



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARAMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES

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

AUTORAS:

**ROMERO VELASCO ALBA CENET
VELASQUEZ CAHUASQUI MARIA MERCEDES**

**TUTOR DE CONTENIDOS: Msc. Luis Ávila Lizán
TUTOR DE METODOLOGÍA: Ph.D. Ana Julia Romero González**

Otavalo, junio 2021

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotras **ALBA CENET ROMERO VELASCO Y MARÍA MERCEDES VELÁSQUEZ CAHUASQUÍ**, declaramos que el presente trabajo 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 la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Alba Cenet Romero Velasco
C.C. 1002338968

María Mercedes Velásquez Cahuasquí
C.C. 1002749446



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

“AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARAMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES”

Las autoras de este Trabajo de Titulación declaramos 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, junio de 2021

Estudiante

Estudiante

Alba Cenet Romero Velasco
C.C.1002338968

María Mercedes Velásquez Cahuasquí
C.C. 1002749446

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE CONTENIDO

Certifico que el trabajo de investigación titulado “**AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARÁMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES**” bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirar al título de Magister en Derecho Constitucional, de las estudiantes **Alba Cenet Romero Velasco y María Mercedes Velásquez Cahuasquí**, y cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

MSc. Luis Fernando Ávila Linzán
C.C. N° 1305728550
Tutor de Contenidos

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE METODOLOGÍA

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARÁMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES”** bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirar al título de Magister en Derecho Constitucional, de las estudiantes **Alba Cenet Romero Velasco** y **María Mercedes Velásquez Cahuasquí**, y cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

PhD. Ana Julia Romero González

C.C. No 1759462763

Tutora de Metodología

DEDICATORIA

A Dios como motor fundamental de nuestras vidas y a nuestros hij@s por ser quienes día a día nos motivan a seguir en el crecimiento personal y profesional y a nuestras respectivas familias que han sentado en nosotros las bases de la superación y la responsabilidad para cumplir con las metas planteadas.

Las autoras

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a todas aquellas personas, tutores, catedráticos, familiares y amigos que estuvieron presentes en todo momento en el desarrollo del presente trabajo y nos han brindado su apoyo y colaboración incondicional para que nuestra labor haya podido llegar a su culminación.

Las autoras

ÍNDICE DE CONTENIDO

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	i
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL	ii
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	ii
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE CONTENIDO	iii
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE METODOLOGÍA.....	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	vii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	5
SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	5
1. LA PROBLEMÁTICA	5
1.1. Contexto del estudio	5
1.2. Formulación del problema.....	7
1.3. planteamiento de la pregunta de investigación	8
2. Delimitación de la investigación.....	8
2.1. Delimitación temática	8
2.2. Delimitación temporal	9
2.3. Delimitación espacial	9
3. Objetivos de investigación	9
3.1. Objetivo general.....	9
3.2. Objetivos específicos	9
CAPITULO II.....	12
MARCO TEORICO	12

2.	Justificación de la investigación.....	12
2.1.	Teórica.....	12
2.2.	Práctica.....	12
3.	Conceptos estructurales de la investigación	12
3.1.	Qué es consulta PREVIA.....	13
3.2.	Qué son los derechos colectivos	14
3.3.	Qué son pueblos indígenas	16
3.4.	Qué son nacionalidades indígenas	16
3.5.	Qué es la antropología.....	17
3.6.	Qué es la interculturalidad	18
3.7.	Qué es territorio	19
3.8.	Qué es derecho minero.....	20
4.	Referentes teóricos	21
4.1.	Análisis del derecho a la consulta previa libre e informada en el marco normativo internacional y constitucional ecuatoriano.....	23
4.1.1.	El derecho a la consulta previa libre e informada como mecanismo de participación	26
4.1.2.	Limitaciones del derecho a la consulta previa en el Ecuador.....	28
4.1.3.	La consulta previa, libre e informada en el marco legal internacional.....	30
4.1.4.	La consulta previa en el ámbito constitucional ecuatoriano.....	36
4.1.5.	Normativa sobre la explotación minera en el Ecuador	42
4.1.6.	Propósito de la consulta previa	45
4.1.7.	Derechos colectivos	48
4.2.	Características del derecho a la consulta previa.....	51
4.2.1.	Previa	51
4.2.2.	Libre	54
4.2.3.	Informada	56
4.3.	Tipos de consulta.....	58
4.3.1.	Consulta pre legislativa	58
4.3.2.	Consulta ambiental.....	60
4.3.3.	La consulta previa artículo 57 numeral 7 de la Constitución	61
4.4.	Análisis de la sentencia de acción de protección dictada a favor de la comunidad A'í cofan sinangoe, que deja sin efecto concesiones mineras en la zona de los ríos aguarico, chingual y cofanes	63
4.4.1.	Resumen de los hechos.....	63
4.4.2.	Bienes jurídicos tutelados en la sentencia.....	64
4.4.3.	Crítica de la sentencia	65

4.5. Decreto 1247	69
5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	70
5.1. Marco legal	71
5.2. Marco jurisprudencial.....	74
6. Sistema de relaciones teóricas.....	76
CAPÍTULO III.....	80
MARCO METODOLÓGICO	80
3. Enfoque de la investigación.....	80
4. Tipo de investigación.....	80
5. Técnicas e instrumentos de recolección de información	81
6. Procedimiento de la investigación	82
CAPÍTULO IV.....	85
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	85
4.1. Instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia del derecho a la consulta previa libre e informada.....	85
4.2. Tipos de consulta previa libre e informada previstos en la constitución de la república del Ecuador vigente	87
4.3. Propuesta de reglamentación del derecho de la consulta previa, adecuando la legislación ecuatoriana al convenio 169 de la OIT, la declaración de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas.....	90
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Matriz de categorización.....	77
--	----

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Consulta previa, libre e informada en el marco legal internacional.	31
Figura 2. Pregunta 1.....	92
Figura 3. Pregunta 2.....	93
Figura 4. Pregunta 3.....	94
Figura 5. Pregunta 4.....	95
Figura 6. Pregunta 5.....	96
Figura 7. Pregunta 6.....	97
Figura 8. Pregunta 7.....	98
Figura 9. Pregunta 8.....	99

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXOS

ANEXO 1: GUÍA DE ENTREVISTA

ANEXO 2: INSTRUMENTO DE VALIDACIÓN

RESUMEN

La consulta previa, libre e informada es un soporte conceptual para el ejercicio de los derechos colectivos, cuyo reconocimiento, contenido y alcance se establece en instrumentos internacionales derechos humanos; de manera que, el presente trabajo investigativo tuvo como objetivo abordar el vacío jurídico existente en la normativa ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades étnicas en materia de minería. Para el desarrollo se utilizó una metodología con enfoque cualitativo y una investigación de tipo descriptiva. La revisión documental permitió determinar el vacío y la inconsistencia legal en las regulaciones emitidas por el poder Ejecutivo, convirtiéndose en una investigación jurídica propositiva, dentro del cual se analizó casos concretos como es la sentencia N^o 273-19-J emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos, a favor de la Comunidad A'i Cofán Sinangoe, que, en su parte fundamental, resolvió declarar vulnerados los derechos constitucionales de los cuales son titulares los pueblos indígenas. A partir del análisis documental de la doctrina, norma y jurisprudencia se evidenció la importancia y obligatoriedad de realizar la consulta previa, libre e informada a los pueblos y nacionalidades indígenas cuando se realicen actividades mineras en sus territorios. Se recomienda regular el derecho de consulta previa, libre e informada de manera adecuada, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, tratados internacionales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Palabras clave: Derecho, consulta previa, libre, informada, pueblos indígenas, comunidades indígenas, territorio.

