando un diálogo intercultural horizontal y el respeto a su integridad cultural.³

La respuesta a estas inquietudes resulta esencial para evaluar la efectividad del cumplimiento de este derecho y de los derechos conexos que conlleva. Por tanto, a lo largo del desarrollo de este trabajo se delimitará un marco conceptual de la CPLI y se hará una relación con otras garantías colectivas. Igualmente, se analizará jurisprudencia existente y vinculante acerca del referido mecanismo y, por último, se darán a conocer los inconvenientes en cuanto a la aplicación de la CPLI dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Los diferentes mecanismos de participación ciudadana

En el sistema jurídico ecuatoriano, la consulta previa, libre e informada se erige tanto como un mecanismo de participación así como un derecho colectivo reconocido a los pueblos y nacionalidades indígenas, contemplado en la Constitución de la República del 2008 (en líneas posteriores CRE). Así lo indica su artículo 57 numeral 7:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos

1. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

2. Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

3. Mayuri Castro, “Consulta previa previa, libre e informada”, *Gk city*, 24 de noviembre de 2019, <https://gk.city/2021/11/11/consulta-previa-libre-informada-ecuador/>

colectivos: (...) 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.⁴

En primer lugar, es menester diferenciar a la CPLI de otros mecanismos de participación, pues este proceso democrático puede manifestarse de diferentes formas, pero siempre llevando implícito el derecho a la información pública, la cual debe ser veraz, precisa, accesible, completa y oportuna.⁵ Así, en primer lugar, para Rodrigo Borja la consulta popular es “el acto por el cual el cuerpo electoral o el conjunto de ciudadanos con derecho a voto aprueba o desaprueba ciertas decisiones de los órganos legislativos del Estado”.⁶ En otras palabras, es el pronunciamiento del pueblo sobre un tema de interés público que trata sobre el futuro del país incluyendo temas ambientales.

Por otra parte, la consulta ambiental, reconocida en el artículo 398 de la CRE, establece que toda persona, comunidad o pueblo que pueda verse afectado directamente por una decisión o autorización de la autoridad competente debe ser consultado antes de la ejecución de cualquier actividad, obra o proyecto que pueda generar impacto ambiental. En este proceso, la información debe ser accesible, clara, objetiva y completa.⁷ Se debe tomar en cuenta que la decisión de realizar o no el proyecto, sería adoptada por una resolución debidamente motivada por el órgano estatal competente para el efecto. Sin embargo, debe considerarse que esta posibilidad es de última ratio, pues además de la suficiente fundamentación, el Estado debe garantizar la repartición de los beneficios económicos de forma significativa y proporcional a la comunidad, pueblo o nacionalidad afectada.

Bajo este contexto, se diferencia la consulta prelegislativa, recogida en el artículo 57 numeral 17 de la CRE,⁸ que se presenta también como un derecho de participación y, a su vez, como una obligación del Estado a garantizar dicha garantía; en donde las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deben ser consultados antes adoptar cualquier medida legislativa que pueda llegar a afectar sus derechos colectivos. Por tanto, la CPLI recae sobre obras o proyectos y, en cambio, la consulta prelegislativa sobre toda norma que tenga íntima relación con estas comunidades.

Contenido del derecho a la consulta libre, previa e informada

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales se adoptó en 1989 en la Conferencia General de la OIT y el Estado ecuatoriano lo ratificó en el mismo año. Este es uno de los primeros instrumentos internacionales en donde se reconocen derechos colectivos a pueblos y comunidades indígenas, considerados como tal por descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista y que, a pesar de aquello, conservan sus propias instituciones sociales, económicas y culturales en países independientes. Además, reconoce estos derechos a “pueblos tribales” cuyas características sociales culturales y tradicionales, ya sean de manera total o parcial, sean propias de ellos mismos y, por tanto, distintos a otros sectores de la colectividad nacional.⁹

4. Artículo 57, Constitución de la República del Ecuador.

5. Juan Auz Terra Mater, “El Derecho de la Consulta Ambiental en el Ecuador”, *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales* 5, n.o 5 (2017): 132.

