



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO DE
PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LA
MINERÍA A GRAN ESCALA**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

PAOLA DANIELA SIGUENZA ORELLANA

**TUTOR DE CONTENIDOS: PhD. Frank Mila
TUTOR METODOLÓGICO: Mgs. Gustavo Silva**

OTAVALO, JULIO 2021



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

“LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LA MINERÍA A GRAN ESCALA”

La autora de este Trabajo de Titulación declaro que es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y por la normativa vigente.

Otavalo, 07 de julio de 2021

Estudiante

Paola Daniela Sigüenza Orellana

C.C.:1003489091

DEDICATORIA

*En memoria de Hernán Eduardo Vega Valencia,
entrañable amigo y compañero.*

AGRADECIMIENTO

A Dios, mis padres y hermanos.

A la Universidad de Otavalo, docentes y tutores.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DECLARACIÓN DE AUTORÍA	¡Error! Marcador no definido.
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	¡Error! Marcador no definido.
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	¡Error! Marcador no definido.
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE DE CONTENIDO	v
ÍNDICE DE TABLAS	ix
ÍNDICE DE FIGURAS	x
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	15
1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO	16
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	19
1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	20
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.4.1. TEMÁTICA	20
1.4.2. TEMPORAL	21
1.4.3. ESPACIAL	21
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	21
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	21
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	23
2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	24
2.1.1. TEÓRICA	24
2.1.2. PRÁCTICA	24
2.2. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN	24
2.2.1. COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS	24
2.2.2. DERECHOS COLECTIVOS	25
2.2.3. DERECHO DE PARTICIPACIÓN	25
2.2.4. LA CONSULTA	25

2.2.5. ACTIVIDAD MINERA	26
2.3. REFERENTES TEÓRICOS	26
2.3.1. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	27
2.3.1.1. Autodeterminación y Autogobierno	28
2.3.1.2. Territorio y Ancestralidad	28
2.3.2. DERECHO A LA PROPIEDAD Y RECURSOS NATURALES	29
2.3.2.1. Límites y Restricciones del Derecho a la Propiedad	29
2.3.3. LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE	30
2.3.3.1. Derechos de la Naturaleza	30
2.3.3.2. Derecho al medio ambiente	31
2.4. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	32
2.4.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	32
2.4.1.1. Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales	33
2.4.1.2. Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas	35
2.4.1.3. Declaración de la OEA sobre los Pueblos Indígenas	36
2.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES	36
2.4.2.1. Caso Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador	36
2.4.2.2. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina	37
2.4.2.3. Sentencia No. 001-10-SIN-CC	38
2.4.2.4. Sentencia No. 0038-13-IS/19	39
2.4.3. NORMATIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA	40
2.4.3.1. Constitución de la República del Ecuador	40
2.4.3.2. Ley de Minería	41
2.4.3.3. Ley Orgánica de Participación Ciudadana	42
2.4.3.4. Reglamento para la ejecución de la Consulta Previa	42
2.4.3.5. Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa	43
2.5. SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS	44
CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO	45
3.1 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	46
3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN	46
3.2.1. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	46
3.2.1.1. Nivel descriptivo	46
3.2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	47

3.2.2.1. Documental	47
3.2.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	47
3.2.3.1. Método socio-jurídico	47
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	47
3.3.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL	47
3.3.2. INSTRUMENTOS	48
3.3. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	48
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	50
4.1. LA CONSULTA: SITUACIÓN JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL	51
4.1.1.1. Consulta previa, libre e informada	52
4.1.1.2. Consulta prelegislativa	54
4.1.1.3. Consulta ambiental	55
4.1.2. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO COLECTIVO	56
4.1.2.1. Derechos colectivos	56
4.1.3. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO DE PARTICIPACIÓN	57
4.1.3.1. Participación plena y efectiva	59
4.2. LA CONSULTA PREVIA: CONTENIDO Y ALCANCE	61
4.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA	61
4.2.1.1. Previa	62
4.2.1.2. Libre	62
4.2.1.3. Informada	63
4.2.2. PARÁMETROS DE LA CONSULTA	64
4.2.2.1. Propósito de la consulta	64
4.2.2.2. Procedencia de la consulta	65
4.2.2.3. Objeto de la consulta	65
4.2.2.4. Sujetos de la consulta	66
4.2.2.5. Forma de la consulta	66
4.2.2.6. Efectos de la consulta	67
4.2.3. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA	69
4.2.3.1. Adecuada y accesible	69
4.2.3.2. Oportuna y efectuarse en un plazo razonable	70
4.2.3.3. Buena fe y propender acuerdos	70
4.3. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	71

4.3.1. LA CONSULTA PREVIA EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS	71
4.3.1.1. Explotación de recursos naturales	72
4.3.1.2. Estudio de impacto ambiental	73
4.3.2. PROYECTOS MINEROS EMBLEMÁTICOS	74
4.3.2.1. Proyecto “Mirador”	75
4.3.2.2. Proyecto “Fruta del Norte”	76
4.3.2.3. Proyecto “Loma Larga”	76
4.3.2.4. Proyecto “Río Blanco”	77
4.3.2.5. Proyecto “Llurimagua”	77
4.3.3. INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY	78
CONCLUSIONES	80
RECOMENDACIONES	82
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
TABLAS Y/O FIGURAS	90

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla No. 1: Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador	90
Tabla No. 2: Matriz de relaciones teóricas	92
Tabla No. 3: Desarrollo normativo del Derecho a la Consulta	93

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura No. 1: Proyectos Mineros Estratégicos	95
Figura No. 2: Proyecto Mirador	96
Figura No. 3: Proyecto Fruta del Norte	97
Figura No. 4: Proyecto Loma Larga	98
Figura No. 5: Proyecto Río Blanco	99

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue analizar el derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada como un derecho colectivo de participación reconocido a las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en Ecuador frente a la explotación minera a gran escala. Por su carácter y naturaleza, la investigación, fue realizada y fundamentada en el paradigma cualitativo, se utilizó la recolección, revisión y análisis de tratados internacionales, normativa constitucional, legal, reglamentaria y jurisprudencial para construir un estudio de carácter descriptivo. Se pretendió conocer el alcance y eficacia de la consulta previa a través del método socio-jurídico y para el efecto se empleó instrumentos como: textos jurídicos, artículos científicos, tesis y trabajos de grado. De la revisión y correspondiente análisis se determinó dos tipos de consulta: la consulta ambiental como derecho difuso de todas las personas y, la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo efectuada a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Consecuentemente, la investigación se enfocó en analizar jurídica y fácticamente la consulta previa, con la finalidad de determinar una posible afectación de este derecho frente a programas o proyectos de explotación de recursos naturales. Finalmente, se determinó que el desarrollo del derecho a la consulta previa es limitado, en razón de la escasa legislación y procedimientos específicos; la antinomia de las normas secundarias respecto del bloque de constitucionalidad; y finalmente, la ausencia de una institucionalidad que regule el proceso conforme a los estándares internacionales en concordancia con el bloque de constitucionalidad.

Palabras clave: consulta previa, libre e informada, derechos colectivos, derechos de participación, explotación minera, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

ABSTRACT

The objective of this research was to analyze the constitutional right to prior, free and informed consultation as a collective right of participation recognized by indigenous communities, peoples, and nationalities in Ecuador in the face of large-scale mining exploitation. Due to its nature and nature, the research was carried out and based on the qualitative paradigm, the collection, review and analysis of international treaties, constitutional, legal, regulatory and jurisprudential regulations were used to construct a descriptive study. It was intended to know the scope and effectiveness of the prior consultation through the socio-legal method and for this purpose, instruments such as: legal texts, scientific articles, theses and degree works were used. From the review and corresponding analysis, two types of consultation were determined: environmental consultation as a diffuse right of all people and, prior, free and informed consultation as a collective right made to indigenous communities, peoples and nationalities. Consequently, the investigation focused on legally and factually analyzing the prior consultation, in order to determine a possible impact on this right in the face of programs or projects for the exploitation of natural resources. Finally, it was determined that the development of the right to prior consultation is limited, due to the scarce legislation and specific procedures; the antinomy of secondary norms with respect to the constitutionality block; and finally, the absence of an institutional framework that regulates the process in accordance with international standards in accordance with the constitutionality block.

Keywords: prior, free and informed consultation, collective rights, participation rights, mining exploitation, indigenous communities, peoples and nationalities.

INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y de América Latina se han organizado y movilizadointensamente con el objetivo común de fomentar una construcción participativa que permita su desarrollo en los ámbitos político, económico, social y cultural. En consecuencia, muchos derechos han sido reconocidos, entre ellos la consulta previa, libre e informada, se trata de un derecho de orden colectivo que ha sido reconocido por múltiples organismos internacionales con el objetivo de alcanzar el desarrollo sustentable de los pueblos indígenas: “entendido el desarrollo sostenible como la aspiración profunda de un pueblo a vivir en armonía con sus territorios” (López, 2016, pág. 4).

El derecho participativo a la consulta previa sobre la explotación de recursos no renovables, y los derechos colectivos de los pueblos indígenas se encuentran contemplados y reconocidos tanto en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) como en diferentes instrumentos internacionales de carácter vinculante para los Estados como: el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto requiere que los suscriptores adecuen y verifiquen, dentro de sus legislaciones, la incorporación y goce efectivo de este derecho de participación.

Efectivamente se incorpora en el texto constitucional ecuatoriano la consulta previa, libre e informada dirigida a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto explotación de recursos naturales que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales. Además, la normativa vigente, establece que la consulta previa constituye un derecho de participación en aquellas decisiones judiciales y especialmente administrativas que puedan causar daños a sus integrantes o sus territorios.

Empero, en Ecuador no se ha realizado ningún proceso de consulta previa, a pesar de existir 5 proyectos de minería a gran escala que apuntan al país como

un importante actor del sector minero en el mundo: Mirador, Fruta del Norte, Loma Larga, Río Blanco y Llurimagua. Este último proyecto ubicado en la provincia de Imbabura, cantón Cotacachi, parroquias García Moreno y Peñaherrera, proyecto que conforme lo establece el portal web Reporte Minero: "... surge luego de que en 2009 Codelco y Ecuador firmaron un acuerdo para desarrollar minería en un país que cuenta con el potencial geológico, pero que ha sido poco explorado" (Reporte Minero, 2018).

La falta de normativa legal que regule el proceso de consulta previa se ha convertido en una limitación para el ejercicio de este derecho de participación de los pueblos indígenas, que ha llevado a que dentro de las mismas comunidades y los activistas a favor y en contra de los proyectos mineros generen un debate interminable sobre los beneficios y problemas ambientales que conlleva la ejecución de los proyectos.

CAPÍTULO I. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO

Los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas han sufrido históricamente discriminación y vulneración de derechos; han resistido al colonialismo desde el Antiguo Régimen instaurado por las monarquías europeas en América, desde el siglo XV hasta el republicanismo. En consecuencia, han logrado construir su propia identidad y han desarrollado un sentido de pertenencia estricto a un colectivo a través de constantes luchas y levantamientos sociales.

Efectivamente, Ilaquiche (2012) menciona, en su extensa obra, que la lucha social de los pueblos indígenas les ha permitido mantener a través de los siglos su identidad cultural, organizaciones y movimientos indígenas desde sus espacios hasta el ámbito internacional:

Todo este proceso de participación política ha significado la toma del poder desde los gobiernos locales, lo que ha implicado democratizar las relaciones de poder desde las instancias locales de gobierno, así como el cuestionamiento al sistema político vigente y la construcción de un nuevo estado plurinacional desde abajo (Ilaquiche, 2012, pág. 97).

La unidad en la diversidad como fundamento de la plurinacionalidad y la interculturalidad para sostener y promover una democracia participativa ha sido la insignia llevada por cada uno de los representantes de los pueblos indígenas. A lo largo de la historia de la humanidad, siempre ha existido la preocupación por generar una conciencia social que permita mayor participación democrática en un ámbito nacional e inclusive internacional, que genere cambios en el ámbito político y social de acuerdo con los contextos particulares de cada época.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos colectivos, cuyos titulares son los pueblos indígenas, en la normativa internacional y nacional surge ante la necesidad social de evidenciar exclusión sistemática de este colectivo a través de la historia de la humanidad, quienes de manera frontal han demostrado su inconformidad principalmente frente a la explotación de recursos naturales y afectación a la pacha mama. Dentro de este contexto, la Conferencia internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de los Pueblos

Indígenas realizada en el año de 1977, se preocupa de tratar dos temas esenciales: (1) la discriminación y los aportes de los pueblos en los ámbitos económicos, políticos y especialmente sociales; y además, (2) aquellos aportes en el cuidado del medio ambiente.

En la Conferencia Internacional de las ONG sobre los Pueblos Indígenas y la Tierra llevada a cabo del 15 al 18 de septiembre de 1991 en el Palacio de las Naciones, en Ginebra, constituye uno de los espacios donde los representantes de los pueblos indígenas demostraron su descontento al ser despojados de sus tierras y de sus recursos naturales por intereses ajenos del Estado y de las compañías internacionales que buscan explotar sus recursos y beneficiarse de ellos. Por otro lado, el 13 de septiembre de 2007, la ONU aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, constituyéndose en un progreso normativo en derechos humanos y en especial de aquellos derechos de los pueblos históricamente discriminados y marginados:

En efecto, en la práctica no cabe esperar que los Estados o incluso los mismos órganos internacionales de protección de los derechos humanos, extraigan de principios y normas ya establecidos todo lo que lógicamente debe desprenderse de ellos en lo que dice relación con los derechos de colectivos o categorías de personas tradicionalmente discriminadas, marginadas o reducidas a la condición de relativa invisibilidad social (Zalaquett, 2008, pág. 142).

En el ámbito nacional, la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, también incorpora elementos normativos que reconocen y reivindicán su existencia y derechos, evitando en lo formal que existan principios excluyentes o categorías sospechosas de discriminación, y brindando herramientas jurídicas para la garantía de sus derechos. Se trata de una constitución garantista, que instaura un nuevo paradigma político-jurídico a través del cual se organiza el poder y se convierte en el marco normativo que tutela derechos fundamentales que propendan la supervivencia de los pueblos indígenas y el respeto a sus derechos colectivos; un asunto que se ha convertido en el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales alrededor del mundo:

Los principios de la participación implicarían que los titulares de derechos deberán ejercer sus derechos de participación en condiciones de igualdad formal y material, autonomía respecto de poderes fácticos y estatales, deliberación en la esfera pública, respeto a la diferencia o tolerancia, apertura al control de toda la ciudadanía, solidaridad o fraternidad y coexistencia de las diversas culturas étnicas (Celi & Silvana, 2018, pág. 4).

Indudablemente, la resistencia histórica, las luchas sociales y la búsqueda de ser visibilizados frente a las autoridades de turno y de la sociedad ha derivado en una lucha diaria de ser actores frente a las decisiones que se toman respecto de sus territorios y comunidades. Por ende y tomando en consideración esa discriminación y desigualdad histórica, el Estado ecuatoriano ha incorporado en su ordenamiento jurídico a las acciones afirmativas, como medidas reequilibradoras para materializar la igualdad y la protección de los derechos de personas en la situación antes descrita.

En consecuencia, se ha reconocido al Ecuador como un país garantista de derechos y en especial de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, cabe destacar que las acciones afirmativas para restituir los derechos violentados se han visto en procesos de selección de funcionarios públicos, el reconocimiento de la justicia indígena y el respeto a sus saberes ancestrales, pero, ¿bajo qué criterio el estado ecuatoriano procedió a concesionar sus espacios territoriales sin realizar la consulta previa?:

La estrategia empleada por el Estado ecuatoriano, que se ha convertido en una reacción habitual ante la protesta social principalmente cuando se trata de exploración y explotación de minerales, no solo afecta derechos constitucionales, sino que además persigue y silencia las voces de los excluidos (Galindo, 2020, pág. 36).

