

MEMORÁNDUM

FECHA: 24 de mayo de 2023

ASUNTO: Consentimiento Libre, Previo e Informado en Ecuador

A continuación, se incluye un memorando que evalúa y comenta sobre el consentimiento libre, previo e informado y su aplicabilidad en Ecuador, dado el entorno legislativo actual, a partir del 24 de mayo de 2023. Las interpretaciones y la comprensión de los documentos y eventos legales y sociales pueden y serán diferentes entre jueces, abogados, legisladores y demás miembros del cuerpo político. El siguiente memorándum sobre el significado combinado y entrelazado de estos documentos y eventos tiene la única intención de abordar estas preguntas sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado en Ecuador en este momento para proporcionar un punto de partida para la comprensión comparativa de la situación en el país. . Esta no es una opinión legal. Cualquier persona que busque una opinión legal debe comunicarse con el abogado de su elección para obtener asesoramiento legal en el país en el que se encuentran las actividades que busca comprender, ocurrieron o estarán ocurriendo. Este memorándum no debe utilizarse con fines comerciales, políticos o sociales.

MEMORÁNDUM

Consentimiento Libre, Previo e Informado en Ecuador

I. INTRODUCCIÓN

[1] Para comprender la importancia del consentimiento libre, previo e informado (en adelante CLPI) en Ecuador, es necesario resaltar que Ecuador es un Estado plurinacional y multicultural. En el Ecuador existen 13 nacionalidades Indígenas que

mantienen su propia lengua y cultura, así como pueblos sin contacto voluntario, como los Tagaeri, los Taromenane y los Oñamenane.

[2] Esta realidad genera un conflicto permanente basado en visiones distintivas del “desarrollo”. Asimismo, existen diferentes nociones sobre el significado de “territorio” y cómo se relaciona con la pertenencia. En este sentido, el CLPI es un derecho que podría mediar en conflictos.

[3] Sin embargo, a pesar de que la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) reconoce explícitamente el derecho al CLPI y es pionera en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, la adecuada aplicación del CLPI sigue siendo una deuda pendiente de la Estado.

[4] El CLPI sigue estando cerca de ser una mera formalidad porque no se ha materializado debidamente en forma de ley y carece de la institucionalidad estatal adecuada para proteger estos derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

II. LEGISLACIÓN

[5] Para Ecuador, el CLPI actualmente está entrelazado a partir de la Constitución de la República de Ecuador; el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169 de la OIT); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, UNDRIP); la Ley Orgánica de Participación Ciudadana del Ecuador (en adelante, LOPC); el hito CLPI Decisión 273-19-JP/22 de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE); la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determinó los parámetros básicos del CLPI en el caso Pueblo Sarayaku vs Ecuador; el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa a la Asamblea Nacional; y el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa para la Expedición de Actos Normativos de la Función Ejecutiva.

[6] Discutiremos estas fuentes en los siguientes párrafos.

2.1. LEY INTERNACIONAL

[7] En el Ecuador, los pactos, convenciones, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de los fundamentos de constitucionalidad y por tanto son un parámetro de control de las normas infraconstitucionales.

[8] En este sentido, el artículo 57 CRE reconoce y garantiza una serie de derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, incluido el CLPI, “de conformidad con la Constitución y los pactos, convenciones, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

[9] Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT y la UNDRIP son de fundamental relevancia para monitorear el cumplimiento dentro de los parámetros mínimos del CLPI.

Convenio 169 de la OIT

[10] Ecuador ratificó y hizo vinculante el Convenio 169 de la OIT a través del Decreto Ejecutivo No. 1387 publicado en la Gaceta Oficial 311 del 6 de mayo de 1998.

[11] Dado el auto-reconocimiento de Ecuador como Estado plurinacional e intercultural, el CLPI es la piedra angular del Convenio 169 de la OIT para Ecuador. Así, el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT no puede ser completo sin la correcta aplicación del CLPI.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

[12] Si bien según los principios generales del derecho internacional público la UNDRIP es parte del soft law, Ecuador la ratificó mediante el Decreto Ejecutivo 800 del 18 de junio de 2019.