ABSTRACT

Prior, free and informed consultation is a conceptual support for the exercise of collective rights, its recognition, content and scope is established in international instruments; therefore, the present investigative work aimed to address the existing legal vacuum in Ecuadorian regulations regarding the right to prior, free and informed consultation of ethnic communities in mining matters. For the development, a methodology with a qualitative approach and a descriptive research were used. The documentary review made it possible to determine the void and legal inconsistency in the regulations issued by the Executive power, becoming a propositional legal investigation, within which specific cases were analyzed such as judgment No. 273-19-J issued by the Provincial Court of Sucumbíos, in favor of the A'i Cofán Sinangoe Community, which, in its fundamental part, decided to declare the violation of the constitutional rights, which the indigenous peoples are holders. From the documentary analysis of the doctrine, norm and jurisprudence, the importance and obligation of carrying out prior, free and informed consultation with indigenous peoples and nationalities was evidenced when mining activities are carried out in their territories. It is recommended to regulate the right to prior, free and informed consultation in an adequate manner, taking into consideration the constitutional provisions, international treaties and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

Keywords: Law, prior, free, informed consultation, indigenous peoples, indigenous communities, territory

INTRODUCCIÓN

La construcción conceptual de los estados - nación moderna ha permitido el fortalecimiento de un sentido de pertenencia de la sociedad en su conjunto a un espacio geopolítico definido con una identidad particularizada, restándole importancia a las sociedades con identidades diferentes. En este contexto, a lo largo de la historia en Ecuador se establecieron normas, leyes y constituciones con principios excluyentes que no reconocieron derechos a los pueblos diferentes, definiéndolos equivocadamente como minorías.

Estos hechos dieron lugar a las luchas sociales, especialmente de los movimientos indígenas por la reivindicación y autodefinición de sus derechos como pueblos y nacionalidades, hecho que se empieza a materializar a partir de la década de los noventa, con la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales. La consulta previa, libre e informada, que es un soporte conceptual para el ejercicio de los demás derechos colectivos, cuyo reconocimiento, contenido y alcance se establece en varios instrumentos internacionales, en especial en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1999) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006).

En el caso del Ecuador, a partir de la Constitución del año 2008, son varias las figuras jurídicas que recobran fuerza para la aplicación efectiva de derechos fundamentales como es vivir en un ambiente sano y la participación ciudadana. En este nuevo orden, el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades y pueblos indígenas afectados reviste un rol fundamental en la gestión de la administración de la justicia.

Con base en esto, la problemática surge por la falta de aplicación de la consulta previa para realizar actividades mineras y la falta de una ley que regule su ejercicio, tal es el ejemplo del caso analizado de la comunidad A'i Cofán Sinangoe, conformado por un grupo étnico localizado en la provincia de Sucumbíos al Nororiente del Ecuador, territorio en la cual el estado ecuatoriano otorgó concesiones que se encuentran cercanas al polígono de la comunidad mencionada, dando como resultado que la población de estas zonas presente el reclamo

correspondiente ante las autoridades pertinentes al sentirse afectados tanto de manera física, ambiental y cultural.

Los pueblos invisibilizados, considerados como minorías son los pueblos indígenas, afro descendientes, y en el aspecto nacional a más de los mencionados se suma el pueblo montubio, mismos que han sido víctimas de constantes violaciones a sus derechos humanos, a consecuencia del interés de control territorial para lograr la explotación de los recursos naturales, a fin de dar paso a los megaproyectos, esto ha provocado que se hayan visto en la necesidad de defender sus intereses y luchado por lograr participar de manera oportuna y real en la toma de decisiones.

Ahora bien, la autonomía, como la capacidad que tienen las personas para definir el tipo y el proyecto de vida que desea vivir, conlleva a la capacidad para concebir sus propias soluciones, y como punto medular el enfoque étnico, es valioso en este análisis ya que enfatiza en aspectos tales como visibilización, autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, comprendiendo las relaciones de etnicidad como múltiples, amplias y complejas las cuales no deben generalizarse y que están enmarcadas en particularidades y dinámicas propias de los contextos, comunidades e individuos.

La investigación se justifica porque busca evidenciar el contenido y alcance de este derecho, desde un enfoque de derechos humanos, asumiendo a la consulta como derecho colectivo y de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, en las decisiones administrativas y judiciales que puedan afectar a sus derechos humanos o a sus territorios. El trabajo investigativo está estructurado de cuatro capítulos:

El primer capítulo se refiere a los razonamientos de la situación de estudio, planteándose la problemática, la formulación del problema, el planteamiento de la pregunta de investigación, la delimitación y los objetivos, general y específicos que direccionan el estudio y donde se centra la actividad investigativa.

El segundo capítulo hace referencia al análisis documental del marco teórico donde se enuncian planteamientos académicos desde el enfoque de la Constitución y tratados de Derechos Humanos, Convenios y Tratados Internacionales en

relación con el derecho a la consulta previa que tienen las comunidades y pueblos indígenas y tribales conforme lo recoge el Convenio 169 de la OIT; se consideran la justificación de la investigación de forma teórica y práctica, los conceptos estructurales sobre la arbitrariedad, prisión preventiva, presunción de inocencia; referentes teóricos, marco legal y jurisprudencial y el sistema de relaciones teóricas.

El tercer capítulo representa el marco metodológico, exalta el enfoque de la investigación, tipo de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de información y el procedimiento de la investigación; de tal forma que permite estructurar el trabajo de investigación para dar respuesta a los objetivos, tanto general como específicos planteados.

El cuarto capítulo corresponde al análisis y discusión de resultados de la aplicación de la entrevista a abogados en libre ejercicio, Defensor Público, Juez de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura y Juez Penal de Primera Instancia; actividad realizada después de haber obtenido los resultados de la entrevista; con ello se determina una información práctica del problema de investigación.

Finalmente se exponen las conclusiones y recomendaciones para completar el trabajo de revisión teórica de la temática planteada.

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1. LA PROBLEMÁTICA

1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO

El trabajo de investigación se ha desarrollado con la limitación de extender la misma en territorio y de acceder a bibliotecas presenciales y otros documentos e información en general a causa del problema de salud pública (pandemia) generado por el COVID-19, que se encuentra atravesando el Ecuador y el mundo entero y al haberse declarado emergencia sanitaria a nivel nacional, esta situación ha ocasionado que no se pueda desarrollar un estudio más pormenorizado tal como era la intención de las autoras.

Una vez aclarado el punto anterior, y en el contexto del estudio, cabe señalar que los países de América Latina han registrado en las últimas décadas un importante crecimiento económico que ha permitido mejorar sin duda algunos aspectos sociales; sin embargo las brechas de desigualdad siguen presentes, sobre todo en sectores donde habitan las comunidades indígenas, tomando como ejemplo el crecimiento económico basado en el modelo de economía extractivista y sometido a su población a un ámbito de completo silencio.

Según Carrión (2012) los pueblos indígenas son conocidos:

... como los descendientes de los habitantes originales no europeos de las tierras colonizadas y pobladas por potencias europeas y se diferencian de las llamadas minorías nacionales en el sentido de que estos últimos toman su nombre de un proceso de formación de los estados europeos, es decir se trata de grupos que fueron derrotados en este proceso y cuyas tierras se sumaron a los estados más grandes, dominados por las poblaciones vecinas (p.5).

La consulta previa es un derecho colectivo de las comunidades indígenas, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, entre otros son los derechos ambientales, y étnicos, estos derechos conocidos también como derechos de tercera generación de reconocimiento internacional fueron históricamente posteriores a los derechos civiles y políticos de primera generación

y, a la de los derechos económicos, sociales y culturales de segunda generación; por ende son diversos, pero no opuestos a los derechos humanos individuales y no solo complementan sino que entran en colisión.