6. Rodrigo Borja, *Derecho Político y Constitucional*, (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1999), 63.

7. Artículo 398, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

8. Ibid, artículo 57.

9. Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989.

Este convenio busca proteger las garantías de dichos grupos, asegurando que puedan preservar y desarrollar sus culturas, identidades, tradiciones, modos de vida, así como garantizar el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En principio, ordena reconocer a los pueblos el derecho de propiedad colectiva y posesión sobre las tierras que ocupan e incluso sobre las que hayan tenido acceso tradicionalmente para realizar sus actividades de subsistencia. Asimismo, contempla la CPLI como un derecho de participación fundamental. Además, trata sobre el derecho a la indemnización, manifestando que los pueblos no deben ser trasladados de las tierras que ocupan; sin embargo, si este traslado llega a ser necesario, debe hacerse con el consentimiento de los mismos.

Yrigoyen Fajardo diferencia el contenido procesal y el sustantivo de este derecho. En términos procesales, obliga a posponer decisiones estatales con incidencia en pueblos indígenas hasta realizar una consulta previa con diálogo y participación; en términos sustantivos, dirige a respetar sus prioridades de desarrollo, sus formas de vida y su integridad.¹⁰

Por otra parte, el fallo No. 1149-19-JP/21¹¹ de la Corte Constitucional del Ecuador ofrece un amplio material de análisis respecto a lo que se debe entender por CPLI. En primer lugar, explica que el hecho de que la consulta sea “previa” no significa que solo deba ser realizada antes de la decisión o autorización, sino que se brinde a la comunidad el tiempo suficiente para acceder a la información y que esta sea debatida antes de que el pueblo se pronuncie. De esta manera, el Estado es el ente obligado a realizar la consulta tan pronto como pueda, permitiendo la deliberación de la comunidad antes de acoger una decisión o emitir una autorización en donde el medio ambiente también pueda verse afectado.

Asimismo, la Corte manifiesta que es “libre”, porque no debe existir coerción ni manipulación a la comunidad consultada. Sobre ello, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado y manifiesta que este particular podría traducirse en incentivos monetarios o incluso llegar a amenazar o tomar represalias contra el pueblo consultado.¹²

Y por último, manifiesta que el término “informada”, hace referencia a que se le debe brindar al pueblo información acerca de la naturaleza, envergadura, alcance, razón y objeto de la decisión, la duración del proyecto, ubicación de las áreas afectadas, evaluación preliminar de los impactos ambientales y sus riesgos, personal que intervendrá y los procedimientos técnicos y jurídicos que puede implicar la decisión.¹³

En adición, el relator especial de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas¹⁴ señaló que al ser informada significa que al menos un número considerado de los miembros del pueblo tenga acceso a la información que se presente. Esta debe ser compartida en un lenguaje accesible, traducida a las lenguas indígenas dependiendo de las zonas en las que se trate.

De la misma manera, se debe considerar que el derecho de consulta involucra dos elementos. El primero concibe la consulta libre, previa e informada como un límite al poder estatal, que obliga al Estado a abstenerse de vulnerar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. El segundo consiste en el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas,

10. Raquel Yrigoyen Fajardo, “De La Tutela a Los Derechos De Libre Determinación Del Desarrollo, Participación, Consulta Y Consentimiento: Fundamentos, Balance Y Retos Para Su Implementación,” *Amazónica - Revista De Antropología* 1, no. 2 (19 de noviembre de 2009): 13, <https://doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>.

11. Sentencia No. 1149-19-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 301.

12. Defensoría del Pueblo del Ecuador, *La consulta previa, un derecho de participación* (Quito: Defensoría del Pueblo, 2011).

13. Sentencia Revisión de garantías Caso No. 1149-19-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021, párr. 297.

14. Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas, “Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos”, 2009.

mediante el cual estos aportan sus puntos de vista en la adopción de decisiones estatales.¹⁵

Estos elementos concuerdan con lo establecido tanto en el Convenio 169 de la OIT,¹⁶ como en la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas.¹⁷ La jurista Patricia Carrión¹⁸ resalta que ambos instrumentos consideran al consentimiento no como un derecho exigible, sino como una finalidad o propósito de la consulta, que busca consolidar acuerdos y no la imposición unilateral del criterio de las partes. Esto debido a que los acuerdos facilitan la toma de decisiones por parte del Estado y, al mismo tiempo, se evitan conflictos socioambientales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Este tema ha sido discutido, pues pareciera que hay privilegios para los pueblos, comunidades, comunas y pueblos indígenas frente a los demás ciudadanos. Ante ello, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado, manifestando que los pueblos indígenas son un grupo que históricamente ha sido objeto de discriminación y exclusión, por lo que el hecho de reconocer sus derechos colectivos es indispensable para mantener su cultura e identidad.¹⁹

Ahora bien, es relevante aclarar que el Estado, a través de su autoridad competente, en cualesquiera que fuera el escenario, debe ser el sujeto consultante. Esta capacidad no puede ser delegada a personas naturales ni jurídicas, debido a que históricamente las empresas extractivas eran quienes realizaban las consultas a la población como una forma de asegurar el desarrollo de sus actividades en estos territorios de manera legítima, pero sin cumplir con los principios rectores. Aún cuando las empresas privadas sean quienes realicen las actividades, debe seguir siendo el Estado quien realice las consultas,²⁰ pues este tiene la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, los sujetos consultantes serán las comunidades, comunas o pueblos indígenas y pueblos afroecuatorianos, pues el Ecuador, como estado plurinacional, reconoce el sistema ordinario y el sistema de derecho indígena. Se trata de una consulta diferente por la cosmovisión de las comunidades.

Además de aquello, la consulta debe realizarse a través de las instituciones propias u organizaciones representativas de acuerdo a mandato constitucional; por lo cual, los pueblos son los que definen la institución que gozará de legitimidad para realizar la consulta. Si la misma no se realiza con dichas instituciones, entonces no cumpliría con los requisitos que establece el Convenio 169 de la OIT.

Análisis jurisprudencial

Ante la falta de un desarrollo normativo significativo, la comprensión de la consulta previa se ha configurado principalmente a través de resoluciones judiciales de carácter constitucional y de derechos humanos. De esta forma han existido fallos trascendentales, que han marcado un antes y después en la aplicación de este instrumento de participación ciudadana.

El caso emblemático internacional resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Sarayaku vs Ecuador*,²¹ se considera un referente a nivel internacional en

15. Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011.

16. Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989

17. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Nueva York, 13 de septiembre del 2007.

18. Patricia Carrión, *Análisis de la consulta libre, previa e informada en el Ecuador*, (Quito: Carla Bonilla E, 2012), 26.

19. Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2011.

20. Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/12/34 (Nueva York: ONU, 2009).

21. Sentencia de 27 de junio de 2012, 27 de junio de 2012, pág 99.

cuanto a la protección de los derechos propios de los pueblos indígenas. La sentencia, emitida en fecha 12 de junio de 2012, falló a favor del pueblo Sarayaku al haber encontrado al Estado ecuatoriano responsable de violentar su derecho a la consulta previa, libre e informada y a la integridad cultural, que terminó amenazando su tierra, vida y forma de organización.