[13] En este sentido, la UNDRIP se encuentra, en teoría, dentro del bloque de exigibilidad constitucional, con fundamento en los artículos 11, inciso 3 y 417 CRE.

2.2. NACIONAL

[14] En Ecuador, las principales normas que protegen el derecho al CLPI se encuentran en la CRE, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa de la Asamblea Nacional, y el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa para la Expedición de Actos Normativos de la Función Ejecutiva.

Constitución de la República del Ecuador

[15] Comenzamos señalando que la CRE define tres tipos diferentes de consulta. El artículo 398 de la CRE estableció que, antes de que el Estado otorgue una resolución o permiso en materia ambiental, se debe consultar a todas las

comunidades afectadas. Y si bien ambas consultas definidas por el artículo 57, inciso 7 y 17 deben realizarse con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias del Ecuador, ambas tienen alcances diferentes.

[16] La consulta establecida en el artículo 57 numeral 17 está relacionada con la adopción de medidas legislativas que puedan afectar cualquier derecho colectivo y se denomina comúnmente consulta prelegislativa.

[17] Por otra parte, el alcance de la consulta establecido en el numeral 7 del mismo artículo se aplica a los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables ubicados en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y que pueden generar impacto ambiental o cultural sobre ellos. Asimismo, la Constitución señala que esta consulta debe ser libre, previa e informada, entre otros criterios¹. Por lo tanto, esta última consulta, definida por el artículo 57, párrafo 7, se denominará en adelante CLPI.

[18] Al respecto, la CRE ha señalado que la consulta prelegislativa, establecida en el artículo 57 numeral 17 de la CRE, y la consulta en materia ambiental, establecida en el artículo 398, no son lo mismo que el CLPI del artículo 57 numeral 7 de la CRE.

[19] Al ser un derecho garantizado en la Constitución, el CLPI debe ser regulado a través de la promulgación de una ley ecuatoriana. Como tal ley ecuatoriana no ha sido promulgada; y debido al principio de reserva de ley, la regulación del CLPI por legislación secundaria, como es el caso actualmente, es ampliamente considerada contraria a la ley.

[20] Por lo tanto, una Ley de CLPI sigue siendo una aspiración para las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC)

[21] La LOPC incluye el CLPI y la consulta ambiental entre los mecanismos de participación ciudadana.

¹A la consulta previa, libre e informada, en un plazo razonable, sobre los planes y programas de prospección, producción y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus terrenos y que puedan tener un impacto ambiental o cultural en los mismos; a participar de los beneficios obtenidos de estos proyectos ya recibir una indemnización por los daños sociales, culturales y ambientales que se les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y en tiempo oportuno. Si no se obtiene el consentimiento de la comunidad consultada, se seguirán las medidas previstas por la Constitución y la ley.” Traducción del artículo 57, párrafo 7 proporcionada por la Base de Datos Política de las Américas, disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>.

[22] Si bien el artículo 81 de la LOPC se refiere al CLPI reiterando el texto del artículo 57, párrafo 7 de la CRE, sin embargo no desarrolla este derecho.

[23] Por su parte, el artículo 82 de la LOPC desarrolla la consulta ambiental. Esto es importante mencionarlo porque el artículo 83 LOPC genera confusión, al referirse aparentemente a los dos tipos de consulta, dándoles el mismo efecto pero también al disponer que los pronunciamientos de las comunidades, pueblos y nacionalidades no son vinculantes.

[24] Por esta razón, una ley orgánica separada para regular la aplicación del CLPI aclararía la confusión actual y la falta de aplicación del CLPI constitucional.

Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa

[25] Como se explicó anteriormente sobre la regulación del CLPI, la consulta prelegislativa también debe desarrollarse y regularse en una ley orgánica, en virtud del principio de reserva de ley. En este momento, las instrucciones para la aplicación de la consulta prelegislativa todavía están reguladas únicamente en un decreto, que entra dentro de la categoría jerárquica legal de una mera resolución legislativa.