Es así como la consulta previa a los pueblos indígenas, constituye una obligación, la misma que ha sido adquirida por los países suscriptores del Convenio 169 de la OIT, aunque este tiene como antecedente el Convenio 107 de la misma organización, que fue el primer instrumento internacional que anunció los derechos de las poblaciones indígenas y las obligaciones de los estados que lo ratificaban. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado la obligación de consultar a los pueblos indígenas, hecho que se ve reflejado en las sentencias de casos importantes como *Sarayacu vs. Ecuador* y la del pueblo *Saramaka vs. Surinam*. En la misma línea se encuentra la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual constituye un instrumento internacional no vinculante.

El Ecuador al igual que muchos países de América Latina, basa su economía principalmente en el aprovechamiento de recursos naturales, entre otros, los minerales y, el gobierno sostiene la tesis, que su explotación es la base para el éxito y sostenimiento de las políticas públicas; no obstante, este camino de economía extractivista, no ha traído consigo el tan anhelado bienestar y prosperidad para los habitantes, al contrario ha provocado innumerables y en muchos casos irreparables daños ambientales, frente a lo cual se presentan las interrogantes de cómo, cuándo y dónde aprovechar los recursos y si es posible realizarlos respetando a las poblaciones indígenas y sus territorios. Para muchos consultar a los pueblos étnicos es un obstáculo, o un cumplimiento de formalidades, pero es necesario el planteamiento de un desarrollo inclusivo, respetando las formas de vida, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

El artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas, misma que está relacionada íntimamente con el derecho de participación, y a la vez con la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en el principio 10 señala que el modo de tratar cuestiones ambientales es con la

participación de todos los ciudadanos interesados, teniendo acceso adecuado a la información, procedimientos judiciales y administrativos y la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

En este sentido, la problemática de la consulta previa, libre e informada, al estar reconocida como un derecho colectivo fundamental, en la Constitución del Ecuador, y desarrollarse en leyes secundarias de manera general, es necesario el estudio de este derecho colectivo, el mismo que ha generado discusiones académicas y jurídicas, acerca de cuál es el verdadero alcance de esta consulta previa, es decir si es o no vinculante el consentimiento adoptado por las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, como sujetos, beneficiarios de este derecho, es en este sentido que la Carta Magna respecto del consentimiento previo, libre e informado, nos remite a legislación infra constitucional, en donde respecto del alcance de la consulta el consentimiento, no tiene un carácter vinculante, ya que si no existe consentimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se continuarán con las medidas adoptadas por el Estado, mediante acto administrativo motivado.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La Constitución regula el derecho a la consulta previa libre e informada a las comunidades indígenas, sobre los planes, programas de prospección, exploración y comercialización minera; sin embargo al no materializarse el derecho mencionado y ante la ausencia de una ley que garantice este derecho se tiene como resultado la vulneración por parte del Estado Ecuatoriano, lo que ocasiona la oposición de los pobladores de las comunidades al desarrollo de la actividad extractiva minera, puesto que ello conllevaría a generar grandes impactos al medio ambiente, costumbres, tradiciones, la calidad de sus tierras, aspectos que repercuten en el normal desarrollo de sus vidas.

Si bien es cierto, la Carta Magna, señala que la consulta previa es un derecho, sin embargo, en el mismo marco constitucional no consta ni el alcance, ni el carácter que este derecho debe tener, al contrario únicamente en la parte final del artículo 57 numeral 7 de la CRE, se establece que, si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley, es decir no se establece el carácter vinculante de la consulta, no existe ley que regule su

ejercicio, lo que sin duda alguna va en contra de los derechos de los pueblos ancestrales.

Al no existir legislación interna relacionada con la consulta previa, mediante decretos se ha intentado sustituir esta obligación y al implementarse estos proyectos de desarrollo o megaproyectos en territorios de las comunidades indígenas, a quienes rara vez se los consulta, afectando ya sea de manera directa o indirecta sus derechos a la cultura, territorio, tierras, y medio ambiente en general; es decir que el problema objeto de estudio es la inexistencia de una ley que regule el derecho y proceso de consulta previa, libre e informada, es una limitación que ha pretendido ser superada a través de instrumentos normativos, que han regulado tanto la consulta previa ante medidas administrativas y medidas normativas.

1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿A pesar que la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo sobre planes y programas de prospección, exploración y comercialización minera, está establecida en la Constitución, y al no proceder conforme a la ley, se estaría vulnerando el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador?

2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

El trabajo investigativo se fundamenta en la línea de investigación aprobada por la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo: Derechos, principios, garantías y valores constitucionales y en la sub línea de investigación: Derechos humanos y su protección, dentro del cual se enmarca el derecho a la consulta previa libre e informada sobre planes y programas de prospección, exploración y comercialización minera de las comunidades indígenas, íntimamente relacionado con el análisis sobre los principios, garantías y valores consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, tratados y convenios internacionales, jurisprudencia nacional e internacional, sumado a un análisis crítico de la doctrina que busca determinar el alcance de los derechos colectivos y la efectividad de los mismos.

2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La investigación se realizó a partir de la revisión de la legislación vigente en la materia, doctrina, jurisprudencia referente al tema de la consulta previa libre e informada, además del estudio de casos específicos de trascendencia, todo ello realizado dentro del periodo del mes de marzo a diciembre de 2020.

2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se llevó a cabo en el campo de la legislación ecuatoriana, área de derecho constitucional, basado en la revisión de legislación nacional, así como el análisis de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional e internacional referente al tema de la consulta previa libre e informada, sumado a la revisión de casos concretos que ha permitido llegar a determinar la existencia de un vacío jurídico y la inconsistencia de las regulaciones emitidas por el poder ejecutivo.

3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

3.1. OBJETIVO GENERAL

Abordar el vacío jurídico existente en la normativa ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades étnicas en materia de minería.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia del derecho a la consulta previa, libre e informada.
- Describir los tipos de consulta previa, libre e informada previstas en la Constitución de la República del Ecuador.
- Presentar la propuesta de reglamentación del derecho fundamental de la consulta previa, adecuando la legislación ecuatoriana al convenio 169 de la OIT,

la Declaración de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TEÓRICA

Los pueblos indígenas han sido históricamente víctimas de vulneración de sus derechos, por los cuales han liderado varias luchas para alcanzar el respeto a los mismos, es así que a partir de la Constitución de 1998 y con la Constitución de 2008, se ratifican los derechos colectivos, se distinguen avances en cuanto a la diversidad cultural y étnica, siendo una Constitución garantista. El tema de los pueblos indígenas y su derecho a la consulta previa, guarda importancia por cuanto se analiza los alcances que tienen este derecho a nivel interno, la normativa internacional y nacional que lo reconoce y sobre todo los efectos que se producen en la vida de los pobladores de las comunidades indígenas, por la falta de aplicación del derecho a la consulta previa libre e informada.

2.2. PRÁCTICA

Este trabajo de investigación pretende ser un insumo de carácter informativo, y de análisis, útil para estudiantes, profesionales de la rama del derecho, para la comunidad académica de la zona norte y más personas que puedan nutrirse de este aporte teórico, ante la evidente necesidad de tener claro el tema de la aplicación de la consulta previa libre e informada a las comunidades indígenas en temas de minería, por cuanto la Provincia de Imbabura es un distrito minero que se encuentra bordeada de concesiones, al igual que varias provincias del Ecuador, por el mismo hecho se constituye de interés de toda la población.

3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

Los conceptos estructurales de la investigación, se basan en el ejercicio del derecho a la consulta previa libre e informada como derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas sobre los planes y programas de prospección,

exploración y explotación minera, condiciones que se debe cumplir para el ejercicio pleno del derecho en mención, reconocido por organismos internacionales y que para efectos de su estudio es importante considerar:

3.1. QUÉ ES CONSULTA PREVIA

Gallegos (2012) describe que: “la consulta previa, libre e informada constituye una obligación de los Estados con los pueblos interesados. Se debe realizar mediante procedimientos apropiados, según características socio - culturales de los pueblos, a través de instituciones representativas de los pueblos” (p.56).