A partir de la realización de un proyecto petrolero dentro de la zona habitada por el pueblo Sarayaku en la provincia de Pastaza, se dio lugar a la militarización de su territorio, la destrucción ambiental, violencia, persecución, agresiones e incluso la pérdida y deterioro de elementos sagrados en su cultura y cosmovisión. Se evidenció que la actividad petrolera tuvo como consecuencia no solo una pérdida para el pueblo en un ámbito territorial, sino que afectó también en el ámbito cultural. Su modo de vida fue modificado al haber perdido lugares significativos de manera espiritual, llegando a demostrar así el vínculo interrelacional entre la naturaleza y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Además, la corte enfatizó la relevancia de adoptar medidas de reparación integral, no solo en términos económicos, sino también en acciones que contribuyan a la preservación cultural, la restauración ambiental y la garantía de no repetición. Así impuso que se emitieran disculpas públicas y se realicen acciones de no repetición para evitar futuras violaciones similares.²²

Por otro lado, en cuanto a jurisprudencia nacional, la Corte Constitucional del Ecuador ha sido trascendental para delinear el alcance y la obligatoriedad de la consulta previa, libre e informada. En uno de sus primeros pronunciamientos, dicho tribunal sentó las bases para la aplicación de este derecho dentro de la sentencia N° 001-10-SIN-CC, dándole carácter de obligatorio, al ser un requisito ineludible antes de la ejecución de proyectos que versen sobre recursos no renovables dentro de territorio indígena. Además, enfatizó que la ausencia de un proceso de CPLI válido, vicia de nulidad cualquier acto administrativo o contrato que se derivara de dicha omisión.²³

Otro caso relevante para su análisis, es el resuelto en sentencia número 273-19-JP/22,²⁴ que desarrolló de manera exhaustiva este derecho colectivo. En cuanto a los hechos, la comunidad ancestral Cofán de Sinangoe se vio afectada por diversos proyectos de minería artesanal alrededor de su territorio en la provincia de Sucumbíos. La corte resolvió señalando que se habían vulnerado los derechos de la comunidad, tales como la consulta previa, la naturaleza, el agua, el medio ambiente sano, la cultura y el territorio. De esta manera, interpretó con detalle el contenido y alcance de la consulta previa, libre e informada, y estableció cinco elementos esenciales que el Estado debe respetar: 1) el carácter previo de la consulta; 2) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; 3) la consulta adecuada y accesible; 4) el estudio de impacto ambiental; y 5) la consulta informada.

El Órgano Constitucional enfatiza en la obligación estatal de proporcionar la información y herramientas necesarias para el entendimiento del proyecto objeto de la consulta, que debe darse de manera oportuna y previa. Además, realza la importancia de entender a la consulta no como un simple consentimiento, sino como un diálogo en donde exista flexibilidad para modificar la propuesta inicial con base en las necesidades y propuestas propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

22. Lizbeth Tatiana Guacho Yumisaca y Wilson Napoleón Del Salto Pazmiño, "Derecho de consulta libre e informada. Análisis de Sentencia CIDH 245 Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", *Código Científico Revista de Investigación* 5, n.o E3 (30 de abril de 2024): 869-91, <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v5/ne3/349>.

23. Sentencia No. 001-10-SIN-CC", Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN

(Acumulados), Corte Constitucional del Ecuador 18 de marzo de 2010, pág. 54.

24. Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 273-19-JP/22", *Caso Consulta previa en la comunidad A'í Cofán de Sinangoe*, 27 de enero de 2022, párr. 87.

Retos en la práctica: ausencia de regulación legal y violación al principio de reserva de ley

Uno de los principales desafíos para la implementación efectiva de la CPLI en Ecuador radica en la ausencia de una ley orgánica específica que la regule. A pesar de su reconocimiento constitucional y su desarrollo jurisprudencial, la falta de un marco legal detallado genera inseguridad jurídica y discrecionalidad en su aplicación. Esta situación ha llevado a que diferentes actores interpreten esta consulta de diversas maneras, dificultando la armonización de criterios y la coherencia en los procesos de consulta.