Finalmente, se han determinado estrategias para potenciar los objetivos nacionales de desarrollo, dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 - Toda una vida, que incluyen: derechos de todos durante toda la vida, economía al servicio de la sociedad, más sociedad, mejor estado, pero dentro de este plan ya se determina a la explotación de recursos no renovables será realizada bajo prácticas responsables con el medio ambiente, población y el límite de actividades extractivas dentro de áreas protegidas, territorios ancestrales, fuentes de aguas y entre otros.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La identidad social se construye a partir de dos elementos: la población y su territorio. Es por ello que, la relación entre estos dos elementos simboliza en términos abstractos el desarrollo cultural e identitario de los grupos humanos, con lo cual se hace necesario y obligatorio que el Estado garantice la protección de los derechos de las personas en general, y brinde especial atención a los derechos de “las minorías”.

Bajo esa tónica, entre la relación persona(s) – territorio, surgen algunas tensiones que provienen sobre todo del Estado y la economía: la explotación de recursos naturales. Los caudales económicos generados por la explotación de recursos no renovables, han sido invertidos en mejorar la calidad de vida de los pobladores de las principales ciudades, evitando que las poblaciones afectadas por los daños ambientales y sociales a su territorio, sean beneficiadas con estos réditos económicos:

Durante dos décadas, la minería metálica de gran escala buscó insistentemente y sin éxito, desarrollarse en el Ecuador. El constante rechazo de las comunidades campesinas e indígenas del país hizo del Ecuador un referente exitoso de oposición, resistencia y freno a este tipo de actividad (Chicaiza, 2009, pág. 164).

Los intereses económicos han hecho parte de los problemas socio ambientales que se han generado entre el Estado y las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como protectores de sus territorios, de la vida y el agua bajo su cosmovisión. Posición que en todas las ocasiones se ha transformado en una pugna de mantener argumentos válidos para sus teorías y justificación de sus actuaciones frente a la explotación de recursos naturales.

Entonces, ¿cómo resolver estas tensiones entre la población, su territorio y el extractivismo? En principio, la Constitución de la República del Ecuador contempla como modelo de desarrollo un fundamento transversal en lo social, económico, cultural y natural: el *sumak kawsay*, que conceptualmente y a modo

general propone la armonía entre el ser humano y la naturaleza en términos productivos. Sin embargo, la falta de legislación limita o vulnera el derecho de participación de los pueblos indígenas por no efectuarse la consulta previa frente a la concesión de áreas para la minería a gran escala.

1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo garantizar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo de participación dirigido a las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en Ecuador frente a la explotación minera a gran escala llevada a cabo en los territorios indígenas, comunitarios y ancestrales?

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. TEMÁTICA

La temática planteada se fundamenta en la línea de investigación: *Desarrollo de modelos de fortalecimiento organizativo, social y cultural para el Buen Vivir*. Esta línea se encauza en investigar aspectos relacionados a la situación puntual regional donde la interculturalidad es un hecho social amplio en los procesos históricos de construcción del territorio. El área temática definida se relaciona con tres aspectos claves: identidad cultural, la memoria social y el desarrollo local. Así, la problemática señalada en la presente investigación se centra en tres perspectivas de aproximación delimitadas, por la universidad, en el marco de esta línea:

1. Los derechos humanos, la violación de los mismos en la zona norte y la generación de acciones y estrategias encaminadas a solventar desigualdades, discriminaciones y demás aspectos relacionados al tema.
2. Género y cultura, como una aproximación a las necesidades de la población desde esta perspectiva y con el fin de implementar y generar una conciencia social frente a las inequidades de género.

3. Patrimonio cultural y desarrollo local, como un mecanismo de auto reconocimiento e interculturalidad, hacia el fortalecimiento de los procesos comunitarios y de la cultural local.

1.4.2. TEMPORAL

La investigación se plantea con miras a analizar la situación jurídica formal y material actual del derecho a la consulta previa, libre e informada dirigido a las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas; partiendo desde la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (2008), la cual distingue a la consulta previa como un derecho colectivo de participación.

1.4.3. ESPACIAL

La investigación se concentra en analizar el derecho a la consulta previa dentro del territorio nacional frente a la explotación minera a gran escala. Para ello se servirá de instrumentos jurídicos internacionales de carácter vinculante para el Ecuador, la normativa nacional vigente y eventualmente se efectuará alguna mención respecto de legislaciones de otros países.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar el derecho constitucional a la consulta previa como un derecho colectivo de participación de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en Ecuador frente a la explotación minera a gran escala.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Examinar la situación jurídica formal y material del derecho a la consulta establecido como un derecho colectivo y de participación de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas.

Determinar el contenido y alcance de la consulta previa a las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas como derecho colectivo de participación frente a la explotación minera a gran escala llevada a cabo en territorios comunitarios y ancestrales.

Verificar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en Ecuador, respecto a los proyectos emblemáticos de minera a gran escala llevada a cabo dentro de sus territorios comunitarios y ancestrales.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. TEÓRICA

En la Constitución del Ecuador (2008) se reconoce los derechos colectivos a aquellas minorías que históricamente se han encontrado en desventaja, particularmente las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; sin embargo, no basta que estos derechos sean recogidos en el texto constitucional, sino que existe la necesidad de verificar su pleno ejercicio. Razón por la cual, el análisis jurídico y fáctico de la consulta previa, libre e informada como un derecho colectivo esencial recogido tanto por el sistema jurídico nacional como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se justifica por cuanto teóricamente aporta a la disciplina del derecho constitucional.

2.1.2. PRÁCTICA

El tema seleccionado aporta en la práctica del derecho constitucional, en virtud de que se muestra la marcada tendencia a “consultar” las decisiones ya tomadas de forma unilateral por parte del Estado, esto es, la firma contratos o la entrega concesiones obviando la obligación de prever los mecanismos de participación adecuados que permitan ejercer efectivamente el derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada; situación que genera afectaciones económicas, ambientales y sociales. Por ello, es vital garantizar la aplicación efectiva de los derechos en concordancia con la normativa nacional e internacional fomentando el respeto a los derechos fundamentales reconocidos.

2.2. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen una existencia previa a los Estados, una sabiduría y un derecho propios, anteriores al conocimiento y al derecho estatal; esto les ha permitido trascender la invasión y el

genocidio y que hace posible su prevalencia como pueblos, además del reconocimiento de una serie de derechos de carácter colectivo.

2.2.2. DERECHOS COLECTIVOS

Los derechos colectivos constituyen atribuciones o facultades jurídicas, que poseen la característica fundamental de constituir Derechos Humanos específicos, en virtud de que corresponden a un segmento específico de la población, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial y no solo formal; es decir, que permiten defender su existencia como grupo y su autonomía. Son parte de los llamados derechos de tercera generación, se reconocen como consecuencia de las demandas sociales colectivas; en consecuencia, se trata de derechos cuyo titular es “una colectividad que no puede ser individualizada” (López, 2016, pág. 13).

2.2.3. DERECHO DE PARTICIPACIÓN

La Organización de los Estados Americanos (OEA) prevé el derecho de participar en la adopción de decisiones en todas aquellas cuestiones que afecten los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; en ejercicio de su derecho a la libre determinación y autogobierno:

Este derecho dimana del derecho a la libre determinación de los pueblos, previsto en el art. 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sánchez, 2012, pág. 172).

El derecho a participar en decisiones que afecten sus derechos forma parte de los llamados “derechos políticos” de participación contenidos, también, en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.2.4. LA CONSULTA

La consulta constituye un derecho conformado por:

... un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la adopción de medidas internas, la integridad cultural, el derecho a la no discriminación y el derecho a la propiedad, y los derechos conexos como se indica en las declaraciones y decisiones del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte IDH, respectivamente (Patiño, 2013, pág. 82).

Por tanto, la consulta es un derecho adquirido en virtud de las constantes luchas sociales del movimiento indígena y consiste, fundamentalmente, en “un proceso, que permite el diálogo, el consenso, la reflexión y la resolución de conflictos, en este caso entre las comunidades y el Estado” (López, 2016, pág. 12).

La consulta concebida como un principio de Derecho Internacional se fundamenta en el respeto a la cultura propia o identidad cultural de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Además, es “una evidencia de la democracia sustancial, que reconoce y garantiza la participación de todos, no solo de las mayorías” (Sánchez, 2012, pág. 172).

2.2.5. ACTIVIDAD MINERA

La Corte Constitucional del Ecuador ha determinado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Minería, en relación a las fases de la actividad minera, que “son actividades que se realizan en orden secuencial” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, pág. 11). De modo que, no es posible realizar la explotación sin que previamente se hayan desarrollado actividades de prospección y exploración; y al tiempo, no es posible llegar a la fase de comercialización si es que previamente no se ha realizado la fase de explotación. De esta manera, debe entenderse que, al hablar de “explotación minera”, se incluye a toda la actividad minera en sus distintas fases.

2.3. REFERENTES TEÓRICOS

La consulta previa en el Ecuador ha sido un tema tratado insistentemente por diversos autores, como Joaquín López (2016), en su obra: “La consulta libre, previa e informada en el Ecuador”; o, Edwar Vargas (2018), quien presenta “Una

mirada crítica del derecho a la consulta previa, libre e informada”. No obstante, uno de los enfoques que más relevancia ha tenido respecto a este derecho es la consulta previa como un derecho de participación; en virtud de aquello Nora Fernández (2020), desarrolla su investigación intitulada “La Consulta Previa, un Derecho de Participación”; por otra parte, Susy Garbay (2015), determina en su trabajo los “Límites y alcances del derecho a la participación”, a través de un análisis del proyecto minero Mirador.

Se trata de un derecho fundamental y de gran envergadura, principalmente por encontrarse dirigido a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, razón por la cual autores como José García (2015), en su artículo: “La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas”; o, Cristian Rodríguez (2020), en su investigación “La consulta previa como derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del caso Río Blanco”, hacen hincapié en ese aspecto del derecho a la consulta previa.

Indudablemente, se ha presentado una serie de conflictos en torno al ejercicio de la consulta previa como derecho colectivo de participación, y en virtud de aquello, también, hay quienes se han ocupado de analizar una posible vulneración o violación de este derecho tal es el caso de Bairon Guamán (2016), en su estudio: “Violación al derecho a la consulta previa de las nacionalidades indígenas, en la explotación de los recursos no renovables en sus tierras”.

Finalmente, con estos antecedentes teóricos es vital conocer respecto a los principales contenidos que se manejan y sustentan la presente investigación:

2.3.1. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A pesar de los históricos atropellos e injusticias y, precisamente por ellos, encontramos a los pueblos indígenas “defendiendo su existencia, su sabiduría y su derecho, siendo trascendental para esta defensa, la propiedad y control real que puedan tener sobre sus territorios, a fin de permitir el mantenimiento de la armonía

ecológica en el planeta” (Sánchez, 2012, pág. 172); y en tal virtud, se hace efectivo el reconocimiento de derechos propios y de orden colectivo.

2.3.1.1. Autodeterminación y Autogobierno

En Latinoamérica los movimientos indígenas han luchado constantemente por reivindicar sus derechos, poder autodeterminarse y evitar seguir siendo marginados; por siglos y especialmente dentro del Ecuador:

El Convenio No. 169 consolida el concepto autodeterminación de los pueblos indígenas sin modificar el carácter político liberal del Estado-nación respecto a la autodeterminación indígena; ello significa que no coadyuva a superar aspectos socioeconómicos y jurídicos generados por la injusticia cultural e injusticia distributiva (Narváez, 2017, pág. 189).

Existe, según López (2016), un gran número de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que habitan dentro de la circunscripción territorial ecuatoriana, distribuidas en las tres regiones del país como se detalla en la Tabla No. 1: Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

2.3.1.2. Territorio y Ancestralidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha explicado reiteradamente, en su jurisprudencia, que el territorio comunitario y ancestral es uno de los elementos más importantes de protección para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; por cuanto, existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra; la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.

Efectivamente, los indígenas han adquirido el derecho a vivir libremente en sus propios territorios por el hecho de su propia existencia; por lo tanto, la relación que los indígenas mantienen con su tierra debe, necesariamente, ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 36).

2.3.2. DERECHO A LA PROPIEDAD Y RECURSOS NATURALES

La afirmación de que las comunidades y pueblos indígenas tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres se encuentra, estrechamente, relacionada con los recursos naturales que se encuentran dentro de los mismos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en que los integrantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen la titularidad de las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente y, por consiguiente, también de los recursos naturales que se encuentran dentro en ellas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la interconexión entre el derecho a las tierras y el derecho al uso y goce de los recursos. En razón de que los recursos que están protegidos por el derecho de propiedad comunitaria son los recursos que mantienen el estilo de vida, la cultura y la ancestralidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; en definitiva, son aquellos recursos necesarios para la supervivencia de las comunidades.

En consecuencia, el vínculo entre los pueblos indígenas y sus territorios se hace extensible a los recursos naturales, es decir, la titularidad de la tierra está ligada al uso de los recursos naturales debido a que sin ellos, seguramente, la supervivencia económica, social y cultural de esos grupos poblacionales se pondría en riesgo: “la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pág. 38).

2.3.2.1. Límites y Restricciones del Derecho a la Propiedad

Los derechos de propiedad, de igual manera que otros derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están sujetos a ciertos

límites y restricciones. Es el caso que, de conformidad con la Convención en su artículo 21, los intereses de la sociedad en general prevalecen sobre el uso y goce de los bienes particulares. Consecuentemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados tienen la facultad de:

... restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pág. 40).

Asimismo, el Tribunal Internacional ha establecido insistentemente que, en el caso de establecerse dichas restricciones del derecho a la propiedad, dentro de territorios ancestrales o comunitarios, el Estado debe cumplir con ciertas garantías en relación con cualquier actividad, en particular, aquellas propuestas relacionadas con concesiones madereras o mineras que pudieran afectar la integridad de las tierras y los recursos naturales que se encuentren dentro del territorio comunitario:

- a) La participación efectiva de los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de conformidad con sus costumbres y tradiciones;
- b) Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deben participar de los beneficios de cualquier actividad que se lleve a cabo dentro su territorio; y,
- c) No debe emitirse ninguna concesión dentro del territorio a menos que se realice un estudio previo de impacto social y ambiental.

El propósito de estas garantías mencionadas es preservar, proteger y garantizar la relación especial de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con su territorio, lo cual, garantiza su subsistencia como colectivo.

2.3.3. LA NATURALEZA Y EL MEDIO AMBIENTE

2.3.3.1. Derechos de la Naturaleza

El Ecuador, a través de su constitución considerada como garantista de derechos, se convierte en el primer país en el mundo en reconocer los "derechos de la naturaleza". De tal manera, el artículo 71 del texto constitucional indica al respecto que: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos" (Asamblea Constituyente, 2008).

Al considerarse a la naturaleza como sujeto de derechos, en lo que atañe a esta investigación, la CRE prevé la obligación estatal adoptar las medidas necesarias para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales generadas por la explotación de los recursos naturales no renovables; y, además, la obligación de establecer mecanismos eficaces para procurar una adecuada restauración del medio ambiente, independientemente de la obligación estatal de indemnizar a aquellos individuos y colectivos que pudieran verse afectados por las actividades extractivistas ejecutadas.

2.3.3.2. Derecho al medio ambiente

Como parte de los derechos de la naturaleza, la Constitución del Ecuador, prescribe que las comunidades, pueblos y nacionalidades son titulares del derecho a recibir beneficios del ambiente y, también, de aquellos recursos naturales esenciales y necesarios para la consecución de del buen vivir.