De la misma forma, Rocha (2014) sostiene que: “La consulta previa, libre e informada es un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas enmarcado en una serie de derechos y reconocimientos particulares por parte de la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos” (p.34).

Sumado a lo anterior, Mayen y Erazo (2014) manifiestan:

La consulta es un proceso de diálogo entre el Estado -a través de sus entidades- y los pueblos indígenas – a través de sus instituciones representativas- que tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento. No se trata de un simple proceso de información, ni tampoco constituye un procedimiento electoral. (p.20).

Otra acepción significativa dentro de la investigación es la llamada política pública, la misma que se refiere a las decisiones y estrategias que han sido o serán adoptadas por las respectivas autoridades públicas, para resolver problemas de la sociedad. Sobre el tema, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador (2015) afirma que (...) “una política pública es una directriz general que refleja la prioridad y voluntad política del gobierno o Estado para modificar una situación conflictiva determinada” (p.8).

Por otra parte, se debe señalar el criterio de efecto vinculante como uno más de los conceptos tratados en la investigación y que, refiriéndose al mismo, Carrión (2012) asevera que: “El carácter vinculante de los resultados garantiza la vigencia del derecho de consulta previa, libre e informada, se toma en consideración la

decisión fundamentada de los colectivos afectados, lo cual está en consonancia con el espíritu de los instrumentos internacionales” (p.35).

En este punto es importante destacar que la Constitución Ecuatoriana no reconoce el efecto vinculante de la consulta previa, uno de los aspectos relevantes que son motivo de análisis y discusión a lo largo del trabajo. Es oportuno mencionar el tema de los principios, que son una norma estándar que es observada no porque avance o asegure una situación económica, política o social considerada como deseable, sino porque es un requerimiento de justicia, equidad o de una dimensión moral, es decir en un sentido más amplio, los principios constituyen ideales, reglas, fundamentos o políticas, de la cual nacen tanto ideologías, doctrinas, también son conocidos como leyes universales que abarcan cualquier comunidad o cultura.

Siguiendo este orden de ideas se detallan también los elementos o características de la consulta previa:

- 1. Debe ser previa.** - Es decir, debe ser anterior a las medidas normativas o administrativas que pueden afectar a las comunidades indígenas, como sujetos de derechos colectivos. En este sentido lo que se busca es que los consultados tengan tiempo suficiente para acceder a la información existente y debatirla al interior de las comunidades.
- 2. Debe ser libre.** - El pueblo indígena como titulares de este derecho colectivo, no deben sufrir ningún tipo de coerción, intimidación, chantaje, ofrecimientos económicos y actividades tendientes a dividir a sus habitantes, de igual manera no debe de existir represalias en su contra en el caso que como resultado de la consulta, la comunidad se pronuncie en contra de las actividades mineras, esto debe ser antes o mientras se efectúe el proceso de consulta.
- 3. Deber ser informada.** - En este aspecto la información sobre los planes, programas de prospección, exploración y comercialización de recursos no renovables, al igual que la información referente a las medidas que pueden afectar a las comunidades indígenas “debe presentarse de manera completa y objetiva y el acceso a esa información debe ser oportuno” (López, 2016, p.27).

3.2. QUÉ SON LOS DERECHOS COLECTIVOS

Al definir lo que son los derechos colectivos, Grijalva (2012) afirma que:

son derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos, también conocidos como derechos de tercera generación, al mismo tiempo señala que los derechos colectivos se distinguen de otros derechos de tercera generación por ser posible determinar quiénes pueden reclamarlos al ser afectados por la violación de los mismos, es decir por ejemplo el derecho a la paz, al desarrollo son derechos también de tercera generación cuyos titulares somos todos los miembros de la sociedad, aunque no se puede especificar quienes concretamente; mientras que los derechos colectivos quienes integran la comunidad son propios de quienes la integran (p.67).

En el mismo sentido, Hermosa (2014) manifiesta que:

Siendo los Derechos Humanos de tercera generación un paso histórico que privilegia a los grupos sobre los individuos, prácticamente, en los países que debieron incorporar constitucionalmente los derechos colectivos como el nuestro, han provocado desde su inicio inconsistencias que con el pasar del tiempo deben superarse (p.19)

A más del ya citado Convenio 169 de la OIT, las constituciones vigentes de Ecuador, Perú y Bolivia, plasman en su contenido derechos colectivos, entre ellos a favor de las comunidades indígenas, por lo que se considera importante definir el criterio de pueblos y nacionalidades indígenas.

El reconocimiento de los Derechos Colectivos no es una idea que se ha ido introduciendo recientemente, ya que desde mucho antes se pensaba que no todas las personas eran tratadas de una forma igualitaria y que el ser humano era un ente social y por ende colectivo, es por ello que muchos tratadistas van introduciendo el pensamiento del reconocimiento de los derechos colectivos y se ven varios mecanismos para incluir a los grupos sociales que por varios años han sido tratados con inferioridad, es por ello que en los tiempos recientes la temática de los derechos colectivos ha sido retomada con mayor importancia en las discusiones políticas de los países.

En un Estado realmente construido con base a la diversidad y la inclusión de los pueblos indígenas es necesario hacer que todos los programas y políticas consideren y apliquen los derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto sea pertinente. No sería adecuado, por ejemplo, afirmar el derecho colectivo de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo sin que las instituciones del estado encargadas de fomentar el desarrollo fueran configuradas

para hacer efectivo ese derecho. Convendría, por lo tanto, que la nueva Constitución de alguna manera dejara claro el carácter trasversal de los derechos colectivos afirmados.

3.3. QUÉ SON PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica²⁴, que forman parte de una nacionalidad, por ejemplo al interior de la nacionalidad Kichwa, conviven los siguientes pueblos indígenas: Karanki, Natabuela, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Panzaleo, Chibuleo, Salazaka, Waranka, Puruhua, Kañari, Saraguros²⁵ y todos estos pueblos hablan el idioma kichwa.

Los pueblos indígenas, son descendientes de los primeros pobladores de una región han sido colonizados por otros pueblos en el transcurso de la historia y han sido expulsados de sus habitas naturales y originario son política, económica y socialmente marginados se distinguen de la sociedad nacional respecto a su auto-identificación, así como por sus rasgos lingüísticos, étnicos, culturales, sociales y económicos (López G. , 2016, p. 45).

Los pueblos indígenas son grupos sociales y culturales distintos que comparten vínculos ancestrales colectivos con la tierra y con los recursos naturales donde viven, ocupan o desde los cuales han sido desplazados. La tierra en la que viven y los recursos naturales de los que dependen están inextricablemente vinculados a su identidad, cultura y medios de subsistencia, así como también a su bienestar físico y espiritual. A menudo buscan ser representados por sus líderes y organizaciones tradicionales, que son distintas o están separadas de aquellas de la sociedad o cultura dominante. Muchos pueblos indígenas siguen manteniendo una lengua diferente de la o las lenguas oficiales del país o región en la que residen.

3.4. QUÉ SON NACIONALIDADES INDÍGENAS

Una de las definiciones más aceptadas sobre el término indígena, es la otorgada por el Relator Especial de las Naciones Unidas Martínez (2012) en su informe final denominado estudio del problema de la discriminación contra las nacionalidades indígenas, mismo que señala:

Son comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, las que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollan en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en estos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar, transmitir a sus futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales (p.45).

Para complementar este criterio, el Convenio 169 de la OIT (1969), en su artículo 1 detalla:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén en Países Independientes regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (p.6).

Las nacionalidades indígenas son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad. En el Ecuador, al menos existen 13 nacionalidades indígenas: Awa, Chachi, Epera, Tsa'chila, Shuar, Achuar, Siona, Secoya, Wuaorani, A'í Cofán, Shiwiar, Zápara y Kichwa²³, de las cuales, las cuatro primeras están en la costa, las ocho siguientes en la Amazonía y la última en la sierra. Al interior de estas nacionalidades pueden coexistir pueblos indígenas, como el caso de la nacionalidad kichwa.