El Ejecutivo, extralimitándose de sus potestades, ha intentado regular esta figura erróneamente mediante decretos o acuerdos ministeriales, con lo cual ha vulnerado el principio de reserva de ley. Los artículos 133 y 134 de la CRE²⁵ establecen con claridad que la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales corresponde de forma exclusiva a la Asamblea Nacional, elevándola incluso a la categoría de ley orgánica. En consecuencia, la expedición de una norma con rango de ley es la única vía adecuada para normativizar la CPLI, al tratarse de una garantía fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Incluso, a pesar de la orden expresa de la Corte Constitucional en la Sentencia N.º 38-13-IS/19, que dispuso a la Asamblea Nacional expedir en el plazo de un año un cuerpo legal orgánico para regular la consulta previa, la función legislativa ha mostrado una falta de interés en cumplir con este mandato.

En concordancia con lo señalado, han existido diferentes intentos por parte de la función ejecutiva por reglamentar de manera ilegítima el proceso referente a la consulta previa y quebrantar las potestades exclusivas del Legislativo. En 2012, se emitió el Decreto ejecutivo N° 1247 con el propósito de reglamentar la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. Este generó alarma en organismos internacionales como la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de las Naciones Unidas, quien manifestó su preocupación por la emisión del decreto sin haber consultado a las comunidades indígenas, además de la limitación de un diálogo intercultural y consentimiento, pues se limitaba a una simple socialización. Por último, recomendó al gobierno ecuatoriano suspender la aplicación de este decreto, al no cumplir con los estándares internacionales vigentes.²⁶

Por otra parte, el Decreto N° 704 de mayo de 2023 buscaba reformar el reglamento al Código Orgánico del Ambiente. La Corte Constitucional lo declaró como inconstitucional en la sentencia No. 51-23-IN/23,²⁷ al considerar quebrantado el principio de reserva de ley, pues se buscaba regular a la consulta ambiental y la consulta previa libre e informada mediante un reglamento de ley y, a su vez, por confundir y tratar a ambos derechos como uno solo. Por último, el caso más reciente referente al Acuerdo Ministerial No. MEM-MEM-2024-0002-AM, emitido por el Ministerio de Energía y Minas, que aprueba el manual para la operativización de la consulta previa, libre e informada en la expedición de medidas administrativas sobre concesiones mineras. Frente a esta disposición, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) presentó una acción pública de inconstitucionalidad, argumentando que la norma vulnera el principio de reserva de ley y desconoce la consulta prelegislativa, al no haber incorporado el criterio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas antes de su emisión.²⁸

25. Artículos 133 y 135, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

26. Defensoría del Pueblo, *Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Quito: Defensoría del Pueblo, 2018), 7-8.

27. Sentencia No. 51-23-IN/23", Corte Constitucional del Ecuador, "9 de noviembre de 2023, pág 77.

28. Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 19-24-IN, 26 de abril de 2024, párr 8-10.

Conclusiones

La Constitución de la República y distintos instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano reconocen el derecho fundamental a una CPLI para comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, al indagar en la búsqueda de respuestas para la interrogante planteada en este trabajo es claro que esta herramienta de participación ciudadana carece de efectividad para su pleno ejercicio, debido a la falta de regulación legal específica y a las divergencias de criterio en cuanto a su interpretación dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Pues, si bien la CPLI es reconocida como un derecho constitucional, el fenómeno de la reglamentación insuficiente impide su efectivo ejercicio, debido a que las normas no determinan procedimientos claros, plazos y etapas; o se encuentran de manera dispersa e insuficiente en normas ambientales, mineras o administrativas. Esto origina una consulta vista meramente como un trámite formal, sin reglas mínimas o uniformes, dando paso a que el Estado e incluso las empresas la interpreten de forma variable según el proyecto.

A pesar de la orden expresa de la Corte Constitucional, el Parlamento ha omitido expedir una ley orgánica exclusiva que regule la consulta previa, lo que ha generado inseguridad jurídica y la desatención de otros derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la autodeterminación y la participación. La ausencia de mecanismos administrativos y sancionatorios eficaces que garanticen el cumplimiento íntegro de la CPLI convierte a esta figura en una mera formalidad. Si bien es posible acudir a la Corte Constitucional como órgano máximo de justicia en materia de derechos fundamentales, las acciones judiciales suelen presentarse de manera tardía, cuando los proyectos ya están en ejecución y resulta imposible prevenirlos. En tales casos, se recurre a medidas de reparación o indemnización, que en la mayoría de ocasiones no se cumplen o resultan insuficientes para compensar las pérdidas culturales y ambientales ocasionadas.