Este derecho se fundamenta principalmente en la participación efectiva de las comunidades, pueblos y nacionalidades interesadas en todas aquellas actividades que se efectúen en su territorio, en relación con los recursos naturales, y los impactos ambientales que pudieran generarse.

En conclusión, se constituye un principio de carácter ambiental que, establecido en el artículo 395 de la Constitución del Ecuador, requiere que se lleve a cabo una consulta a la comunidad respecto a cualquier tipo de decisión o autorización por parte del Estado que pudiera afectar al ambiente.

2.4. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El marco jurídico que tutela y establece los lineamientos para la aplicación del derecho de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador son los siguientes cuerpos normativos y jurisprudenciales, enunciados en atención al principio de jerarquía normativa, conforme al artículo 425 de la CRE:

- La Constitución de la República del Ecuador (2008);
- El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1998);
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007);
- La Declaración Americana los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016);
- La sentencia 001-10-SIN-CC dictada por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador (2010), respecto a los casos 0008-09-IN y 0011-09-IN;
- La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador (2012);
- La sentencia en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina (2020).
- La Ley de Minería (2009);
- La Ley Orgánica de Participación Ciudadana (2010);
- Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos (2012).
- Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa (2012).

2.4.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Cuando se hace referencia al Derecho Internacional, específicamente en cuanto a los instrumentos internacionales se refiere, es importante considerar que estos se dividen en dos categorías: el *hard law* y el *soft law*. Conforme a lo que indica la doctrina, el *hard law* hace referencia a los tratados, convenios, pactos, protocolos y reglas internacionales adoptadas por los Estados; y, cuya naturaleza jurídica requiere su ratificación ante el organismo internacional competente. Una

vez ratificados, estos instrumentos, adquieren el carácter de vinculantes y, en consecuencia, son de directa e inmediatamente aplicación para los Estados firmantes. Por otra parte, el *soft law* hace referencia a aquellos instrumentos jurídicos que requieren la firma, por parte del Estado, pero no su ratificación; lo que significa que: “reconoce derechos sin embargo no tienen mecanismos de protección internacional” (López, 2016, pág. 16).

Con esta breve introducción, el marco legal de la consulta previa está constituido, principalmente, por el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas; instrumentos que tienen el carácter de *soft law*. Efectivamente, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y se ve reflejado a través del Convenio No. 169 y la Declaración de la ONU que reconocen la titularidad de derechos humanos a pueblos indígenas.

Sin embargo, otro instrumento importante como lo es la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en sus artículos VI y IX, respectivamente, preceptúa el deber estatal de reconocer “el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo”, y “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración” (Rojas & Jacanamijoy, 2016).

2.4.1.1. Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

El Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1387, de 30 de abril de 1998, publicado en el Registro Oficial No. 311, de 6 de mayo de 1998. Constituye un instrumento *hard law*, por lo tanto, es vinculante para el Ecuador; y se fundamenta en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, particularmente el derecho a “ejercer control sobre sus

propias instituciones jurídicas y sociales, sus formas de vida, el desarrollo económico y el derecho a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones en el marco del Estado en el que viven” (López, 2016, pág. 16). Para el efecto, el Ecuador se reconoce y estructura como un Estado Plurinacional e Intercultural.

En los artículos 5 y 6, el Convenio, se establece el respeto a los valores, prácticas e instituciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y, también, el derecho a ser consultados previa la adopción de medidas sean legislativas o administrativas, siempre y cuando éstas puedan generarle una afectación directa. Ciertamente, la aplicación de este convenio, de acuerdo con García (2015), prevé dos obligaciones, primordialmente, para los Estados: (i) Efectuar la consulta a los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles directamente; y, (ii) Establecer los medios adecuados para que los pueblos interesados puedan participar en la adopción de decisiones.

Las mencionadas consultas deben llevarse a cabo a través de procedimientos adecuados y, particularmente, por medio de las instituciones representativas, además, es importante que se efectúen de buena fe conforme a lo que ameritan las circunstancias en que se desarrolla. El propósito de la consulta, establecida en el artículo 15 numeral 2 ibidem, esencialmente es consolidar u n acuerdo común entre las partes o, a su vez, obtener el consentimiento de la comunidad consulta respecto de las medidas propuestas, a través de procesos caracterizados por la buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias.

Al referirse a los recursos naturales se prevé, al respecto, una protección especial; en razón de que, el Convenio prescribe el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos que se encuentren dentro de los territorios comunitarios o ancestrales cuya propiedad corresponde por derecho a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

So pena de haberse establecido en la ley que la propiedad de los recursos corresponde al Estado, se constituye la necesidad y la obligación que de los gobiernos establezcan procedimientos adecuados “en miras a consultar a los pueblos interesados con la finalidad de determinar si los intereses de los pueblos son perjudicados” (López, 2016, pág. 16).

De modo que, definitivamente, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho y deben participar de los beneficios generados de cualquier tipo de actividades que se verifique con los recursos no renovables existentes dentro de sus territorios y, además, son susceptibles de percibir la correspondiente indemnización en razón de cualquier daño ambiental que pudiera resultar de dichas actividades previo a que ellas se emprendan o autoricen en sus tierras. Es decir, la consulta previa debe ejecutarse con anterioridad a la autorización de los proyectos sean de exploración o explotación de recursos naturales en tierras indígenas.

2.4.1.2. Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas

La Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, fue adoptada en septiembre de 2007 por la Asamblea General de la ONU, con el apoyo de 143 Estados. Al ser considerado como un instrumento normativo de *soft law* no es jurídicamente vinculante, es decir, no es de obligatorio cumplimiento para los países firmantes; de modo que su función es meramente declarativa u orientativa.

Efectivamente, conforme al artículo 43, la Declaración posee una gran relevancia social y política que "los gobiernos están en el deber moral de tomar en consideración estos aspectos para la implementación de cualquier medida relacionada con los pueblos indígenas" (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2007).

Respecto a la consulta, el artículo 19 de la Declaración en cuestión prevé que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con las

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por medio de sus instituciones representativas previo a la adopción de medidas que puedan afectar a sus tierras y a los recursos que en ellas se encuentran; con particular énfasis en la explotación de recursos minerales. La finalidad, de la consulta, es obtener el consentimiento libre, previo e informado de los directamente afectados por dichas actividades.

2.4.1.3. Declaración de la OEA sobre los Pueblos Indígenas

La Declaración de la Organización de Estados Americanos (OEA) o también denominada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se constituye como el primer instrumento jurídico adoptado por la OEA que “reconoce una serie de derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas en las Américas” (Rojas & Jacanamijoy, 2016, pág. 12). Entre esos derechos reconocidos por la Declaración, se encuentra el derecho a tomar sus propias decisiones como colectivo de manera libre con el objetivo de promover el desarrollo económico, social y cultural.

Precisamente, como parte fundamental de los derechos sociales, económicos y de propiedad, el instrumento jurídico en cuestión, determina el derecho que tiene las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en relación a las tierras y recursos que han poseído, ocupado, utilizado o adquirido tradicionalmente. Efectivamente, este instrumento jurídico, reconoce una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados Americanos para con los pueblos indígenas: (i) el derecho a ser consultados en la adopción de decisiones que afecten sus derechos y, (ii) el derecho a ser informados y consultados sobre proyectos o asuntos que se vayan a ejecutar en sus tierras a fin de obtener el consentimiento libre e informado antes de la aprobación de los mismos.

2.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

2.4.2.1. Caso Pueblo Sarayaku Vs. Ecuador

El caso data de 2003 y consiste, elementalmente, en una demanda del pueblo de Sarayaku contra el Ecuador. Los hechos trascendentales del caso son consecuencia del contrato para la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo Sarayaku, situación que se efectuó sin realizarse la consulta previa a la comunidad. Se trata de un contrato suscrito por el Estado ecuatoriano a favor de la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de una década de litigio dictó sentencia en el caso el 27 de junio de 2012; fundamentándose en los estándares internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, el Tribunal Internacional le dio razón al pueblo Sarayaku debido a que el proyecto petrolero fue impuesto por el Estado ecuatoriano, sin previamente brindado la información correspondiente, sin haber efectuado la respectiva consulta ni mucho menos haber obtenido el consentimiento del pueblo indígena directamente afectado.

En conclusión, la CIDH dictaminó medidas de reparación económicas, de restitución, simbólicas, disculpas públicas y garantías de no repetición a favor del pueblo Sarayaku, aspectos fundamentales para la consecución de la reparación integral por la afectación al ambiente y el menoscabo a los derechos colectivos del pueblo indígena, en cuestión. Por ello, la sentencia en este caso, en particular, constituye una contribución esencial para el reconocimiento y garantía de los derechos colectivos y de participación de los pueblos indígenas; en razón de que, es un aporte jurídico vinculante para el Estado Ecuatoriano y precedente obligatorio para todos los países del sistema de la Organización de Estados Americanos.

2.4.2.2. Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina

El 6 de febrero de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una Sentencia, mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República de Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades

indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra); en dicha sentencia el Tribunal señaló que:

... el derecho de propiedad comunitaria implica que las comunidades tengan participación efectiva, con base en procesos adecuados de consulta que sigan pautas determinadas, en la realización, por parte del Estado o de terceros, de actividades que puedan afectar la integridad de sus tierras y recursos naturales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 4).

Lo anterior, en atención a un puente internacional se construyó sin procesos previos de consulta adecuados. Por tanto, la Corte determinó que Argentina violó los derechos de propiedad y participación de las comunidades, incumpliendo los artículos 21 y 23 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del tratado. El tribunal ordenó, como medida de reparación, que el Estado responsable debe abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos en el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas.

Al tiempo, como parte de las medidas de no repetición, los representantes de las comunidades indígenas solicitaron a la Corte que “ordenara al Estado sancionar normativa nacional y provincial sobre consulta libre, previa e informada a comunidades indígenas por proyectos a ejecutarse en sus territorios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 116).

2.4.2.3. Sentencia No. 001-10-SIN-CC

La sentencia No. 001-10-SIN-CC, emitida el 18 de marzo de 2010 por la Corte Constitucional del Ecuador y publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 176 el 21 de abril de 2010, hace alusión a diversas disposiciones contenidas en la Ley de Minería; mismas que se encuentran en conflicto con normas, derechos y principios consagrados en el artículo 56 y 57 numeral 4, 5, 7 y 17 de la Constitución de la República del Ecuador. Se trata de disposiciones relacionadas con el derecho a la consulta (prelegislativa y consulta previa), con los derechos

colectivos y con los derechos de los pueblos indígenas respecto de sus territorios comunitarios y ancestrales.

El conflicto presente entre las normas referidas da lugar a una demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ley de Minería, por cuanto contradice a la norma suprema del Ecuador (Constitución); y, es la Corte Constitucional, en su calidad de máximo órgano de control, el encargado de resolver tales antinomias a través del control constitucional.

En relación con el derecho a la consulta prelegislativa y a su aparente incumplimiento, la Corte Constitucional determinó una constitucionalidad condicionada y estableció una serie de parámetros necesarios y adecuados con la finalidad de asegurar y garantizar los procesos de consulta prelegislativa. De acuerdo con el organismo de control constitucional, la condicionalidad de la ley se fundamenta en que se habría efectuado, en concordancia con la Constitución, el correspondiente proceso de información y participación previo a la aprobación de la ley en cuestión; sería esto suficiente debido a “la falta de cuerpo normativo, que debería regular el contenido de la consulta prelegislativa” (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

Finalmente, la Corte Constitucional determinó en relación al alcance de la consulta previa, libre e informada que el resultado de ésta no es vinculante. Por defecto, la actividad minera que se realice en los territorios comunitarios y ancestrales debe ser sometida al proceso de consulta que establece el artículo 57 de la Constitución hasta que la Asamblea Nacional, en virtud del principio de reserva de ley, expida la correspondiente ley que regule de forma oportuna y adecuada la forma y procedimiento especial y adecuado para la consulta previa, derecho colectivo de participación cuyos titulares son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

2.4.2.4. Sentencia No. 0038-13-IS/19

Se analiza el incumplimiento de la sentencia constitucional No. 0001-10-SIN-CC, la cual fue dictada por la Corte Constitucional y discutía la constitucionalidad de la Ley de Minería. En el estudio del caso los accionantes alegaron que la Corte había determinado el procedimiento mínimo para la realización de la consulta prelegislativa, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

Al respecto, la Corte concluyó que la única categoría normativa a través de la cual se puede regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, es una ley orgánica; al no existir delegación legislativa para regular el ejercicio de los derechos colectivos en cuestión, el Instructivo y el Reglamento dictados con esa finalidad, definitivamente no cumplirían con lo dispuesto en la sentencia No. 001-10-SIN-CC.

Finalmente, la Corte declaró: “el incumplimiento de la sentencia No. 001-10-SIN-CC, en relación a la regulación del derecho a la consulta prelegislativa y al derecho a la consulta previa” (Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza - Ecuador, 2021). Por consiguiente, la Corte dispuso que la Asamblea Nacional expida las leyes orgánicas correspondientes que regulen el derecho a la consulta previa y prelegislativa, en base a los parámetros establecidos en la sentencia No. 001-10-SIN-CC y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.4.3. NORMATIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA

2.4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El artículo 57 de la Carta Magna reconoce y garantiza el derecho a la consulta. Los sujetos a ser consultados son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas conforme a las disposiciones previstas en por la Constitución, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Ecuador.

El numeral 7, del artículo en cuestión, señala que la consulta a efectuarse debe cumplir con determinados parámetros. La consulta ha de efectuarse dentro

de un plazo razonable de manera previa, libre e informada. Coincide el numeral 17 ibidem al prescribir que la consulta debe efectuarse con anterioridad a la adopción de cualquier medida de carácter legislativa que pueda afectar derechos colectivos.

Una extensión, del derecho en cuestión, se detalla en el artículo 398 de la CRE: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia oportunamente” (Asamblea Constituyente, 2008). Finalmente, en cuanto al sujeto consultante la misma norma establece que se trata del Estado, a través de las autoridades competentes; efectivamente, la consulta debe realizarse de forma oportuna y con carácter de obligatoria.

2.4.3.2. Ley de Minería

El pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, de la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus facultades expide la Ley de Minería, publicada el 29 de enero de 2009 en el Suplemento No. 517 del Registro Oficial. La ley de Minería pauta “el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero” (Guamán, 2016, pág. 87), es decir, constituye el instrumento jurídico por medio del cual se posibilita las actividades mineras dentro del territorio ecuatoriano.

La Ley de Minería, en su artículo 16 prevé que los recursos no renovables son “de propiedad inalienable, imprescriptible, inembargable e irrenunciable del Estado” (Asamblea Nacional: Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2009). Por tanto, en compete al Estado el otorgamiento de concesiones mineras. Por otro lado, también prevé el artículo 87 ibidem, que corresponde al Estado ejecutar procesos de participación y consulta social. Se trata de informar adecuada y oportunamente a las autoridades competentes, a las comunidades y entidades sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos que la actividad minera genere; esto se detalla en el artículo 88 ibidem.

No obstante, respecto a la forma en que debe llevarse a cabo la consulta, específicamente lo que a los pueblos y nacionalidades indígenas se refiere, el artículo 90 de la ley minera establece la necesidad de un procedimiento “especial” y obligatorio, además de la consideración pertinente de los principios de legitimidad y representatividad que exigen que la consulta pertinente se efectúe a través de sus propias instituciones y en atención a sus costumbres.