3.5. QUÉ ES LA ANTROPOLOGÍA

La antropología estudia la diversidad de las realizaciones socioculturales del ser humano, incluida la emergencia misma de los humanos en sus entornos ecológicos. La antropología no está limitada en su objeto específico. Toda realidad pertinente para la comprensión de lo humano puede formar parte de su campo de

investigación. Por ello, los antropólogos están habituados a la flexibilidad de los enfoques teóricos. Su formación consiste normalmente en un cuerpo de teoría clásica que, progresivamente, se va especializando en algún área concreta de interés.

La antropología estudia a la humanidad, sus sociedades del presente y del pasado, así como las diversas culturas y formas de organización e interacción social que ha creado. Chasiguano (2016) Conoce y analiza la diversidad étnica, los procesos de continuidad y cambio sociocultural, las formas de organización social y, en general, todas las expresiones de la variabilidad humana. Incursiona en el conocimiento del proceso de hominización y, en ese marco, analiza el coevo lución del Homo sapiens con otras especies animales y su relación con el medio ambiente.

En la actualidad, estas áreas son innumerables: procesos económicos, técnicas y tecnologías, formas de conocimiento, prácticas lingüísticas, formas simbólicas, políticas, religiosas, jurídicas, educativas, escenarios corporales y subjetivos, formas de estructuración social según diferencias étnicas, de género, etcétera. En cualquiera de estos campos entre muchos otros, los antropólogos intentan ampliar el conocimiento acerca de cómo los seres humanos producen sociedad y cultura.

3.6. QUÉ ES LA INTERCULTURALIDAD

La interculturalidad, “se funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos” Fernández (2016) de esas diversidades, con el afán de construir la unidad en la diversidad. Es decir, la interculturalidad es un mecanismo que intenta viabilizar la plurinacionalidad (p.24).

La Constitución, trata de acercarse a este concepto al decir que la interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones, que desde nuestro punto de vista debe ampliarse a todas las diversidades y no solamente de los pueblos y naciones. Entonces deja establecido a la interculturalidad como un principio del Estado que se debe implementar en todos los espacios públicos y privados de la sociedad.

En los espacios de las organizaciones e instituciones académicas, la interculturalidad se debate como: el diálogo de culturas, diálogo de saberes, convivencia armónica entre pueblos y culturas de equivalencia. Sin embargo, la interculturalidad no es suficiente el discurso teórico, es la praxis de accionar. Por lo tanto, no se limita a la relación entre culturas, sino además a la relación entre culturas en conflicto que concurren en una estructura de poder configurada por los efectos de la colonia y de la modernidad. En consecuencia, la interculturalidad busca cambiar radicalmente sus estructuras para posibilitar el mejoramiento de las condiciones de vida culturales, sociales y económicas. Su límite está en reconocer, incorporar la diferencia con sus propias características colectivas.

La interculturalidad no solo es un concepto, es la actitud entre las culturas que parte desde el respeto y el reconocimiento de la diversidad con sus propias características culturales. La interculturalidad no es un concepto, es una utopía de los tiempos modernos cuya vivencia exige sanarnos mutuamente entre Los Andes y Occidente. En Los Andes tenemos que sanarnos de nuestro complejo de inferioridad y de nuestra baja autoestima, por su parte Occidente tiene que sanarse de su complejo de superioridad y su arrogancia ante el mundo y eso significa una revolución de la conciencia humana.

3.7. QUÉ ES TERRITORIO

Debemos partir de un principio fundamental, esto es, que no puede existir una colectividad indígena sin territorio, porque sin territorio estaríamos privados de practicar, conservar y revitalizar nuestros propios sistemas políticos, económicos, sociales, jurídicos y culturales, que dan sentido a nuestra existencia, y se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad, autonomía y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

El territorio de acuerdo a las normas internacionales es, “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”, en donde se incluye los recursos naturales, que se encuentran en ellos” (Convenio 169 OIT, 1969).

La Constitución del 2008, se resiste a reconocer de manera abierta el territorio para las colectividades indígenas, y prefiere hablar de propiedad de tierras comunitarias o simplemente tierras. Pero en algunos casos utiliza el término tierra y territorio ancestral como sinónimos, y en otros casos, utiliza simplemente el término territorio con connotaciones jurisdiccionales. Los territorios ancestrales, no requieren de titulación previa para ser protegidos, por constituir un derecho constitucional; pero, ello no le exime al Estado de la obligación de proceder a la titulación gratuita y obligatoria. Cabe precisar que la Constitución ecuatoriana de 2008, al hablar de las tierras comunitarias, que desde nuestro punto de vista son parte del concepto de territorialidad.

3.8. QUÉ ES DERECHO MINERO

El derecho minero es parte del derecho privado que regula las relaciones de los concesionarios de yacimientos mineros que deben obtener permiso. “Derecho Minero es parte del Derecho que establece las normas de la explotación minera” (Golstein, 2017, p. 212).

Derecho Minero como aquella parte del ordenamiento jurídico público y privado que regula lo concerniente al dominio originario de las sustancias minerales, las actividades relativas a la adquisición, constitución, funcionamiento, conservación y pérdida de la propiedad de las minas y aquellas actividades auxiliares de la industria minera, así como también las relaciones que de estas actividades derivan. El derecho minero o derecho de minería es la rama del Derecho que regula las actividades que el hombre desarrolla en torno a la industria minera. Minería es la técnica, actividad e industria que se ocupa de la explotación de las minas.

Lira (2018) lo define como “el conjunto de normas jurídicas que establece la forma de constitución, conservación y extinción de las concesiones de exploración y de explotación mineras y regulan las relaciones de los particulares entre sí en todo lo relativo a la industria minera” (p.195).

El Derecho Minero es una rama del Derecho Privado cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto evitar la mayoría de conflictos sociales que en nuestro

país están vinculados generalmente con la actividad minera, debido al rechazo o reclamo de las comunidades por el impacto de esta actividad en el medio ambiente y en la salud de la población. A través de la minería se puede, por un lado, lograr de manera selectiva minerales y algunos otros materiales desde la mismísima corteza terrestre. Por otro lado, la minería es también una actividad económica que despliegan muchos países del mundo a través de la cual extraen elementos de la tierra valiosos, como los mencionados anteriormente, con el objetivo de obtener una ventaja económica a partir de su comercialización.

4. REFERENTES TEÓRICOS

Históricamente la situación de vulnerabilidad de las comunidades indígenas ha sido evidente en todos los países donde estos grupos habitan, el Ecuador no es la excepción; sin embargo en las últimas décadas los movimientos indígenas han logrado mediante constantes luchas el reconocimiento de muchos derechos, aunque persisten otros conflictos a superar, uno de ellos se encuentra asociado con el manejo que ha dado el estado a la explotación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios ancestrales, lo que ha provocado oposición frente a las actividades extractivas que no son ambientalmente sustentables. Frente a ello, aparece el derecho de la consulta previa libre e informada, como un instrumento que pretende garantizar y velar por los derechos colectivos de las comunidades, aunque es evidente que no ha sido ni es un mecanismo suficiente para lograr la plena vigencia de los derechos.

Dentro de los hallazgos encontrados y más relevantes, como referentes dentro de este trabajo investigativo se considera la tesis realizada por Mazariegos (2016), titulada "El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana", por la Universidad Complutense de Madrid. Este trabajo abordó el tema de la consulta previa, libre e informada, como una herramienta jurídica para la participación y el diálogo, y planteando una propuesta que aporta a la investigación que se lleva a cabo, dentro de la cual se promueve una consulta que a más de sus aspectos principales previos, libres e informados, sea también vinculante. Uno de los métodos de la investigación usados por la autora fue el

método del caso extendido o caso ampliado, que busca examinar la sociedad a partir de una situación de conflicto.