Además, se llega a evidenciar que la puesta en práctica de la CPLI la degrada a un procedimiento principalmente formal debido a que la consulta se llega a activar cuando decisiones sustantivas del proyecto ya han sido adoptadas. Por otro lado, no existe diálogo alguno o posibilidad de propuestas por parte de los consultados y, además, hay una errónea aplicación y confusión con otros mecanismos de participación ambientales, como incluso lo han llegado a hacer órganos con potestad normativa, como el Ejecutivo. A esto se suma un problema institucional estructural, pues el Estado actúa de forma simultánea tanto como regulador del proceso como interesado en su calidad de promotor de inversión, recaudador y, en ocasiones, beneficiario directo. Esta dualidad de funciones incentiva la idea de un sesgo formalista, pues se busca acortar tiempos y limitar su potencial deliberativo.

Bajo nuestro criterio, resulta indispensable la implementación de un órgano rector independiente, con autonomía funcional y presupuestaria. Esta autoridad autónoma de consulta estaría integrada por un consejo directivo con representación paritaria de los pueblos y nacionalidades, profesionales expertos en la materia, miembros de la sociedad civil y el Estado; o mediante organismos no gubernamentales garantistas de derechos humanos para evitar la politización. Más allá de ser un simple veedor, tendría potestades para asegurar el acceso a información y a asistencia técnico-jurídica independiente, además de monitorear el cumplimiento de lo acordado con registros públicos.

En el marco del reciente proceso constituyente en Chile se elaboró un informe que propone una figura equivalente, denominada *Agencias Reguladoras Independientes* (ARI). Estas serían entidades públicas especializadas, con autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, encargadas de regular, autorizar y fiscalizar sectores de alta complejidad técnica, como el ambiental. Su diseño busca equilibrar dos riesgos: por un lado, la politización derivada de decisiones influenciadas por intereses gubernamentales coyunturales; y, por otro, una tecnocracia cerrada, sin experticia suficiente ni espacios de diálogo. Aunque la propuesta

surgió en el contexto constituyente y aún no ha sido implementada, podría convertirse en un referente interesante para la creación de normativa especializada en otros países.²⁹

Más allá de un ente de control independiente, una futura Ley Orgánica para la aplicación de la CPLI también debería regular las competencias y obligaciones de los sujetos consultantes, los derechos de los consultados y el procedimiento. Ruiz-Cedeño, Remache-Llanos y Caveda plantean mantener las fases previstas en los decretos ejecutivos: una etapa informativa, en la que se da a conocer el contenido del proyecto, se visita el lugar y se emplean los mecanismos necesarios; una etapa consultiva, que garantice el diálogo entre las partes y la realización de la asamblea de consulta sobre el proyecto; y, finalmente, una etapa de toma de decisiones, sustentada en los informes de sistematización de la fase consultiva y en la valoración de resultados, con lo cual se da por concluido el proceso. Así también, proponen que el procedimiento tenga una duración de 130 días, con la posibilidad de ampliarse a un promedio de 150–200 días. En consecuencia, toda futura ley destinada a regular la CPLI debe fundarse en principios esenciales como igualdad, buena fe, oportunidad, eficiencia administrativa y, de manera imprescindible, un enfoque intercultural que asegure el respeto a la diversidad cultural indígena y afroecuatoriana.