[26] Sin perjuicio de lo anterior, la ordenanza establece los principios básicos de esta consulta, que son: el principio de oportunidad, el principio de plazo razonable, el principio de buena fe, el principio de interculturalidad y plurinacionalidad, el principio de información veraz y suficiente y el principio de autonomía.

[27] Distintas organizaciones sociales han rechazado la ordenanza porque, a su juicio, no pasó por un proceso de consulta pública, no es vinculante, viola el principio de reserva legal y no cumple con los estándares establecidos en la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, existe una demanda actual para la creación de una Ley de CLPI vinculante, que se lleve a cabo a través de instituciones representativas.

Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa para la Expedición de Actos Normativos de la Función Ejecutiva.

[28] Recientemente, el Presidente de la República del Ecuador emitió una ordenanza para el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa para la Expedición de Actos Normativos de la Función Ejecutiva. Con respecto a esta norma secundaria, cabe señalar que aclara que la consulta no es vinculante y que su finalidad es simplemente buscar acuerdos y recibir criterios y retroalimentación de las

comunidades, pueblos y nacionalidades, respecto del acto normativo. o actos a ser emitidos por la función ejecutiva.

[29] Los principios que rigen la consulta son la oportunidad, el tiempo razonable, la buena fe, la interculturalidad y plurinacionalidad, la información, la voluntariedad y la eficacia administrativa.

III. LEYES INDÍGENAS / CONSUECUDINARIAS

[30] De conformidad con el artículo 171 de la CRE, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales con base en las tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial.

[31] En este sentido, es responsabilidad del Estado velar por que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades del Estado. En consecuencia, el CLPI debe tener carácter vinculante.

[32] Sin embargo, la resistencia por parte de las mismas autoridades ha llevado a la interposición de “Acciones Extraordinarias de Protección” cuestionando la legalidad de lo resuelto por la jurisdicción Indígena. Por lo tanto, es evidente que el apoyo a la jurisdicción indígena y el compromiso de hacer vinculante el CLPI son insuficientes.

IV. JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENCIA

4.1. INTERNACIONAL

[33] A nivel internacional, la principal sentencia respecto a Ecuador es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Pueblo de Sarayaku Vs. Ecuador resuelto en 2012, el cual establece los parámetros básicos para el consentimiento libre, previo e informado.

[34] En dicha sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos “estableció que para asegurar la participación efectiva de los miembros de una comunidad o pueblo indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene la obligación de consultar a dicha comunidad de manera activa e informada, de acuerdo con sus usos y tradiciones, en el marco de una comunicación permanente entre las partes”.²

²Párrafo 177 de la decisión, disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

[35] A continuación, el tribunal enumeró algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta, que son el carácter previo de la consulta, la buena fe y el fin de llegar a un acuerdo, la consulta adecuada y accesible, la evaluación de impacto ambiental y la consulta informada. Así, la consulta debe:

- ser anterior
- Hacerse de buena fe y para atender acuerdos
- Sea apropiado y accesible
- Ser informado

[36] Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Ecuador debe adoptar legislación interna para implementar el CLPI en el país dentro de un tiempo razonable. De acuerdo con las secciones anteriores, es claro que Ecuador aún no ha cumplido con esa obligación.

4.2. NACIONAL

[37] A nivel nacional, la sentencia 273-19-JP/22 es el caso más importante y reciente sobre CLPI decidido por la Corte Constitucional de Ecuador. En esta histórica decisión de CLPI, la ministra Karla Andrade Quevedo señaló que del artículo 57, numeral 7 de la CRE, “se evidencia que la consulta previa, de acuerdo al mandato constitucional, debe tener los siguientes parámetros:

1. Características: 'Libre, previo e informado', 'Obligatorio y oportuno';
2. Tiempo: 'Dentro de un tiempo razonable';
3. Aspecto a consultar: 'Planes y programas de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables que se encuentren en sus predios y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente';
4. Sujetos obligados: Las 'autoridades competentes';
5. También debe garantizarse que puedan 'Participar de los beneficios que reporten dichos proyectos y recibir una compensación por los factores sociales, culturales y ambientales que les causen';
6. Efectos: “Si no se obtiene el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá de conformidad con la Constitución y la ley”.³

³Traducción libre del párrafo 85 de la sentencia 273-19-JP/22, con versión en español disponible en http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWkOidjOWE4ODAYzC03Y2E1LTQ4NDItOWIzNS01ZDZjMzZiM2I3ZGMucGRmJ30=.