2.4.3.3. Ley Orgánica de Participación Ciudadana

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana fue publicada el 20 de abril de 2010, en el Suplemento No. 175 del Registro Oficial. Esta ley ubica el derecho a la consulta dentro de los denominados mecanismos de participación ciudadana; para el efecto reconoce y garantiza, en el artículo 81, el derecho a la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo, cuyos titulares son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Por otro lado, en el artículo 83 ibidem, se prevé en caso de no obtenerse el consentimiento, de la comunidad indígena respecto a la ejecución de un proyecto dentro de sus territorios, sea la autoridad administrativa competente quien decida; para ello se le otorga la facultad de tomar la decisión a través de una resolución. Se trata en esencia de una decisión de orden administrativo que, en teoría, debe establecer los parámetros que minimicen el impacto social y ambiental; además debe establecer métodos de mitigación, compensación y reparación de daños, así como también integrar laboralmente a la comunidad en el proyecto que se vaya a ejecutar. El objetivo es crear y fomentar condiciones necesarias y adecuadas que garanticen la dignidad humana durante la ejecución del proyecto.

2.4.3.4. Reglamento para la ejecución de la Consulta Previa

Rafael Correa Delgado, en su calidad de Presidente Constitucional del Ecuador, expide en el año 2012 el Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y

bloques hidrocarburíferos; en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 147, numeral 13, de la Constitución.

Este instrumento normativo publicado el 02 de agosto de 2012, en el Registro Oficial No. 759, tiene por objeto reglamentar el proceso de consulta previa que debe llevar a cabo la Secretaría de Hidrocarburos para los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos, de conformidad con su artículo 1. El reglamento se aplica a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas asentadas dentro de las áreas de influencia, objeto de los procesos licitatorios o de asignación, que realice la Secretaría de Hidrocarburos, de conformidad con la Constitución y la Ley de Hidrocarburos.

2.4.3.5. Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa

El Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución, expide el Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 733 el 27 de junio de 2012.

Este instrumento, de conformidad con su artículo 1, regula el ejercicio del derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano y el pueblo montubio, a ser consultados previo a la adopción de una medida legislativa que podría afectar sus derechos colectivos.

De conformidad con este Instructivo la finalidad de la consulta prelegislativa es promover un proceso de participación que permita a las comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas y demás titulares de derechos colectivos pronunciarse sobre proyectos de ley que podrían afectar sus derechos. Por tal motivo, la consulta prelegislativa debe regirse por los principios de oportunidad, plazo razonable, buena fe, interculturalidad y plurinacionalidad, información veraz y suficiente; y, autonomía.

En este contexto, el artículo 6 del Instructivo, prevé que la consulta prelegislativa se desarrolle en cuatro fases: 1) Fase de preparación; 2) Fase de convocatoria pública; 3) Fase de información y realización; y, finalmente, 4) Fase de análisis.

2.5. SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS

La intención es descomponer los objetivos específicos, de la investigación, en los elementos que los componen; indicando la forma en que se miden o analizan con la finalidad de cumplir el propósito de la investigación. Se detalla en la Tabla No. 2: Matriz de relaciones teóricas.

CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación por su carácter y naturaleza fue realizada y fundamentada en el paradigma cualitativo que “se orienta a descubrir el sentido y significado de las acciones sociales” (Posso, 2011, pág. 25). Se interesa por comprender la conducta humana y se fundamenta en la realidad. La investigación cualitativa se enfoca en “comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (Hernández, 2014, pág. 358).

El enfoque cualitativo, en esta investigación, de acuerdo con Hernández (2014), utilizó la recolección, revisión y análisis de tratados internacionales y normativa constitucional, legal y reglamentaria, además del desarrollo jurisprudencial para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso investigativo con el fin de determinar la afectación del derecho de participación de los pueblos indígenas al no haberse legislado la consulta previa frente a la minería a gran escala.

3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.2.1.1. Nivel descriptivo

La investigación constituye un estudio de carácter descriptivo, en razón de que se quiere conocer el alcance y eficacia de la consulta previa, libre e informada frente a programas o proyectos de explotación de recursos naturales que puedan afectar territorios ancestrales, generar conflictos socio ambientales o limitar el derecho de propiedad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Este nivel de investigación no se basa en la recolección de datos, sino en el análisis minucioso de teorías o de una hipótesis que nos planteamos y la identificación de un problema actual que vamos a investigar y así generar un

análisis de la posible afectación al derecho de participación contenido en la Constitución de la República del Ecuador.

3.2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.2.2.1. Documental

La investigación se funda en un diseño documental, que trata sobre la revisión de tratados internacionales y normativa constitucional, legal y reglamentaria, además del desarrollo jurisprudencial, en atención a la afectación del derecho de participación de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas al no haberse legislado la consulta previa frente a la minería a gran escala.

3.2.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.3.1. Método socio-jurídico

Se emplea en la investigación el método socio-jurídico, en vista de que los elementos a tratar se enmarcan plenamente en el ámbito social, por cuanto versa sobre la afectación del derecho de participación de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas al no haberse legislado la consulta previa frente a la minería a gran escala.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.3.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL

Se lleva a cabo la recolección, revisión y análisis de tratados internacionales y normativa constitucional, legal y reglamentaria, además del desarrollo jurisprudencial para establecer y sentar bases teóricas respecto al tema propuesto. Además, de formular un criterio sobre la afectación al derecho de participación a la

consulta previa de comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas frente a la minería a gran escala en territorios comunitarios y ancestrales.

3.3.2. INSTRUMENTOS

Los instrumentos le sirven al investigador para “conocer los antecedentes de un ambiente, así como las vivencias o situaciones que se producen en él y su funcionamiento cotidiano y anormal” (Hernández, 2014, pág. 415). Razón por la cual, para operativizar la técnica seleccionada es necesario la utilización de una serie de instrumentos de investigación que permitan captar y organizar la información, siendo imprescindible, para ello, el material documental o bibliográfico como:

- Textos jurídicos, artículos científicos, tesis y trabajos finales de grado.
- Tratados internacionales, normativa constitucional, legal y reglamentaria, y jurisprudencia

3.3 PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Se pretende examinar la situación jurídica formal y material del derecho a la consulta desde la perspectiva de los derechos colectivos de participación, cuyos titulares son las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas; de conformidad con la normativa legal aplicable al caso de estudio. Inicia con la revisión y análisis del bloque de constitucionalidad, seguido de un bloque de legalidad.

En atención a lo anterior, es preciso determinar el contenido y alcance del derecho a la consulta previa cuyo titular son las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas frente a la explotación minera a gran escala llevada a cabo en territorios comunitarios y ancestrales, con base al ordenamiento constitucional ecuatoriano y la normativa Internacional, para conocer si es fundamentalmente necesaria una norma que regule al derecho en cuestión.

Finalmente, se intentará verificar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa en Ecuador respecto a la explotación minera a gran escala dentro de sus territorios comunitarios y ancestrales. Para ello se toma en consideración los casos más emblemáticos de minería en el país, mismo que se analizan para el efecto.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. LA CONSULTA: SITUACIÓN JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL

El Ecuador se define como un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la voluntad soberana del pueblo es el fundamento de la autoridad, por lo tanto, es el Estado el llamado a establecer un espacio de diálogo que fomente la participación de los ciudadanos en ejercicio de su poder. En virtud de esto, la consulta previa ha sido incorporada en la legislación nacional como un mecanismo para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos colectivos que poseen las comunidades frente a potenciales daños ecológicos, culturales o sociales debido a la ejecución de proyectos de exploración y explotación en áreas donde habitan dichas comunidades, así como también por medidas legislativas o administrativas que puedan afectar la existencia de los pueblos indígenas.

Efectivamente, el sistema jurídico ecuatoriano ha reconocido a la institución de la consulta previa como parte de los derechos colectivos en la Carta Política de 1998 y en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en su artículo 84 numeral 5, estableció por primera vez dos tipos de consulta:

- 1) La consulta previa, libre e informada como un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas para el caso de actividades extractivas de recursos naturales no renovables en territorios de pueblos indígenas o que pueda alterar la forma de vida de las comunidades indígenas.; y,
- 2) La consulta ambiental como derecho difuso de todas las personas sobre cualquier actividad que pueda generar incidencia ambiental.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), por otro lado, conserva la institución de la consulta ambiental, no obstante, extiende el alcance de la consulta previa a la adopción de medidas legislativas que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, reconoce dos tipos de consulta; el primer tipo de consulta, establecida en el artículo 57 de la CRE,

constituye un derecho colectivo cuyos titulares son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y posee un doble alcance:

- 1) La consulta previa, libre e informada, prevista en el numeral 7 ibidem, se aplica a la prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras comunitarias y ancestrales; y,
- 2) La consulta prelegislativa, determinada en el numeral 17 ibidem, se efectúa previa a la adopción de cualquier medida legislativa que pueda afectar los derechos colectivos.

Es decir, la consulta previa puede ser observada desde dos perspectivas: (i) como un derecho constitucional de los pueblos y nacionalidades indígenas; y, (ii) como requisito previo a la expedición de una ley. Por otro lado, el segundo tipo de consulta, de carácter ambiental, se efectúa a toda la comunidad según lo prevé el artículo 398 de la Constitución.

4.1.1.1. Consulta previa, libre e informada

Tanto el Convenio No. 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas han regulado el alcance, características y límites del derecho de consulta previa, libre e informada; no obstante, la consulta previa establecida en el artículo 57 numeral 7 de la CRE, constituye: “un principio jurídico que se encuentra reconocido, garantizado y desarrollado a través de varias cuerpos normativos, tratados internacionales y precedentes jurisprudenciales” (López, 2016, pág. 12).

En virtud de aquello, la consulta previa se prevé dentro de un plazo razonable respecto a determinadas actividades relacionadas, específicamente, con los recursos que se encuentran en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y, que puedan afectarles ambiental o culturalmente: “planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables” (Asamblea Constituyente, 2008).

Así mismo, este tipo de consulta se prescribe con el propósito de que los pueblos y nacionalidades indígenas puedan participar de “los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen” (Asamblea Constituyente, 2008). Para el efecto, las autoridades competentes deben realizar la consulta oportunamente y con carácter de obligatoria; no obstante, en el supuesto caso de no obtenerse el consentimiento de la comunidad consultada, se deberá proceder conforme lo dispone la Constitución y la ley.

Este tipo de consulta ha sido desarrollada a través del Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos que prevé varias disposiciones con el objeto de regular los procedimientos y mecanismos de participación para llevar a cabo la consulta previa, en casos de actividades de extracción hidrocarburífera.

En efecto, este instrumento desarrolla los mecanismos de participación, identifica los actores que deben intervenir, los procedimientos administrativos, los beneficios sociales cuyos beneficiarios son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas; además determina las condiciones necesarias para brindar legitimidad, seguridad y certeza jurídica a los procesos de explotación de los recursos hidrocarburíferos en el Ecuador.

Dentro de este contexto, la consulta previa, libre e informada se define como un instrumento de participación e información, que obligatoriamente debe realizarse, “previo a la adjudicación o asignación de los bloques o áreas con la finalidad de garantizar el acceso a la información sobre el plan o programa que eventualmente podría ser desarrollado” (Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe, s/f). Asimismo, se reconocen diversos espacios de participación, entre ellos: audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo, talleres de información y socialización, campañas de difusión a través de los medios de comunicación, etc.

Si bien es cierto, el Reglamento, establece a la consulta previa libre e informada como un mecanismo de participación social cuya finalidad es considerar los criterios y las observaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para contribuir en la gestión de la política pública sectorial así como también fomentar la participación de los colectivos en la toma de decisiones; no obstante, se establece en el artículo 17 inciso 4, que los criterios que resulten del proceso de consulta previa, solamente serán considerados en la toma de decisiones de los planes y programas, si estos son técnicos, económicamente viables y legalmente procedentes. Es decir, las disposiciones contenidas en el instrumento referido, son exclusivamente aplicables a procesos de licitación y asignación de bloques hidrocarburíferos, limitando el ejercicio del derecho a la consulta previa, únicamente a este tipo de actividades.

Por consiguiente, se verifica un incumplimiento parcial en relación a la regulación del derecho a la consulta previa respecto a la explotación minera a gran escala. Además, el proceso de consulta previa al encontrarse reglamentado a través de este instrumento jurídico puede ser impugnado en sede administrativa, en primera instancia ante el Secretario de Hidrocarburos, y en segunda y definitiva instancia ante el Ministro Sectorial.

4.1.1.2. Consulta prelegislativa

La Constitución reconoce, en el artículo 57 numeral 17, el alcance prelegislativo de la consulta dirigida a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas previo a la adopción de una medida legislativa; más aún si dicha medida pudiera afectar los derechos colectivos. Por tanto, esta institución jurídica no es comparable a la consulta previa, libre e informada prescrita en el artículo 57 numeral 7 ni tampoco con la consulta ambiental del prescrita en el artículo 398; por cuanto, esta última es dirigida a la comunidad en general.

La Asamblea Nacional, a través del Consejo de Administración Legislativa expidió un Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, misma que identifica, en su artículo 2, como finalidad de la consulta el generar un proceso de

participación de los indígenas en determinados asuntos que podrían afectar el ejercicio de sus derechos colectivos y que se incluyen en proyectos de ley. En el artículo 3 *ibidem*, se prevé que este proceso debe regirse por principios de oportunidad, plazo razonable, buena fe, interculturalidad y plurinacionalidad, información veraz y suficiente, autonomía.

Asimismo, en el artículo 6 del referido instrumento, se establece que la consulta debe desarrollarse en una serie de fases: preparación, convocatoria pública, información y realización, para finalmente culminar en una fase de análisis y cierre:

- 1) Fase de preparación: a través de un acto administrativo, la Asamblea Nacional, debe determinar los asuntos que serán consultados, el procedimiento y tiempos establecidos para llevar a cabo el dialogo y la adopción de las respectivas decisiones.
- 2) Fase de convocatoria: mediante la cual se da inicio de forma oficial a la consulta prelegislativa dirigida a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que previamente se haya definido como potenciales afectados.
- 3) Fase de información y ejecución: corresponde a la etapa en la cual se proporcionará a las comunidades la información necesaria respecto de la norma que va a ser objeto de la consulta.
- 4) Fase de análisis: respecto a la última fase se prevé en el artículo 19 que, una vez procesados los resultados, se convocarán a audiencias provinciales, e inclusive a una denominada, “mesa de diálogo nacional”.

4.1.1.3. Consulta ambiental

La consulta ambiental regulada por el artículo 398 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y el artículo 82 de Ley Orgánica de Participación Ciudadana (2010), se trata de “un derecho ambiental general (un derecho difuso)

aplicable a toda la comunidad que tiene derecho a ser consultada cuando existe un riesgo ambiental” (López, 2016, pág. 14). Este tipo de consulta se efectúa previa a la adopción de decisiones que pudieran afectar positiva o negativamente el ambiente; y, está dirigida a la comunidad en general, independientemente, si está conformada por indígenas, mestizos, afroecuatorianos, blancos etc.

4.1.2. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO COLECTIVO

4.1.2.1. Derechos colectivos

La Constitución del Ecuador (2008) reconoce y garantiza, ampliamente, los derechos colectivos; en su artículo 56, reconoce como titulares de derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a el pueblo afro ecuatoriano, a el pueblo montubio y a las demás comunas que conforman el Estado ecuatoriano. Mientras que en el artículo 57, la Carta Magna reconoce, a estos grupos específicos de la población ecuatoriana, derechos colectivos que se relacionan particularmente con la presente investigación, puntualizando que dicho reconocimiento y garantía se fundamenta en la Constitución y otras fuentes normativas y jurisprudenciales cuya legitimidad constitucional se impone, por ende, su cumplimiento es obligatorio.

Efectivamente, dicho reconocimiento se prevé de conformidad con algunos pactos, convenios, declaraciones y tratados internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se trata de instrumentos internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por el Ecuador; sin menoscabo de los demás derechos que emana la propia condición humana. Estos instrumentos jurídicos conforman el bloque de constitucionalidad, mismo que debe entenderse como el conjunto normativo cuyas disposiciones, principios o valores, aun sin ser parte del texto constitucional, tienen un rango de aplicación constitucional y constituyen un lineamiento para efectuar el correspondiente control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales.