Asimismo, además de garantizar la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas, la CPLI nace también como un instrumento de justicia ambiental, en tanto cumple con el deber primordial del Estado de proteger el medio ambiente. Así, la naturaleza al ser sujeto de derechos, mediante la participación ciudadana de sus defensores, hace valer sus garantías reconocidas.³⁰ Por consiguiente, se aseguran tanto los derechos humanos ambientales —como el acceso a un entorno sano y ecológicamente equilibrado— como otros bienes inherentes, entre ellos la integralidad. De ahí que el futuro de la democracia intercultural en Ecuador dependa de la capacidad estatal de superar una visión meramente extractivista y transitar hacia un modelo que materialice la autodeterminación de los pueblos. En tiempos de crisis, garantizar la CPLI no constituye solo una obligación jurídica, sino también una condición para la supervivencia cultural y ambiental.

29. Sofía Rivera Berkhoff y Ezio Costa Cordella, "Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile," *Justicia Ambiental*, n.º 14 (2022): 349–376.

30. Joaquín López, *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*, (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES, 2016), 29.

Referencias

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Nueva York 13 de septiembre del 2007.
- Borja, Rodrigo. *Derecho Político y Constitucional*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1999.
- Carrión, Patricia. *Análisis de la consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Carla Bonilla E, 2012.
- Castro, Mayuri. "Consulta previa, libre e informada". *Gk city*. 24 de noviembre de 2019. <https://gk.city/2021/11/11/consulta-previa-libre-informada-ecuador/>
- Caso No. 19-24-IN. Corte Constitucional del Ecuador. 26 de abril de 2024.
- Sentencia No. 001-10-SIN-CC. Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados). Corte Constitucional del Ecuador. 18 de marzo de 2010.
- Sentencia No. 1149-19-JP/20. Corte Constitucional del Ecuador. 10 de noviembre de 2021.
- Sentencia No. 273-19-JP/22. Corte Constitucional del Ecuador. 27 de enero de 2022.
- Sentencia No. 51-23-IN/239 de noviembre de 2023.
- Sentencia de 27 de junio de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 27 de junio de 2012.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. *Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2018.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. *La consulta previa, un derecho de participación*. Quito: Defensoría del Pueblo, 2011.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 1. 11 de agosto de 1998.
- Fajardo, Raquel Yrigoyen. "De La Tutela a Los Derechos De Libre Determinación Del Desarrollo, Participación, Consulta Y Consentimiento: Fundamentos, Balance Y Retos Para Su Implementación." *Amazónica - Revista De Antropología* 1, núm. 2 (19 de noviembre de 2009): 370- 405. <https://doi.org/10.18542/amazonica.v1i2.294>
- Guacho Yumisaca, Lizbeth Tatiana y Del Salto Pazmiño, Wilson Napoleón. Derecho de Consulta Libre E Informada. Análisis de Sentencia CIDH 245 Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador». *Código Científico Revista de Investigación* 5, n.o E3 (30 de abril de 2024): 869-91. <https://doi.org/10.55813/gaea/ccri/v5/ne3/349>.
- Lopez, Joaquin. *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales en Países Independientes*. 1989. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C169.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los indígenas. *Informe del Relator Especial de Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos*. 2009.

- Rivera Berkhoff, Sofía y Costa Cordella, Ezio. "Agencias reguladoras independientes en materia ambiental y la nueva Constitución de Chile" *Justicia Ambiental*, n.º 14 (2022): 349 - 376. <https://www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2022/12/AGENCIAS-REGULADORAS-INDEPENDIENTES-EN-MATERIA-AMBIENTAL.pdf>
- Ruiz-Cedeño, Iván Alexander, Víctor Manuel Remache-Llanos, and Duniesky Alfonso Cavada. "La Consulta Previa, Libre e Informada: Sistematización, Histórica Y Normativa Para Su Perfeccionamiento, En El Contexto Ecuatoriano." *MQRInvestigar* 8, no. 4 (octubre de 2024). <https://doi.org/10.56048/mqr20225.8.4.2024.428-454>.
- Terra, Juan. "El Derecho de la Consulta Ambiental en el Ecuador". *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales* 5, n.o 5 (2017): 132. https://www.academia.edu/36246649/El_Derecho_a_la_Consulta_Ambiental_en_el_Ecuador