En la misma línea de investigación se encontró el trabajo realizado por Tovar, (2019) titulado: “El derecho a la consulta previa, alcances y efectos en el ordenamiento jurídico colombiano”; el autor enfatiza su estudio en el análisis de la evolución de la consulta previa como derecho fundamental, en el derecho internacional y el derecho interno, y su eficacia en el marco del modelo político económico de Estado, establecido en la Constitución colombiana, analizando de igual manera sentencias que son un sustento para la investigación en el tema de ponderación de derechos.

Igualmente se revisó el trabajo especial de grado de Calle (2019) titulado “El proyecto minero río blanco y la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada” de la Universidad del Azuay. Esencialmente el trabajo revisado analiza y desarrolla el derecho colectivo a la consulta previa libre e informada establecida en la Constitución del Ecuador y demás tratados internacionales, a la luz de la vulneración de este derecho de los pueblos y nacionalidades en el caso Rio Blanco, mediante un análisis cualitativo en este caso se procedió a realizar entrevistas y diálogos con actores políticos y académicos representativos, enfocándose también en los estándares internacionales de la consulta, cuyo análisis es de interés para nuestra investigación.

Otro trabajo de investigación analizado fue el presentado por Yanqui (2015), como tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, titulado: “Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio”. Este trabajo investigativo, se enfocó parcialmente en el estudio de la consulta previa en el escenario peruano, donde igualmente se evidencia la marcada contradicción entre la propia Constitución que tampoco consagra como vinculante el pronunciamiento del consultado, sino que deja abierta la posibilidad de que el consultante mediante una resolución señalada como motivada, pueda dejar sin efecto el pronunciamiento

hecho por el consultado, confirmando que los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas quedan en letra muerta.

Igualmente se revisó el trabajo presentado por el López (2016) titulado: “Análisis jurídico doctrinario para una propuesta de reforma constitucional que considere el carácter vinculante a la consulta previa, libre informada en relación de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables” de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, en el cual partiendo desde un análisis histórico del derecho a la participación, seguido de un estudio de la normativa legal nacional e internacional existente relativo a la explotación de recursos no renovables, termina proponiendo la necesidad de una reforma constitucional que le otorgue el carácter vinculante a la consulta previa, libre e informada, característica que actualmente no se encuentra estipulado en la legislación nacional ecuatoriana y cuyos avances son tomados como referencias de estudio.

Así también se analizó, el trabajo de tesis elaborado por Vargas (2013), titulada “La consulta previa, libre e informada en el Ecuador: una lectura desde el pensamiento crítico”, trabajo que encerró una perspectiva crítica, de la institución de la consulta previa, libre e informada en su presencia histórica real, detallando las contradicciones que surgen en la diversidad de actores e intereses en juego, visibilizar las condiciones que la institución de la consulta previa, libre e informada reclama para su funcionamiento; así como también las consecuencias que su realización genera en el campo de los derechos de los pueblos indígenas, aspectos tratados en este trabajo que son un aporte para la investigación.

4.1. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco normativo internacional, surge como una necesidad de mostrar la sistemática exclusión de estos pueblos en la historia de la humanidad. Las demandas de los movimientos sociales por un reconocimiento de la identidad cultural propia, el

desarrollo de la democracia local de comunidades indígenas, la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades y, por lo mismo, el reconocimiento de derechos asociados a estas ideas, especialmente en países en los que existe un gran porcentaje de personas autodefinidas como indígenas, han permitido posicionar y discutir a nivel internacional nuevos imaginarios de cambios políticos y sociales.

Desde 1977, con la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas, se discutieron temas relacionados, por un lado, con la discriminación y racismo contra los pueblos indígenas y, por otro asociados a la contribución de dichos pueblos al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual de las sociedades en todo el mundo; llegando a determinar que la discriminación que enfrentan estos pueblos indígenas tiene múltiples y variadas formas y expresiones que afectan todos los derechos y todas las libertades universalmente reconocidos.

A partir de ese hecho y en consonancia con los postulados contenidos en varios instrumentos internacionales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros relacionados con la prevención de la discriminación; se abren espacios de diálogo en instancias internacionales como Naciones Unidas para sentar las bases del reconocimiento de algunos derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el de consulta previa, libre e informada.

Así, instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, señalan la ruta del ejercicio del derecho de consulta previa, libre e informada. Del contenido normativo de estos dos instrumentos se desprende que la consulta previa, libre e informada constituye una obligación de todos los Estados con los pueblos interesados. Se la debe realizar mediante procedimientos apropiados, según las características socio - culturales de los pueblos y de buena fe, y a través de instituciones representativas de los pueblos.

La CRE (2008), de corte garantista, normativa y rígida, configura un nuevo paradigma político - jurídico, en el cual la Constitución “no es solamente una

manifestación de la potestad estatal suprema, por medio de la cual se organiza el poder y se establece el marco del derecho ordinario, sino se convierte en el cuerpo normativo tutor de los derechos fundamentales” (Narvaez, 2012, p. 534).

El derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, que fue reconocido en la Constitución Política del Ecuador de 1998, cobra un sentido mucho más amplio en la Constitución ecuatoriana vigente, pues en la anterior se reconocía sólo a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados solamente en los casos que involucren actividades extractivas de recursos naturales no renovables; mientras que en la actualidad, el Estado tiene la obligación de consultar no sólo a pueblos indígenas, sino a comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades y además de los casos de extracción de recursos no renovables, también previa adopción de medidas legislativas que puedan afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Así, la Constitución del Ecuador del (2008) establece en el:

Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

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

Numeral 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. De la lectura de este artículo se desprende que la consulta, como uno de los derechos colectivos está previsto para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, y previo a la adopción de medidas legislativas (p.23).

El avance constitucional en el Ecuador en materia de reconocimiento de los derechos colectivos, y en especial el de la consulta previa, libre e informada para las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades es importante, en tanto que ha creado mecanismos para construir nuevas relaciones desde un enfoque

plurinacional del Estado ecuatoriano. A pesar de ello, en la práctica no se evidencia un rompimiento de las estructuras sociales colonizadoras, lo cual se puede limitar el pleno ejercicio de este derecho y el resto de los derechos humanos.

4.1.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN

El derecho de participación cobra especial atención y se ha venido desarrollando a partir de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos (1948), que en su artículo 21, señala “que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos” (p.21).

En el Ecuador, a consecuencia de las movilizaciones y protestas sociales, se ha logrado el reconocimiento de otras formas de participación además de las tradicionales, lo que implica que el sujeto de este derecho no sea únicamente el ciudadano común, sino que existan los llamados sujetos colectivos de derechos, es decir que hablamos de un derecho de participación reconocido para todos los ciudadanos ecuatorianos y uno específico para los pueblos y nacionalidades indígenas. Los pueblos indígenas constituyen un caso de aplicación de la teoría de los derechos de grupos, quienes han reclamado un reconocimiento de su diferencia y esta diferencia es reconocida a su vez como valiosa.

El derecho a la consulta previa, como mecanismo de participación. Chasiguano (2006) afirma que:

....ha ocasionado que hayan sido víctimas de violación de sus derechos, afectando su estilo de vida ancestral, su integridad, sus costumbres, frente a ello surgió la necesidad de la creación del derecho a la consulta previa, como un mecanismo de participación tendiente a facilitar un diálogo con las comunidades cuyos derechos pueden verse afectados, a causa de los procesos extractivos en sus territorios (p.78).