Por ende, los derechos colectivos reconocidos tanto por el texto constitucional como por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos constituyen valores, principios y reglas de directa e inmediata aplicación; y, es el Estado quien está llamado a proporcionar mecanismos adecuados de participación, con el propósito de garantizar los derechos en cuestión. Entre los derechos colectivos más relevantes que prescribe la norma suprema del Ecuador en su artículo 57, en favor de los pueblos indígenas, se destaca:

- a) El derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su propia identidad, sentido de pertenencia, tradiciones, formas de convivencia y organización social;
- b) El derecho a conservar la propiedad y mantener la posesión de sus tierras y territorios ancestrales; y, también el derecho a no ser desplazados de las mismas;
- c) El derecho a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de aquellos recursos naturales renovables que se encuentren dentro de su territorio;
- d) El derecho a la consulta previa, libre e informada respecto a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren dentro de su territorio ancestral. Además, el derecho a participar en los beneficios que esos proyectos proporcionen; y,
- e) El derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

4.1.3. LA CONSULTA PREVIA COMO DERECHO DE PARTICIPACIÓN

Como parte de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución de 2008 a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se encuentran aquellos derechos relacionados con la participación de estos colectivos en todos aquellos asuntos que les atañen. Por tanto, es posible enmarcar a la consulta previa

dentro del derecho de participación por cuanto: “La consulta es una forma de participación a través de la cual se hace manifiesta una voz colectiva” (Ávila, 2020, pág. 21). Esa opinión debe ser tomada en cuenta, en función del precepto constitucional que expresa que se tiene derecho a ser consultados en todos aquellos asuntos que pudieran afectarles.

Por tanto, en el presente apartado se intentará hacer un análisis jurídico y fáctico de la consulta previa, tratado como un derecho colectivo de participación recogido por el sistema jurídico nacional y ampliamente desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se analizan parámetros del derecho referentes al tiempo, al lugar y al modo de llevarse a cabo; pretendiendo dar respuesta a cuestiones específicas como son el propósito, la procedencia, el objeto, los sujetos, la forma de consultar y los respectivos efectos de las decisiones de los consultados.

La consulta previa vista como un derecho de participación, cuyo titular son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se encuentra desarrollado en varios textos de carácter nacional e internacional, los mismos que profundizan los efectos sociales y ambientales de la minería; en virtud de que la economía de muchos países se fundamenta en la extracción, producción y comercialización de materias primas a gran escala.

El vínculo es muy estrecho por cuanto las afectaciones sociales y ambientales son consideradas un problema con relevancia internacional, más aún cuando los actores son las comunidades y pueblos indígenas; los cuales reclaman la tutela de su derecho a la consulta como fundamento al reconocimiento y ejercicio pleno de los demás derechos colectivos:

En primer lugar, por la especial relación cultural, económica, espiritual que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual indica la importancia crucial del tema de la consulta previa en cualquier proyecto o medida que afecte su territorio y su relación con éste. En segundo lugar, por el gran número de proyectos y medidas existentes y potenciales, sujetos a consulta previa que son susceptibles de tener implicaciones y efectos significativos dentro de los territorios indígenas y sobre los recursos existentes en ellos (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009, pág. 25).

Existe siempre un argumento válido para estar a favor y en contra; efectivamente, la minería genera economía y esto valida la teoría que si se realiza bajo los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de protección y conservación del medio ambiente y de la participación y responsabilidad social conforme lo señala la Ley de Minería emitida el 29 de enero de 2009, los impactos deben ser mínimos en el medio ambiente y en el territorio que se haya concesionado para la explotación de los recursos.

En este orden de ideas, el derecho de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto de sus territorios y de los recursos que en ellos se encuentran se presenta con dos connotaciones:

- 1) La primera, referente a la “participación efectiva” en la cual las autoridades competentes tienen la obligación de “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pág. 41).

- 2) Por otro lado, la segunda connotación se refiere a la participación de los beneficios respecto de los proyectos que se lleven a cabo dentro de sus territorios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica, al respecto, que: “Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pág. 41). Sin duda, la primera connotación es la que atañe a la presente investigación y a la que se prestará vital interés.

4.1.3.1. Participación plena y efectiva

La Declaración de la Organización de Estados Americanos (OEA) que versa sobre los derechos de los pueblos indígenas prescribe respecto a los aportes de los sistemas legales y organizativos de los pueblos indígenas que éstos son titulares del derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de sus propios representantes elegidos de conformidad con: “sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas” (Rojas & Jacanamijoy, 2016, pág. 57).

En este sentido, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva en lo referente a la adopción de decisiones en aquellos asuntos que afecten directamente sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas. Razón por la cual, los estados tienen la obligación de:

celebrar las respectivas consultas, mismas que deben operar de buena fe con los pueblos indígenas afectados a través de sus instituciones representativas previo a la adopción u aplicación de cualquier tipo de medidas sean legislativas o administrativas que los afecte, a fin de “obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Rojas & Jacanamijoy, 2016, pág. 67).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, también ha insistido en la importancia de asegurar la participación efectiva de los pueblos o comunidades, en atención con sus costumbres y tradiciones, lo que requiere que se establezca una comunicación constante entre las partes. El ejercicio de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones como un mecanismo de democracia directa está íntimamente vinculado al derecho a la consulta, es decir, la participación se materializa por medio del derecho a ser consultados en las decisiones relativas a cualquier medida que los afecte, generalmente aplicado, para el respeto y garantía de sus territorios. Indudablemente, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deben ser

consultados de forma adecuada a través de sus instituciones representativas brindando protección a su identidad y cultura.

4.2. LA CONSULTA PREVIA: CONTENIDO Y ALCANCE

Históricamente, los procesos de resistencia de las poblaciones indígenas han provocado una serie de conflictos, generando, que estos colectivos demanden la necesidad de superar visiones integracionistas y exijan la posibilidad real de participar en la elección de modelos de desarrollo, reconocimiento y control de sus territorios y de los recursos naturales que en ellos se encuentran.

Así, desde la década de los 80 del siglo pasado, se generaron instrumentos internacionales que regulan, entre otras cosas, la institución de la consulta previa, tal es el caso del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, y más recientemente, en 2007, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas.

Se reconoce, entonces, este derecho a nivel constitucional en la mayoría de países en donde habitan pueblos indígenas, como un producto histórico social, cuyo diseño e institucionalización, según Vargas (2012), debe ser comprendido y explicado desde las condiciones sociales en que esta surge, es decir, en las contradicciones, conflictos y luchas en que esta institución se configura.

4.2.1. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado el derecho a la consulta, determinando que esencialmente se debe cumplir con tres presupuestos básicos que han sido determinados por diferentes instrumentos internacionales: ser previa, libre e informada. Sin menoscabo de otras características que la normativa interna y los precedentes jurisprudenciales han otorgado al derecho en cuestión.

4.2.1.1. Previa

En primer lugar, la Consulta debe ser previa, implica señalar un espacio temporal para satisfacerla de lo contrario no sería factible determinar si los intereses de los pueblos pueden resultar violentados. En efecto, la consulta debe ser anterior a la adopción de las medidas de manera que, los consultados cuenten con el tiempo suficiente para analizar y debatir el proyecto; para luego decidir sobre la base y en ejercicio de sus derechos: “En materia de consulta prelegislativa la característica de ser previa se ve manifestada en su ejecución de forma anterior a la presentación del proyecto legislativo y en casos de proyectos de desarrollo antes del inicio del proyecto” (López, 2016, pág. 25).

En efecto, la Constitución reconoce el carácter de “previo” de la Consulta en el numeral 7 del artículo 57 y señala en el numeral 7 el mismo artículo que la Consulta debe ser “antes” e la adopción de una medida legislativa. También, el Convenio de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, insisten en esta característica de la Consulta.

No obstante, hay quienes aseveran que la consulta no solamente debe ser previa sino “permanente” pues de esa manera se permitiría una participación plena y efectiva “en todos los niveles como la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen” (López, 2016, pág. 26).

4.2.1.2. Libre

La consulta debe ser libre, es decir que sea participativa en todas sus etapas, sin ejercer ningún tipo de presión o intromisión que pueda afectar a la decisión de los sujetos del derecho; implica no ser objeto de coerción alguna. Efectivamente, esta característica, implica que en caso de que los resultados del proceso de consulta sean contrarios a los intereses del Estado no deben generarse ningún tipo de represalias contra los pueblos consultados.

El Estado se convierte, entonces, en el garante del cumplimiento y respeto, particularmente, de esta característica antes, durante y después de todo proceso de consulta; lo cual implica, de conformidad con Carrión (2012), garantizar y respetar los procesos de consulta internos de cada comunidad, pueblo o nacionalidad desde la base de sus tradiciones y cultura propias.

4.2.1.3. Informada

En tercer lugar, la consulta debe ser informada, es una característica que se asocia con el derecho al acceso oportuno a la información; se trata de conocer el alcance de las medidas que van a ser adoptadas, evitando de sobremanera que esta información sea manipulada o engañosa:

La información sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, así como la información sobre las medidas legislativas que puedan afectar sus derechos debe ser objetiva y completa. Asimismo, el acceso a la información debe ser oportuno para conocer el alcance de las medidas a ser adoptadas o las normas a ser aprobadas (López, 2016, pág. 27)

El alcance al que hacemos referencia, principalmente se refiere a que las comunidades indígenas deben conocer de los posibles riesgos sociales y ambientales que conlleve la ejecución del proyecto, también llamado plan de desarrollo o inversión. Eso requiere, que el objeto de la consulta este plenamente determinado, individualizado y caracterizado de modo que los sujetos de la consultan puedan conocer íntegramente el contenido y alcance de la consulta.

Consecuentemente implica que, por parte del Estado, se proporcione toda la información del proyecto de forma oportuna y adecuada; así mismo que se entable una comunicación permanente y efectiva entre las partes interesadas. Indudablemente, esa comunicación debe ser constante debe, además, ser objetiva y completa; es decir, no implica una mera información o difusión pública de las medidas, planes o proyectos, sino que va más allá, pues es indispensable para comprender el alcance de efectos que podría tener cualquier medida atentatoria de derechos colectivos.

4.2.2. PARÁMETROS DE LA CONSULTA

Definitivamente, la consulta debe ser previa, libre e informada; no obstante, también es importante tomar en consideración las condiciones propias de los sujetos del derecho a la consulta, con el propósito de garantizar el ejercicio a este derecho y con base en la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas. Se trata de un derecho constitucional íntimamente relacionado con el derecho al territorio y, efectivamente a la libre determinación de los titulares del derecho.

En consecuencia, la naturaleza y el alcance de la consulta deben ser determinados teniendo en cuenta las particularidades de cada país, construyendo procesos democráticos que fomenten el ejercicio del derecho a la consulta previa.

4.2.2.1. Propósito de la consulta

Respecto al propósito de esta institución jurídica existen diferentes posturas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que las consultas “deben tener como fin llegar a un acuerdo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 60). Mientras, algunos autores manifiestan que el objetivo de la consulta es obtener el consentimiento previo, libre e informado de los consultados, es decir, la aceptación o no de la realización del proyecto o política pública o de la creación de una nueva norma jurídica que pueda generar algún tipo de afectación a los sujetos del derecho a la consulta.

Ésta, sin lugar a dudas, constituye una de las situaciones más controvertidas del derecho a la consulta pues se trata de obtener el consentimiento de la comunidad afectada. No obstante, ambas posturas coinciden en que la consulta consiste en un proceso que debe cumplir determinados requisitos o pasos que son, esencialmente: la socialización, el debate y la toma de decisión libre y autónoma. En razón de que, al existir la posibilidad de una afectación a los derechos colectivos, se pretende conocer e incluir el criterio de los sujetos de este derecho.

4.2.2.2. Procedencia de la consulta

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece, puntualmente, los casos en los cuales debe realizarse la consulta respecto de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: el primer caso, procede previo a la ejecución de proyectos de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables dentro de sus territorios; y, el segundo caso procede antes de la adopción de una medida legislativa relativa o que pudiera generar una afectación o vulneración de sus derechos colectivos:

La Consulta procede no solo cuando exista peligro inminente sino cuando haya impacto o lesión a la comunidad o al ambiente, como consecuencia de la actividad que pretendan realizar las autoridades o las empresas privadas concesionarias de una obra pública o de recursos naturales (López, 2016, pág. 30).

Ciertamente, en ambos casos, la consulta se procede ante una afectación inminente a la comunidad o al medio ambiente; o también, ante una posible vulneración de derechos. Sin embargo, también se prevé otro tipo de consulta aplicable previa a la adopción de decisiones que pudieran afectar positiva o negativamente el ambiente, la cual procede respecto de la comunidad en general, es decir, no individualiza el sujeto a consultarse.

4.2.2.3. Objeto de la consulta

La consulta tiene por objetivo garantizar una participación efectiva en la toma de decisiones; razón por la cual, su objeto debe estar adecuadamente determinado de modo que los sujetos consultados conozcan plenamente su contenido y alcance principalmente en los siguientes casos:

- Al considerar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (artículo 6 numeral 1 del Convenio No. 169 de la OIT – artículo 19 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas);

- Antes de explorar o explotar recursos naturales no renovables del subsuelo (artículo 15 numeral 2 del Convenio No. 169 de la OIT); y, previo a la utilización de tierras y territorios para proyectos mineros (artículo 30 numeral 2 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

4.2.2.4. Sujetos de la consulta

Según el marco jurídico ecuatoriano, las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas son titulares de derechos colectivos; por lo tanto, son estos hacia quienes se dirige la consulta previa, libre e informada. En este contexto, la consulta debe efectuarse a través de las estructuras representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas, en virtud de que el principio de representatividad es un componente fundamental. Para el efecto, se genera la necesidad de identificar dichas instituciones antes de realizar cualquier tipo de consulta.

Por otro lado, en cuanto al sujeto consultante, corresponde al Estado definir el ámbito de impacto de las medidas, planes o proyectos que se llevarán a cabo; consecuentemente se determina que el Estado es el encargado de celebrar las consultas con el objetivo de que los directa e indirectamente afectados puedan manifestarse al respecto.

4.2.2.5. Forma de la consulta

Se ha determinado ya, la obligación estatal de establecer y regular los mecanismos necesarios y adecuados para que la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas sea plena y efectiva. Sin embargo, en la legislación ecuatoriana, no se ha desarrollado suficientemente el derecho a la consulta ni se ha determinado un procedimiento especial y adecuado para cada caso particular; solamente se ha establecido las regulaciones respectivas en dos casos por medio del Instructivo de Aplicación de Consulta Prelegislativa y el Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos.

No obstante, se debe aplicar los procedimientos adecuados conforme a las circunstancias del caso y ante la falta un procedimiento estandarizado se debe adecuarlos a los parámetros establecidos en virtud principio de jerarquía normativa; por lo tanto, se debe tomar en consideración los lineamientos y directrices previstos en el bloque de constitucionalidad de acuerdo al contexto y a las particularidades de cada caso.

En consecuencia, el Estado debe establecer los medios adecuados para la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas a través de sus instituciones representativas, de conformidad con lo establecido en el Convenio No. 169 de la OIT en su artículo 6 en concordancia con los artículos 7 y 15 ibidem. Asimismo, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas a establecido la necesidad de que las consultas se efectúen de buena fe y conforme a las circunstancias del caso, con el objeto de construir un acuerdo u obtener el respectivo consentimiento previo a que las medidas, planes o proyectos propuestos se ejecuten.