[38] Tras afirmar que la Corte Constitucional había reconocido previamente el derecho a la consulta previa como una obligación estatal en las sentencias 001-10-SIN-CC y 20-12-IN/20, la ministra Karla Andrade Quevedo afirma que el Estado debe:

- (i) “garantizar que las comunidades que se verán afectadas participen de los beneficios que trae la actividad o programa y reciban una compensación justa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades;
- (ii) mantener canales de comunicación y participación efectiva con los pueblos o comunidades indígenas afectados por la ejecución del proyecto;
- (iii) incluir parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas, así como proporcionar métodos para la mitigación, compensación y reparación de todos los daños que puedan causarse a la comunidad; y,
- (iv) si es posible y aceptado por la comunidad involucrada, emplear a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos en condiciones que garanticen la dignidad humana.”⁴

Finalmente, el CCE confirmó las decisiones anteriores que ordenaron medidas de reparación y que reconocieron la violación del derecho al CLPI y otros derechos. Luego, la decisión ordenó la traducción de la decisión al idioma Cofán.

V. TENDENCIAS / FUTURO

[39] En 2022, el gobierno enfrentó un paro nacional que terminó con el compromiso de discutir varios temas en mesas de diálogo con los movimientos indígenas, incluida la emisión de una ley sobre CLPI. Esto está en curso.

[40] Al momento de escribir este artículo, Ecuador se encuentra en un momento de incertidumbre política de los movimientos sociales, durante el cual no se ha elaborado ningún proyecto de ley de CLPI.

VI. CONCLUSIÓN

[41] En Ecuador, el marco legal para el CLPI incluye el paquete constitucional, conformado por la CRE, el Convenio 169 de la OIT, la UNDRIP, el histórico Fallo de CLPI273-19-JP/22 del CCE, y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el pueblo Sarayaku; además de normas infraconstitucionales como

⁴Párrafo 124 *Ibíd.*

la LOPC, el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa a la Asamblea Nacional y el Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa para la Expedición de Actos Normativos de la Función Ejecutiva.

[42] Al respecto, la CRE reconoce tres tipos de consultas. La primera, que se encuentra en el artículo 398 de la CRE, es la consulta en materia ambiental que no se restringe a las comunidades indígenas.

[43] La segunda, que se encuentra en el artículo 57, numeral 17 de la CRE, se refiere a la consulta sobre la adopción de medidas legislativas que puedan afectar derechos colectivos.

[44] La tercera, que se encuentra en el artículo 57, inciso 7 de la CRE, se refiere a los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de los recursos no renovables que se encuentran en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades que puedan tener un impacto ambiental o cultural en los mismos.

[45] Aunque la legislación ecuatoriana no es clara sobre los parámetros para el CLPI en el país, la decisión de 2022 del CCE definió reglas claras para el CLPI. Según la jurisprudencia, el CLPI debe ser 'libre, previo e informado', 'obligatorio y oportuno'; 'dentro de un tiempo razonable'; y aplicable a 'planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus terrenos y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente'. El CCE también definió que las 'autoridades competentes' deben procurar el CLPI, garantizar que las comunidades consultadas 'participen de los beneficios que esos proyectos reporten y reciban una compensación por los factores sociales, culturales y ambientales que les causen' y, de no obtenerse el consentimiento,

[46] Sin perjuicio de que la CRE y la CCE reconocen y garantizan el derecho al CLPI y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que Ecuador debe adoptar legislación interna para implementar el CLPI en el país dentro de un tiempo razonable, aún está pendiente la aprobación de una ley que regule la aplicación de los artículos constitucionales mencionados. Esta situación es fuente de conflictividad en el país, cuya demanda está presente en cada movilización de comunidades, pueblos y nacionalidades.