4.2.2.6. Efectos de la consulta

Toda vez que se han cumplido con los requisitos sustanciales para efectuar un proceso de consulta, es necesario considerar los efectos de la misma. Por cuanto, en relación con la explotación de recursos no renovables dentro de territorios comunitarios y ancestrales, la mera consulta no es suficiente pues hace falta que se recabe de forma previa el consentimiento de estas comunidades indígenas.

La CIDH, en la sentencia del caso Saramaka Vs. el Estado de Surinam (2007), estableció varios lineamientos sobre la obligación estatal de consultar previo a la adopción de medidas que generen posibles impactos a gran escala; al respecto, manifiesta que se trata no solo de consultar sino también de obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos y nacionalidades indígenas, conforme a sus costumbres y a sus tradiciones.

Ciertamente, también el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado que se debe obtener el “consentimiento” de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo actividades de explotación en territorios indígenas. Si bien la consulta debería estar orientada a obtener el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, la normativa interna ecuatoriana relativiza sus efectos por cuanto, en Ecuador, si del proceso de consulta no se obtuviera dicho consentimiento, la decisión de ejecutar el proyecto puede ser adoptada por medio de una resolución motivada emitida por ministerio del ramo competente; esto lo prevé el artículo 87 de la Ley de Minería.

En efecto, en caso de no obtenerse el consentimiento el Estado acoge dicho pronunciamiento, pero se prosigue con el proceso conforme a la Constitución y a ley. Por lo tanto, en virtud del principio de reserva de ley debe ser promulgada, para el efecto, una ley que determine el procedimiento específico, la forma de la participación, los plazos y duración del proceso; además de los efectos jurídicos de las decisiones que resulten del proceso de consulta, es decir, si dichas decisiones son o no vinculantes respecto de los proyectos o medidas que se pretenden ejecutar o adoptar; caso contrario se actúa en contra a lo determinado por la Constitución y principalmente por los instrumentos internacionales.

Evidentemente, a partir de la Constitución de 2008 este aspecto no ha sido regulado a través de un cuerpo legal y procedimental específico sino a través de instructivos, reglamentos y resoluciones contradictorias (Tabla No. 3: Desarrollo normativo del Derecho a la Consulta); y tampoco dan mayores detalles al respecto a la forma de llevar a cabo el proceso de consulta, sus resultados y sus correspondientes efectos. Así, también la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social establece que se puede adoptar la decisión de ejecutar cualquier proyecto a través de una resolución administrativa, independientemente de si como resultado de la consulta previa se obtuvo o no el consentimiento de la comunidad o pueblo indígena afectado o interesado; es decir, la consulta y sus respectivos resultados no tienen un carácter vinculante en la adopción o ejecución de los proyectos.

Por otro lado, el máximo órgano de control constitucional del Ecuador, en su jurisprudencia, también establece que la consulta no tiene un carácter vinculante en la adopción de medidas o ejecución de proyectos del Estado o de sus instituciones. Entonces, si bien la consulta no es vinculante, los resultados de una consulta deben ser consideradas por las autoridades en el marco de su competencia. Pese a que como manifiesta el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaría, en el Caso No. 6-20-CP de 18 de septiembre de 2020:

... no se puede tomar una decisión sin considerar el resultado de una consulta, lo contrario sería desconocer el valor del pronunciamiento democrático ciudadano e ignorar que la comunidad se acerca más a la imparcialidad en la toma de decisiones públicas, en tanto y en cuanto tiene en cuenta las voces de los potencialmente afectados (Ávila, 2020, págs. 21-22).

En conclusión, el sistema jurídico ecuatoriano reconoce las opiniones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como titulares de derechos colectivos, empero dichas opiniones no son vinculantes para el Estado so pena de derechos más favorables contenidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos; mismos que son jerárquicamente superior a cualquier otra norma jurídica y cuyas disposiciones deberían prevalecer sobre resoluciones administrativas que determinen el procedimiento de la consulta.

4.2.3. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA CONSULTA PREVIA

Además de las reconocidas por el Derecho Internacional la consulta previa, libre e informada posee otras características con igual importancia y necesarias para el pleno ejercicio de este derecho de participación.

4.2.3.1. Adecuada y accesible

Indudablemente, debe propiciarse que la consulta sea adecuada y accesible; lo cual se viabiliza por medio de procedimientos culturalmente aceptados, conforme

a las tradiciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Razón por la cual se hace imprescindible la necesidad de un procedimiento estandarizado en consideración a la naturaleza y alcances de la consulta.

4.2.3.2. Oportuna y efectuarse en un plazo razonable

La consulta, de conformidad con los mandatos constitucionales, debe ser oportuna. El principio de oportunidad se traduce, nuevamente, en que debe llevarse a cabo “antes” de que se inicien las actividades objeto de consulta.; lo que va de la mano con otra característica de la consulta, reconocida por la Constitución del Ecuador, el plazo razonable. Pese a que esta característica no se ha desarrollado, debe entenderse de acuerdo el principio de buena fe. En razón de que el sujeto de la consulta debe tener el tiempo necesario y suficiente para procesar la información y, además, tener la libertad y la autonomía para tomar una decisión sobre el objeto de la consulta.

4.2.3.3. Buena fe y propender acuerdos

De conformidad con los diversos instrumentos internacionales el proceso de consulta previa debe realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados con un mínimo de requerimientos:

... la socialización, el debate y la toma de decisión libre y autónoma. Es decir, que el sujeto consultado deberá tener el tiempo suficiente para procesar la información y, lo fundamental, tener la libertad y la autonomía para tomar la decisión (Simbaña, 2012, pág. 6).

La consulta consiste, esencialmente, un procedimiento por el cual se pretende lograr un acuerdo común por medio de herramientas como el diálogo y la negociación de buena fe entre diversas partes. Por tanto, el principio de buena fe aplicado en la consulta previa se manifiesta en aquella voluntad del estado consultor para que la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena reciba información técnica, asesoría y sobre todo claridad sobre los efectos sociales y ambientales en los que se verán afectados en caso de aceptar el proyecto: “Más allá del principio de buena fe, también se ha desarrollado la necesidad de

suministrar información completa a las comunidades consultadas” (Morris, Rodríguez, Orduz, & Buriticá, 2009, pág. 40). En conclusión, no se trata de un simple trámite, sino que se trata de un mecanismo de participación basado en el diálogo y en el principio de respeto mutuo con la finalidad de alcanzar un consenso.

4.3. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Pese a los importantes cambios y avances que la Constitución de 2008 ha generado respecto al derecho a la consulta aún no se ha desarrollado en la legislación secundaria del país; debido a que los proyectos, en su mayoría, mineros además de distintas leyes han sido aprobados sin previa consideración de la opinión, aspiraciones, y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El problema radica en que la Constitución, otorga y a la vez restringe derechos estableciendo los denominados "candados jurídicos". Es el caso, en muchos Estados, incluido Ecuador, se consagra constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables forman parte del sector estratégico y por tanto pertenecen al patrimonio inalienable, inembargable e imprescriptible del Estado, es decir, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de la sociedad en general pese a encontrarse en territorios indígenas, ancestrales o comunitarios.

Entonces, en razón del “interés nacional” las disposiciones del orden jurídico interno de Ecuador son contrarias a las contenidas en los diferentes instrumentos internacionales. De manera que la consulta previa en el Ecuador no se materializa producto de la ausencia de legislación que desarrolle específicamente los procedimientos necesarios y adecuados, además de la ausencia de institucionalidad que regule el proceso conforme a los estándares internacionales en concordancia con el bloque de constitucionalidad.

4.3.1. LA CONSULTA PREVIA EN LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS

La explotación de los recursos se relaciona de manera directa con la resistencia de las comunidades o pueblos afectados debido a que la explotación minera y la intervención de agentes externos afecta sus prácticas tradicionales generando, así, cambios drásticos en la localidad en la que se desarrollan; y, consecuentemente, desencadenan diversos conflictos socio-ambientales. Razón principal por la que las comunidades afectadas manifiestan resistencia a este tipo de proyectos extractivistas debido a que “en la generalidad el proceso ha consistido en que los recursos de sus territorios son explotados, y no hay inversión pública en sus tierras, agotan los recursos sin beneficios para su comunidad” (Bustos, 2014, pág. 15),

Como ya se ha puntualizado anteriormente, la CRE reconoce el derecho a la consulta previa aplicada a proyectos de explotación de recursos naturales no renovables empero se ha reglamentado, únicamente, respecto de procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. En este ámbito de aplicación, la consulta constituye un espacio cuyo propósito es fomentar la participación social, específicamente, de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que se encuentran en el área de influencia, en la adopción de decisiones que puedan afectarles en cualquier ámbito ya sea social, cultural o ambiental.

4.3.1.1. Explotación de recursos naturales

El Ecuador ha configurado un marco legal e institucional para llevar a cabo la explotación minera a gran escala, considerando a la minería como una de las formas principales de obtención de recursos para el Estado y el cumplimiento de los objetivos nacionales de desarrollo. En este contexto, los recursos naturales no renovables del territorio ecuatoriano pertenecen al patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado. En consecuencia, la normativa nacional e internacional no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y, al mismo tiempo, de forma contradictoria se ha establecido que los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos.

El propósito de aquello es preservar, proteger y garantizar la relación que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen con su territorio; entonces, todas aquellas actividades que puedan afectar la integridad de las tierras y de los recursos naturales que en ellas se encuentran deben seguir ciertas pautas, principalmente: “la participación efectiva de las comunidades afectadas; su beneficio en términos razonables y la previa realización de estudios de impactos sociales y ambientales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 37).

Efectivamente, en el caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam (2007) se establece que el Estado que quisiera restringir los derechos a la propiedad comunal de los miembros de pueblo indígena, debe consultar a las comunidades y pueblos indígenas directa o indirectamente afectados en relación a los proyectos que se pretendan ejecutar en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios con ellas; y, adicionalmente realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

4.3.1.2. Estudio de impacto ambiental

El convenio No. 169 en su artículo 7 numeral 3, y otros instrumentos como la Carta Mundial de la Naturaleza o la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo prevén que se efectúe estudio de impacto ambiental como un requisito previo. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que este no debe realizarse como una mera formalidad sino, más bien, que dicho estudio debe posibilitar la evaluación de alternativas y la adopción de medidas de mitigación de impacto y debe llevarse a cabo como parte de una evaluación de impactos ambientales y sociales, para lo cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) ser previo a la decisión de llevar a cabo el proyecto o a la realización de la actividad; b) elaborarse por entidades independientes, bajo supervisión estatal; c) considerar, en su caso, los impactos acumulados de otros proyectos existentes o propuestos, y d) permitir la participación de personas o comunidades interesadas o posiblemente afectadas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, pág. 61).

De acuerdo con los pronunciamientos de la Corte, esta participación no es equivalente al ejercicio del derecho de consulta de los pueblos o comunidades indígenas, sino que debe entenderse como un requerimiento adicional a la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado.

4.3.2. PROYECTOS MINEROS EMBLEMÁTICOS

El Ecuador autodeterminado como un país intercultural y plurinacional se caracteriza y reconoce por su diversidad tanto natural como por la presencia de un sinnúmero de comunidades indígenas, tribales, campesinas o nacionalidades que habitan dentro de la circunscripción territorial ecuatoriana. Desde esta perspectiva la extracción de recursos naturales en tierras habitadas por pueblos indígenas podría convertirse en “un elemento clave para el desarrollo socio-económico de estos territorios y de estas poblaciones, que viven en una preocupante y persistente situación de pobreza, marginalidad y exclusión de la sociedad” (Fundación para el Debido Proceso Legal, s/f).

Sin embargo, y pese a los grandes avances en el reconocimiento constitucional y legal de los derechos colectivos y de participación, en la mayoría de casos, los integrantes de los pueblos indígenas se enfrentan a proyectos que se ejecutan o están próximos a ejecutarse dentro de sus tierras, sin previo aviso y sin ser consultados. Es decir, tienen que acceder por sus propios medios y con dificultades a la información sobre los proyectos y sus impactos o sobre la empresa ejecutante. Lo cual pone a las comunidades y pueblos indígenas en una situación de extrema vulnerabilidad frente a las empresas que llegan a sus territorios con contratos de concesión avalados por el Estado.

En efecto, en Ecuador se muestra la marcada tendencia a “consultar” las decisiones tomadas de forma unilateral por parte del Estado; fenómeno que se da con mayor frecuencia en cuanto a proyectos mineros se refiere, pues, la consulta a los pueblos indígenas ocurre con posterioridad al otorgamiento de concesiones o firma de contratos con las empresas encargadas de ejecutar proyectos

extractivistas. Finalmente, se desvirtúa claramente el derecho de consulta previa y lo convierte en un simple proceso de información. Pues, en casi todos los casos el proceso de consulta ocurre luego de que el Estado adopte una decisión unilateral, otorgando contratos a las compañías mineras:

Aunque el discurso oficial distingue entre minería legal e ilegal, en los hechos gran parte -por no decir toda- la minería realmente existente es ilegal: casi todos los proyectos han incumplido normas legales como la consulta previa, libre e informada o la publicación de catastros mineros, irrespetando la prohibición de minería en páramos y fuentes de agua (Corte Constitucional del Ecuador, 2020)

Indudablemente, esta situación se evidencia principalmente en los 5 proyectos de minería a gran escala (Figura No. 1: Proyectos Mineros Estratégicos), los cuales apuntan al país como un importante actor del sector minero en el mundo: Mirador, Fruta del Norte, Loma Larga, Río Blanco y Llurimagua.

4.3.2.1. Proyecto “Mirador”

En el año 2012 se firmó el primer contrato de explotación de cobre a gran escala entre el Estado ecuatoriano y la empresa Ecuacorriente S.A, el proyecto se ha denominado “Mirador” y se ubica en una zona vulnerable por su alta pluviosidad y actividad sísmica, así como también por su alta biodiversidad y territorio de la nacionalidad Shuar (Figura No. 2: Proyecto Mirador). Para el efecto, no se realizó ningún proceso de consulta a las comunidades indígenas que se encuentran ubicadas en la zona de incidencia, en el cantón El Pangui, provincia de Zamora Chinchipe.

En este proyecto en particular se hace evidente que, a pesar de estar reconocidos como derechos, tanto la consulta ambiental como la consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas no constituyen mecanismos reales de participación, ni tampoco tienen incidencia en las decisiones relacionadas con políticas estatales de extractivismo: “se subordinan a los intereses del desarrollo, noción que, aunque tome diversos nombres, sigue teniendo como sustento

ideológico el crecimiento económico y la mercantilización de la naturaleza” (Garbay, 2015)

4.3.2.2. Proyecto “Fruta del Norte”

El proyecto denominado “Fruta del Norte”, se ubica entre la provincia de Zamora Chinchipe y la provincia de Morona Santiago (Figura No. 3: Proyecto Fruta del Norte). Considerado como uno de los proyectos auríferos más grandes del país, se ejecuta por la empresa la empresa canadiense Lundin Gold Corp y se estima una vida útil de aproximadamente 15 años.

Fruta del Norte pese a proyectarse como un proyecto de “minería responsable” en Ecuador, no ha evidenciado un proceso de consulta previa y al igual que otros proyectos estratégicos se ha denotado oposición por parte de las comunidades que habitan en el área de influencia hacia el proyecto tanto por los impactos ambientales que genera como por la falta de información proporcionada respecto a los alcances e impactos del proyecto.

4.3.2.3. Proyecto “Loma Larga”

El proyecto denominado “Loma Larga” (antes Quimsacocha), constituye uno de los dos proyectos de minería a mediana y gran escala ubicados en la provincia de Azuay, considerado como un proyecto estratégico del Estado ecuatoriano (Figura No. 4: Proyecto Loma Larga). Su área de mayor incidencia se ubica entre los cantones cuencanos Girón y San Fernando. El proyecto está a cargo de la empresa INV Minerales Ecuador S.A., y tiene una vida útil de aproximadamente 12 años.

Sobre el proyecto, no existe evidencia alguna de que se haya efectuado un proceso de consulta previa, libre e informada para la ejecución del mismo, pese a tratarse de uno de los proyectos estratégicos de la cartera de Estado. Así en el año 2001 la empresa a cargo obtuvo, sin el consentimiento de las comunidades afectadas, la a concesión para la explotación minera.

4.3.2.4. Proyecto “Río Blanco”

El proyecto denominado “Río Blanco” (Molleturo), a cargo de la empresa minera china Ecuagoldmining South América S.A., se ubica en la provincia de Azuay entre las parroquias cuencanas de Molleturo y Chaucha; se estimó tendría una vida útil aproximada de 11 años y contemplaba la producción de oro, plata y cobre. Además, considerado como uno de los 5 proyectos estratégicos de la mega minería en Ecuador (Figura No. 5: Proyecto Río Blanco).

El proyecto, cuya concesión fue otorgada por parte del Estado ecuatoriano, presenta la particularidad de que su ejecución se paralizó en virtud de un fallo judicial; por cuanto, al igual que en otros proyectos de igual envergadura, no se efectuó la correspondiente consulta a las comunidades indígenas de la zona de influencia previo a iniciar las actividades mineras: “Su proceso de explotación dentro del proyecto ha causado ciertas violaciones de derechos como: los derechos de la naturaleza, de participación y la consulta previa que no se realizó dentro de las comunidades de Molleturo” (Rodríguez, 2020, pág. 49)

4.3.2.5. Proyecto “Llurimagua”

El proyecto minero de oro denominado “Llurimagua”, ubicado en la zona de Intag, en la provincia de Imbabura, cantón Cotacachi, parroquias García Moreno y Peñaherrera. El proyecto está a cargo de la Empresa Nacional Minera del Ecuador (Enami EP) y la empresa chilena Corporación Nacional del Cobre (CODELCO).

Previo al inicio de las actividades propias del proyecto, se habría obtenido la licencia ambiental con un estudio de impacto ambiental deficiente en cuanto a aspectos técnicos que un proyecto de tal envergadura requiere:

... el Ministerio del Ambiente (MAE), el 16 de diciembre de 2014, otorgó la Licencia Ambiental a Enami-EP para la fase de exploración avanzada de minerales metálicos de la concesión minera Llurimagua en un área de 700 hectáreas, sin contar con la información completa (Contraloría General del Estado Web site, 2019).

Según la Contraloría General del Estado en un informe emitido al respecto el 14 de marzo de 2019, el proyecto se caracteriza por no haberse efectuado el correspondiente proceso de consulta previa, pues en el informe de participación social del ministerio del ramo se fundamenta la decisión de no efectuar la consulta previa bajo el criterio de que “no es aplicable a Llurimagua”, es decir, la empresa obvió el proceso constitucional de consulta previa a las comunidades.

4.3.3. INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

De todo lo revisado, claramente distinguimos los dos tipos de consulta que la Constitución de 2008 reconoce: la consulta ambiental como derecho difuso de todas las personas, y la consulta previa como derecho colectivo dirigido a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Partiendo de esta distinción, de naturaleza y efectos, la legislación secundaria debería haber desarrollado de manera separada estos dos derechos en garantía del principio de reserva de ley; sin embargo, solamente se ha desarrollado en la legislación nacional la consulta ambiental. De este modo se produce una omisión legislativa y, además, un incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado con la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT y la aprobación de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana distingue los dos tipos de consultas, no obstante, remite su desarrollo a la Ley de Gestión Ambiental y su reglamento, cuerpos normativos que regulan específicamente la consulta ambiental. Lo que en definitiva estaría vulnerando o limitando el derecho a la consulta previa como derecho colectivo de participación de los pueblos y nacionalidades indígenas frente a planes y proyectos de minería a gran escala llevados a cabo dentro de sus territorios comunitarios o ancestrales.

En conclusión, esta situación ocasiona que la consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas sea asimilada como consulta ambiental y, por tanto, no se prevén los mecanismos de participación específicos que permitan ejercer efectivamente el derecho colectivo.

CONCLUSIONES

- Desde la Constitución del año 1998 se ha intentado desde el Legislativo transformar a nuestro país en un Estado incluyente que garantiza derechos tanto individuales como colectivos, mismos que en la mayoría de los casos han sido reconocidos, pero no se ha logrado garantizar su ejercicio pleno y efectivo.
- Si bien, la Constitución establece que el Estado la obligación de consultar a las comunidades antes de poner en marcha iniciativas de desarrollo que podrían afectarlas directamente; dicha obligación ha sido sistemáticamente eludida, pues de la revisión de los proyectos mineros emblemáticos se desprende que la consulta previa no se estaría cumpliendo y la consulta ambiental estaría siendo reemplazada por permisos o licencias que solicita el Ministerio de Ambiente según el nivel de desarrollo de los proyectos.
- Efectivamente, los pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva en la adopción de decisiones, para ello los estados tienen la obligación de celebrar las respectivas consultas, mismas que deben operar por medio de sus estructura organizativas y representativas, con la finalidad de obtener su consentimiento libre e informado; empero en la práctica, las comunidades indígenas se enfrentan al incumplimiento de la consulta previa, el acaparamiento de sus territorios y daños ambientales ocasionados por la minería a gran escala.
- La parte más controversial respecto de la consulta previa tiene relación los efectos que generan sus resultados. Pues se genera interpretaciones jurídicas totalmente opuestas: mientras las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sostienen que la consulta previa es jurídicamente vinculante, para los gobiernos de turno es todo lo contrario, la consulta es una referencia, un indicativo, pero la decisión final la tiene el Estado. El carácter no vinculante de los resultados, de la consulta previa, lesiona el derecho de participación de los pueblos indígenas en virtud de que varios instrumentos jurídicos, especialmente

la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hace hincapié en que el objeto de una consulta es “obtener su consentimiento”.

- La escasa normativa, referente a la Consulta Previa, desarrollada en Ecuador ha facultado que con un simple acto administrativo sea factible calificar a un proyecto como de prioridad nacional, lo cual minimiza el derecho a un escueto sondeo de opinión frente a una decisión unilateral del Estado. Finalmente, evidencia la falta de participación de los pueblos indígenas en decisiones estatales que los afecta. Al mismo tiempo que el Estado, justifica la realización de consultas previas, como requisitos para la implementación de leyes o de actividades extractivas en territorios indígenas, a través de meros procedimientos.

RECOMENDACIONES

- El derecho participativo que se ha consagrado por disposición constitucional debe ser leído integralmente al igual que otras disposiciones y aplicación de los derechos, principio de supremacía y bloque de constitucionalidad, por lo que cual debería existir legislación que regularice los procesos de consulta en el Ecuador.
- Se evidencia a través de los instrumentos internacionales la importancia y la relevancia respecto al respeto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual obliga a que los Estados incorporen mecanismos jurídicos a fin de establecer procedimientos adecuados y oportunos que protejan este derecho legítimo de consulta.
- El Estado no puede dejar de garantizar el efectivo ejercicio de derechos, particularmente el derecho a la consulta, y consecuentemente respetar y hacer respetar la decisión que los pueblos y nacionalidades indígenas adopten a través de sus estructuras organizacionales, en el marco del derecho a la autodeterminación. En consecuencia, para viabilizar el ejercicio de este derecho es propicio una interpretación de los derechos colectivos, particularmente el derecho a la consulta, de manera integral y sistémica, con el objetivo de comprender su alcance, contenido y mecanismos adecuados para efectuarse.
- Es pertinente determinar la necesidad un cuerpo normativo específico que identifique y regularice adecuadamente la forma de ejecutar el proceso de consulta previa con la finalidad de fomentar el derecho de participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en temas que les afecten de forma directa, principalmente en materia de minería dentro de sus territorios ancestrales y comunitarios. En virtud del principio de reserva de ley, el legislativo debe expedir, diligentemente, una ley orgánica que desarrolle integralmente el derecho a la consulta previa, libre e informada como un derecho colectivo fundamental, en concordancia con el bloque de constitucionalidad.

- Nuestra legislación interna no está suficientemente dotada de elementos claros que determinen el procedimiento que debe seguirse para cada caso, sino a través de reglamentos y resoluciones respectivos en materias específicas. Por lo tanto, en virtud del principio de Jerarquía Normativa se debe aplicar los procedimientos de acuerdo a los lineamientos y directrices establecidos en los cuerpos normativos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, D. (2018). *Concesiones mineras en zonas sensibles de Ecuador no se detienen*. Obtenido de Mongabay Web site: shorturl.at/tlOQ3
- Asamblea Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 1.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
- Asamblea Nacional. (2012). *Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa*. Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 733.
- Asamblea Nacional: Comisión Legislativa y de Fiscalización. (2009). *Ley de Minería*. Suplemento al Registro Oficial No. 517.
- Ávila, R. (2020). *Causa 6-20-CP: Voto Concurrente*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Bustos, P. (2014). *Modelo Territorial Actual de la Zona de Influencia del Proyecto Minero Fruta del Norte: Yantzaza*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.
- Celi, I., & Silvana, E. (2018). *Visiones contrapuestas de la participación ciudadana en el constitucionalismo ecuatoriano*. Vniversitas.
- Chicaiza, G. (2009). Vigencia y garantía de los derechos colectivos y ambientales en el Ecuador 2009. Repercusiones de la aprobación de la Ley de Minería. *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, 163-179.
- Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2003). *Informe de cumplimiento del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial.

- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. (2013). *Acción de incumplimiento de la Sentencia Constitucional 001 10-SLN-CC*. Quito: Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.
- Consejo Nacional de Planificación. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - Senplades.
- Contraloría General del Estado Web site. (2019). *Boletín CGE: Contraloría General del Estado*. Obtenido de Contraloría General del Estado Web site: shorturl.at/hvyAD
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010). *Sentencia sobre Acción Pública de Inconstitucionalidad de la Ley de Minería*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Causa No. 1149-19-JP*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia No. 0038-13-IS y acumulado*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). *Caso N.º 6-20-CP: consulta popular por el agua, cantón Cuenca - Amicus Curiae*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). *Dictamen No. 6-20-CP/20*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Sentencia: Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Sentencia: Pueblo Saramaka Vs. el Estado de Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat Nuestra Tierra Vs. Argentina: Sentencia de 6 de febrero de 2020 - Resumen Oficial*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Sentencia: Fondo, Reparaciones y Costas - Comunidades Indígenas miembros de la*

- Asociación Lhaka Honhat Nuestra Tierra Vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Fernández, N. (2020). *La Consulta Previa, un Derecho de Participación*. Dirección Nacional de Promoción de Derechos Humanos y de la Naturaleza - Coordinación de Incidencia en Políticas Públicas de la Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. (2013). *Directrices para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas*. Dinamarca: IBIS.
- Fundación para el Debido Proceso Legal. (s/f). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF.
- Galindo, A. (2020). Limitaciones al reconocimiento del territorio ancestral en Ecuador. *Revista de Derecho No. 34*, 25-44.
- Garbay, S. (2015). *Límites y alcances del derecho a la participación: análisis del proyecto minero Mirador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- García, J. (2015). La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, 59-78.
- Guamán, B. (2016). *Violación al derecho a la consulta previa de las nacionalidades indígenas, en la explotación de los recursos no renovables en sus tierras - propuesta de reforma*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.
- Ilaquiche, R. (2012). *Construyendo las Condiciones de Equidad en los Procesos Electorales: Participación política de los pueblos indígenas*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- International Labour Organization. (s/f). *Decreto núm. 1247 que dicta el reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarbúferos: Database of national labour, social security and related human rights*. Obtenido de International Labour Organization Web site: shorturl.at/bimyV
- International Labour Organization. (s/f). *Instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa: Database of national labour, social security and related human*

- rights legislation*. Obtenido de International Labour Organization Web Site: shorturl.at/ceET4
- López, J. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales – CDES –.
- Ministerio de Minería. (2016). *Proyectos Mineros Estratégicos: Ecuador País Minero*. Quito: Ministerio de Minería - Agencia de Regulación y Control Minero.
- Morris, M., Rodríguez, C., Orduz, N., & Buriticá, P. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos / Documentos 2*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Narvárez, I. (2017). *Pueblos indígenas: El sentido de la esperanza. Los derechos colectivos en el estado neoconstitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Ediciones Legales.
- Narvárez, I., & Narvárez, M. J. (2012). *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (Enfoque político)*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador.
- Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. (s/f). *Decreto que dicta el reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos (Decreto No. 1247 de 2012)*. Obtenido de Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe Web site: shorturl.at/puIX3
- Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza - Ecuador. (2021). *Instructivo para consulta prelegislativa y Reglamento para la consulta previa en procesos de licitación de áreas hidrocarburíferas*. Obtenido de Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza Web site: shorturl.at/cuO23
- Organización de los Estados Americanos. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Organización de los Estados Americanos.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Organización Internacional del Trabajo.
- Patiño, L. (2013). Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas. *ACD*, 69-111.

- Pérez, C. (2012). *Consultas Comunitarias en el Ecuador: derecho irrenunciable de los pueblos indígenas*. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. Obtenido de shorturl.at/jkDPY
- Posso, M. (2011). *Proyectos, Tesis y Marco Lógico: Planes e informes de investigación*. Quito.
- Presidencia de la República. (2012). *Reglamento para la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos*. Decreto Ejecutivo No. 1247 del Registro Oficial No. 759.
- Reporte Minero. (2018). *Noticias: Reporte Minero*. Obtenido de Reporte Minero Web site: shorturl.at/kqsAN
- Rodríguez, C. (2020). *La consulta previa como derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del caso Río Blanco*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Rojas, R., & Jacanamijoy, S. (14 de junio de 2016). *Aprendiendo y enseñando sobre nuestros derechos: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Departamento de Inclusión Social de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.
- Sánchez, S. (2012). Reglamento de consulta analizado a la luz de los derechos de los pueblos indígenas. *Horizonte de los derechos humanos*, 171-182.
- Simbaña, F. (2012). Consulta previa y democracia en el Ecuador. *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*, 4-8.
- Sotomayor, C. (2013). *El derecho de consulta previa, libre e informada, en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa*. Obtenido de Repositorio de Tesis de Grado y Posgrado: Pontificia Universidad Católica del Ecuador: shorturl.at/ayF58
- Vargas, E. (2012). Una visión crítica del derecho a la consulta. *Horizonte de los derechos humanos*, 163-170.
- Vargas, E. (2018). *Una mirada crítica del derecho a la consulta previa, libre e informada*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación Editora Nacional.

Zalaquett, J. (2008). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. *Anuario de Derechos Humanos*, 139-148.

TABLAS Y/O FIGURAS

Tabla No. 1: Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador

REGIÓN	NOMBRE	UBICACIÓN
SIERRA	Karanki	Imbabura
	Natabuela	
	Otavalo	
	Kayambi	Pichincha, Imbabura, Napo
	Kitukara	Pichincha
	Tsa'chila	
	Panzaleo	Cotopaxi
	Chibuleo	Tungurahua
	Salasaca	
	Kichwa Tungurahua	
	Waranca	Bolívar
	Puruhá	Chimborazo
	Kañari	Azuay, Cañar
Saraguro	Loja, Zamora	
COSTA	Awá	Esmeraldas, Imbabura, Carchi
	Chachi	Esmeraldas
	Epera	
	Manta - Huancavilca - Puná	Manabí, Guayas
AMAZONÍA	A'I Cofán	Sucumbíos
	Secoya	
	Siona	
	Huaorani	Orellana, Pastaza, Napo
	Shiwar	Pastaza
	Zápara	
	Achuar	Pastaza, Morona

	Shuar	Morona, Zamora, Pastaza, Napo, Orellana, Sucumbíos, Guayas, Esmeraldas
	Kichwa Amazonia	Sucumbíos, Orellana, Napo y Pastaza

Fuente: López (2016).

Autor: Elaboración Propia (2020).

Tabla No. 2: Matriz de relaciones teóricas

TEMA	PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	INTERROGANTE DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
La Consulta Previa, Libre e Informada	La falta de legislación limita o vulnera el derecho de participación de los pueblos indígenas por no efectuarse la consulta previa frente a la concesión de áreas para la minería a gran escala.	¿Cómo garantizar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa como un derecho colectivo de participación?	Analizar el derecho constitucional a la consulta previa como un derecho colectivo de participación de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en Ecuador frente a la explotación minera a gran escala.	<ul style="list-style-type: none"> - Examinar la situación jurídica formal y material del derecho a la consulta. - Determinar el contenido y alcance de la consulta previa. - Verificar el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la consulta previa respecto a los proyectos emblemáticos de minería a gran escala. 	<ul style="list-style-type: none"> - Situación jurídica y formal de la Consulta Previa - Contenido y alcance del derecho a la Consulta Previa - Procesos de Consulta Previa en Ecuador. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas. - Derechos Colectivos. - Derechos de Participación. - Actividad Minera. - Proyectos emblemáticos de minería en Ecuador.

Fuente: *Elaboración Propia (2020).*

Autor: *Elaboración Propia (2020).*

Tabla No. 3: Desarrollo normativo del Derecho a la Consulta

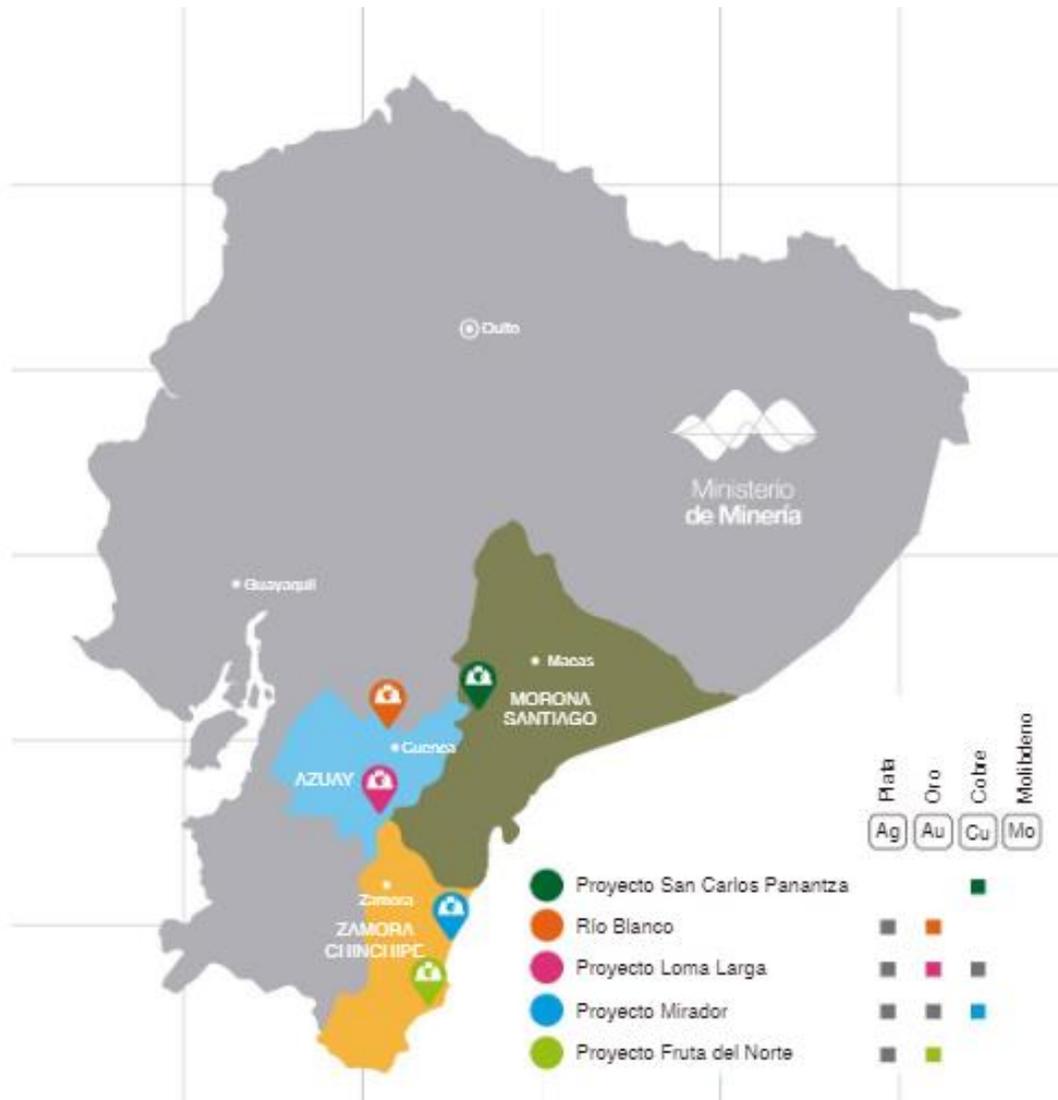
NORMA	CONSULTA	SUJETOS	ARTÍCULOS
Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social – Decreto Ejecutivo No. 1040 de 8 de mayo de 2008	Consulta ambiental para toda actividad que genere impactos ambientales.	Cualquier comunidad afectada por impactos ambientales. Incluye las organizaciones indígenas debidamente representadas.	Artículo 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental.
Ley de Minería – 29 de enero de 2009	Consulta ambiental para actividades mineras que generen impactos ambientales	Cualquier comunidad afectada por impactos ambientales.	Del artículo 87 al 91, desarrollando la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución de 2008.
Reglamento General a la Ley de Minería – Decreto Ejecutivo No. 119 de 16 de noviembre de 2009	Establece normas sobre participación social en las actividades mineras	Ciudadanía en General	Establece la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones.
Reglamento	No establece		El artículo 9

<p>Ambiental de Actividades Mineras – Decreto Ejecutivo No. 121 de 16 de noviembre de 2009</p>	<p>normas expresas sobre consulta</p>		<p>menciona la necesidad de que previo a la aprobación de ella se incluya el informe del proceso de participación social.</p>
<p>Ley Orgánica de Participación Ciudadana – 20 de abril de 2010</p>	<p>-Consulta previa, libre e informada para pueblos indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio - Consulta ambiental a la Comunidad.</p>	<p>Pueblos indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio</p>	<p>Artículo 81 y 82, reconocen los dos tipos de consulta, como derecho colectivo y como derecho difuso ambiental, respectivamente.</p>

Fuente: Fernández (2020).

Autor: Elaboración Propia (2020).

Figura No. 1: Proyectos Mineros Estratégicos



Fuente: Ministerio de Minería (2016)

Autor: Ministerio de Minería (2016)

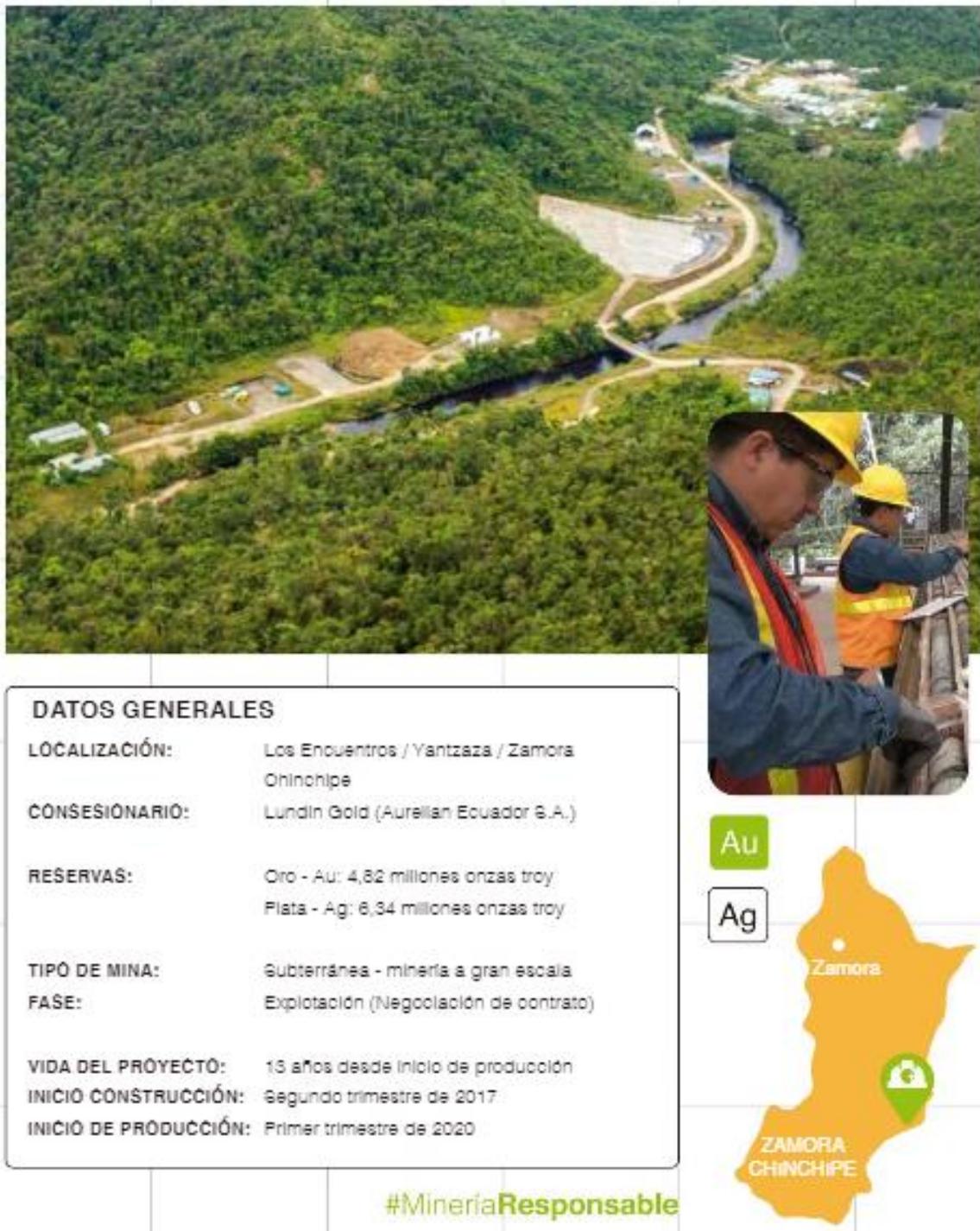
Figura No. 2: Proyecto Mirador



Fuente: Ministerio de Minería (2016)

Autor: Ministerio de Minería (2016)

Figura No. 3: Proyecto Fruta del Norte



Fuente: Ministerio de Minería (2016)

Autor: Ministerio de Minería (2016)

Figura No. 4: Proyecto Loma Larga



DATOS GENERALES	
LOCALIZACIÓN:	Victoria del Portete / Ouenca / Azuay
CONSESIONARIO:	INV Metals (INV Minerales Ecuador S.A.)
RESERVAS:	Oro - Au: 1,135 millones de onzas troy Cobre - Cu: 21.160 toneladas Plata - Ag: 6,680 millones de onzas troy
TIPO DE MINA:	Subterránea - Gran minería
FASE:	Exploración Avanzada
VIDA DEL PROYECTO:	27 años estimados desde inicio de producción

#MineríaResponsable



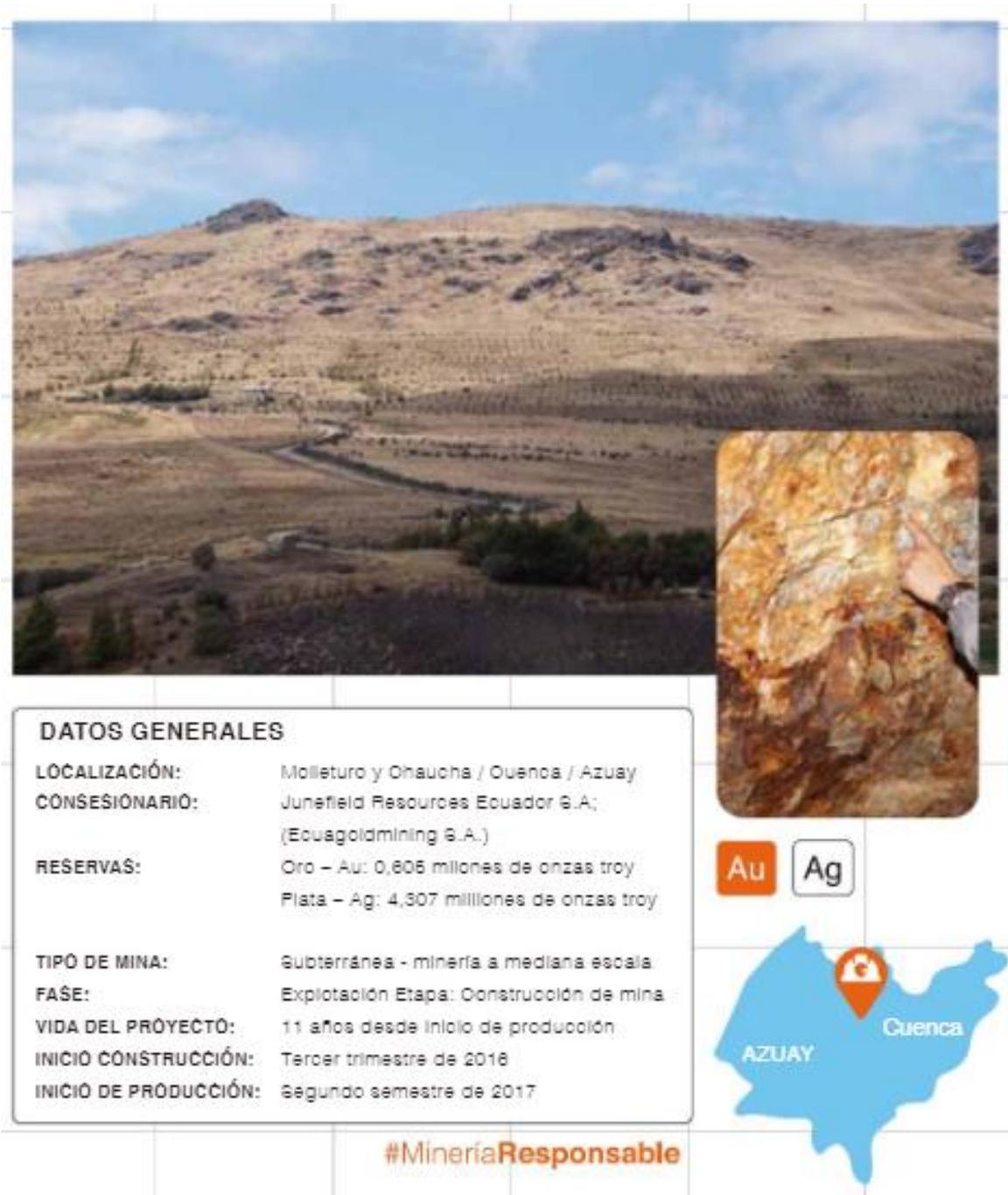
Au

Ag Cu

Fuente: Ministerio de Minería (2016)

Autor: Ministerio de Minería (2016)

Figura No. 5: Proyecto Río Blanco



Fuente: Ministerio de Minería (2016)

Autor: Ministerio de Minería (2016)