En su informe temático la Consulta Previa, un Derecho de Participación. La Defensoría del Pueblo (2011) afirma que:

... la participación es un derecho humano que busca viabilizar que las personas, comunidades y pueblos participen en la vida social y política de los Estados; sin

embargo, este derecho humano, visto desde la diversidad étnica genera una mayor complejidad, pues busca salvaguardar la recreación de estas entidades históricas con identidad y culturas propias, frente a decisiones estatales que puedan afectarlas (p. 23)

En los últimos años, la participación en sus diversas dimensiones, se ha convertido en el elemento central de las protestas ciudadanas, teniendo como protagonistas principales a grupos sociales y a la población indígena, pero para efectos de este estudio se alude a la participación ambiental, íntimamente relacionada con las comunidades indígenas, dada la estrecha conexión existente entre estos pueblos y el medio ambiente. La participación en las normas e instituciones que configuran la propia comunidad es un derecho humano básico y forma parte del desarrollo humano.

Asimismo, la participación permite alcanzar la justicia ambiental, esta afirmación se fundamenta en diversos estudios llevados a cabo en los Estados Unidos a partir de los años 70, en los cuales se pudo visualizar la situación de vulnerabilidad de determinados grupos, particularmente afroamericanos, latinos y personas de escasos recursos, quienes por su frágil situación eran especialmente víctimas de los efectos contaminantes de las actividades de extracción, al carecer de herramientas de participación que les permitan interactuar de manera igualitaria en los procesos de toma de decisiones.

Enríquez (2013) afirma que: “se puede comparar con la situación de la problemática de las poblaciones indígenas, que se han visto inmersas en un conflicto de desigualdad ambiental, ocasionada porque los recursos naturales a ser explotados se encuentran en sus territorios” (p. 239).

El derecho de participación se encuentra reconocido en el artículo segundo, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece que los pueblos y comunidades indígenas deben participar junto con el gobierno en el desarrollo de políticas públicas con miras a proteger sus derechos; que, deberán asumir la responsabilidad con la participación de los pueblos interesados, lo cual guarda relación con el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2008) que señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas,

jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (p. 4).

Frente a esta situación, los estados se han visto en la necesidad de impulsar cambios en el ámbito normativo y constitucional para proteger los derechos de los pueblos indígenas, implementando derechos como la autodeterminación y el derecho de participación; así nuestro texto constitucional, reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, el derecho de participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras “y el derecho a la consulta previa sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otro lado, surge la pregunta ¿Por qué es importante la participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones que puedan afectarlos?

Es necesario señalar primeramente que dentro de un estado democrático, para que una decisión sea legítima debe lograr la participación de la mayor parte de los involucrados, mediante un proceso de deliberación y de decisión encaminado hacia el interés público antes que al privado, en vista que el principio democrático exige la inclusión de todas las perspectivas, estado, comunidades, expertos, en el proceso de decisión, esto quiere decir que la participación no es simplemente una negociación, pues de este proceso emergerán las pautas que serán consideradas prioritarias por el estado, esto dentro de los límites facticos y jurídicos. Así mismo se requiere que las partes involucradas sean capaces de vislumbrar otras perspectivas (Enriquez, 2013, p. 259)

4.1.2. LIMITACIONES DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR

En primer lugar, y pese a que nuestra Constitución, en el artículo 57 numeral 7 establece el derecho que tienen los pueblos indígenas a la consulta previa, este reconocimiento al mismo tiempo ha generado varios cuestionamientos, al ser

considerada simplemente como una manera de imponer la decisión del Estado, esto se evidencia en la parte final del artículo antes citado, en el cual se detalla que de no obtenerse el respectivo consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforme a la Constitución y la ley.

En este mismo sentido, la Constitución en su artículo 313 señala:

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.- Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El Estado dotado de la potestad única de decidir sobre los recursos naturales no renovables existentes en el territorio, ocasionaría una inminente vulneración de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas al no permitirles efectivizar su derecho a decidir sobre su entorno y participar en la toma de decisiones o acciones que los afectarían directamente.

De la misma manera, la falta de ley que regule el ejercicio de la consulta previa es otra de las problemáticas que se presenta en torno al derecho a la consulta previa, pues aunque dentro del marco Constitucional se reconoce este derecho al igual que en los instrumentos internacionales de derechos humanos se hace constar los principios que deberán regir su ejercicio, también es cierto que el contenido de los derechos solo puede ser regulado por una ley orgánica, misma que a la fecha actual no existe. Cabe señalar que por el principio de reserva de ley es necesaria la promulgación de una ley que regule el derecho, y no como se lo viene realizando en nuestro país únicamente con normativa secundaria, con decretos, es la ley que debe contener el procedimiento de la consulta, el tiempo a tomarse, los parámetros y alcances y las reparaciones e indemnizaciones correspondientes en caso de incumplimiento.

La reserva de ley además de ser un principio es una garantía que protege a los ciudadanos, controlando el poder del Estado. El artículo 132 de la Constitución le otorga a la Asamblea nacional la facultad entre otras de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, es decir este es el órgano llamado a regular el ejercicio del derecho a la consulta previa mediante una ley, y no el ejecutivo mediante reglamentos o decretos.

Se debe recalcar que en materia de derechos fundamentales le corresponde un tratamiento especial, lo conocido como reserva de ley, es decir solo pueden desarrollarse mediante una ley. Adicionalmente este principio se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad en este caso bajo el precepto que le corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional la capacidad para hacer normas con fuerza de ley.

El instructivo para la aplicación de la consulta pre legislativa promulgado en el año 2012 es un claro ejemplo de la vulneración al principio de reserva de ley, pues no tiene categoría de una ley orgánica pero se pretende que regule un derecho, además no reúne los requisitos mínimos estipulados en los instrumentos internacionales, mucho menos recoge el contenido de la Constitución y sobre todo no se toma en cuenta la esencia del derecho a la consulta previa, sino al contrario le da un sentido sencillamente informativo, mismo que es insuficiente para que los consultados puedan conocer el real alcance, consecuencias y las implicaciones de la consulta.

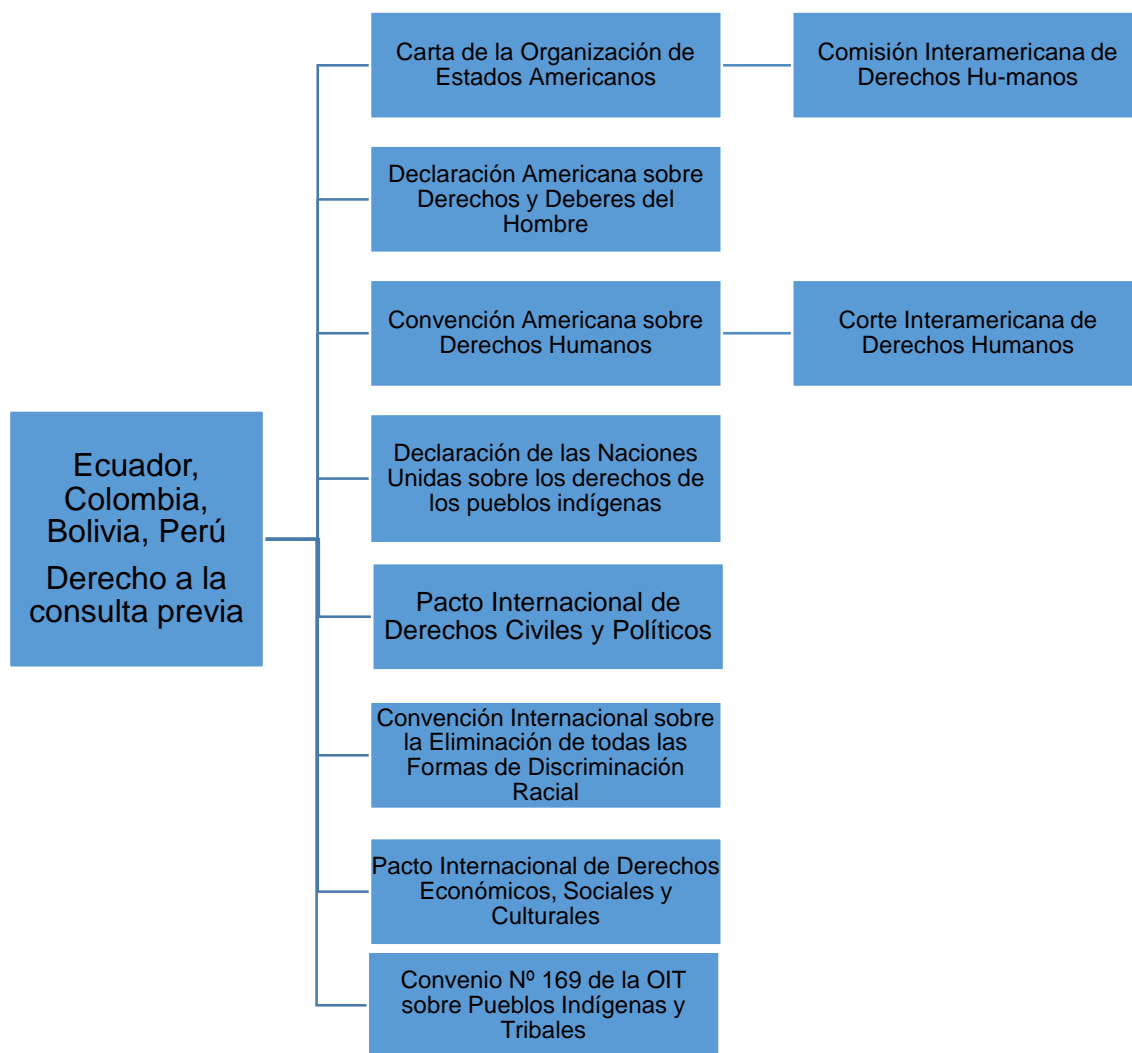
4.1.3. LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA EN EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL

El derecho a la consulta previa, libre e informada, de manera general se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales, de los cuales los países del área andina como Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú, son suscriptores y han ratificado la legislación mencionada, aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer casos de incumplimiento de las obligaciones consagradas en la Convención Americana tal como se detalla en el siguiente gráfico.

El conocimiento sobre la diversidad cultural del país y el entendimiento sobre interculturalidad son elementos que están presentes en los procesos de consulta previa, en la toma de decisiones a todo nivel, que afectan directamente la pervivencia física y cultural de estos pueblos. Por ello es fundamental que las personas que intervienen en los procesos de consulta previa, adquieran herramientas para la comprensión de la diversidad cultural de la nación más allá de los folclorismos.

La consulta previa pone en evidencia diferentes tensiones que existen en la sociedad y en el Estado, la principal de ellas relacionada con el concepto de desarrollo. Una de las funciones que tienen los procesos de participación en los sistemas democráticos es llevar las aspiraciones de los ciudadanos a la formulación de leyes y políticas. La consulta previa como derecho de participación busca que los grupos étnicos y sus comunidades decidan sobre sus propias prioridades de desarrollo y participen activamente como actores políticos en el Estado.

Figura 1. Consulta previa, libre e informada en el marco legal internacional.



Fuente: Elaboración propia (2020)

La consulta previa como un derecho, ha sido analizada por varias organizaciones nacionales, internacionales y es objeto de estudio durante las dos últimas décadas especialmente a partir de la promulgación del Convenio 169 de la OIT, en relación a este derecho. La Defensoría del Pueblo del Perú (2017) afirma:

Es el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de forma previa a la aprobación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, por ejemplo, se debe consultar cuando: se emprende o autoriza la prospección o explotación de recursos naturales en su territorio; se emite una ley u ordenanza que los afecta; se realiza una obra de infraestructura que cambiará su modo de vida; se elaboran políticas públicas que los involucran en materia de educación, salud, tierras, territorio, idioma; entre otros supuestos establecidos por la normativa nacional e internacional (p.89).

En materia del derecho a la consulta previa, la norma central que la representa, es el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 6.1 establece que.

Al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán primeramente consultar a los pueblos interesados, aplicando procedimientos apropiados (previamente acordados con los pueblos respetando su derecho consuetudinario) y en particular a través de sus instituciones representativas (asambleas o representantes elegidos por los mismos pueblos), cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente (p.21).

En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (2008) afirma que:

Tiene el sistema de derechos humanos y por esa vía, es crear las condiciones para exigir a los Estados miembros, la implementación de todas las disposiciones contra la discriminación contenidas en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y aborda lo referente a la consulta previa, señalando que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (p.8).

En este caso, para que una entidad del Estado, proceda a dar paso a una medida legislativa, o administrativa (concesiones o licencias mineras), es necesario que previamente se efectue el proceso de consulta previa, misma que debe cumplir con las condiciones de haberse llevado a cabo de manera adecuada, respetando el debido proceso y que se garantice el derecho de los pueblos, siendo indiscutible que los consultados son los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, la consulta se practicará antes de aprobar por ejemplo una concesión minera, y la manera de hacerlo es de buena fe, es decir el ejecutivo no puede ni debe tener de antemano una decisión ya estructurada.

En esta línea, en la aplicación que han hecho del derecho de propiedad la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (1984) elaboró una interpretación del derecho a la propiedad privada estipulada en el artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pese a que en la Declaración no se hace referencia en sí al derecho a la consulta, en la interpretación realizada por la CIDH, se define a la propiedad privada en un

sentido mucho mas amplio del que consta en un régimen jurídico formalista. Pues se incluye dentro de este criterio, los bienes comunales indígenas que derivan y se fundan en la costumbre y la tradición indígena, de lo cual surge la obligación estatal de consultar a los pueblos indígenas, cuando su derecho a la propiedad comunal pueda verse afectada, a menos que se haya obtenido de los mismos su consentimiento previamente informado y en condiciones de igualdad.

Hecho similar ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, misma que no establece explícitamente este derecho en su articulado; sin embargo mediante interpretación del derecho a la propiedad privada y la jurisprudencia de la CIDH se impone la obligación de consulta. Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando la Convención Americana, en el caso *Saramaka vs. Surinam* determinó que el Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas con la finalidad de garantizar su efectiva participación, adicionalmente se establece criterios dentro de los cuales debe efectuarse la consulta, expresando que debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo, o inversión y no solamente cuando se presente la necesidad de obtener la aprobación o consentimiento del pueblo, esto con el fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.

La Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (2016) uno de los instrumentos mas recientes, introduce un aspecto importante en referencia a los derechos de los pueblos indígenas, se trata de la necesidad de obtener el consentimiento, que va mas allá del derecho de los pueblos a ser consultados. “La Declaración establece el consentimiento en materia de adopción de medidas administrativas y legislativas y proyectos vinculados con sus tierras, territorios y recursos naturales” (p.23).

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1969) hace mención a la obligación de los estados partes de proteger a cualquier grupo que fuera distinguido por su raza, color, linaje u origen nacional o étnico, y no incurrir en ninguna practica de discriminación por estas causas, en el numeral 5 de la recomendación general No. 23 establece que:

El Comité exhorta especialmente a los Estados Partes a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios (p.45).

Dentro del mismo contexto el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1976) pese a no incluir formalmente el derecho a la consulta previa, mediante análisis realizado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha destacado que es obligación de los estados consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten y, como también estipula que se consiga el pleno consentimiento de los pueblos indígenas susceptibles de afectación.

De forma similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, en su artículo 27 dispone:

en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (p.56).

Puesto que, el artículo 27 antes citado no hace referencia concreta al derecho a la consulta previa, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas mediante Observación General N° 23, entre otros aspectos señaló que los derechos culturales de estas minorías como pueblos marginados se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios; por lo que es necesario adoptar medidas jurídicas positivas de protección, a la par con medidas para asegurar la participación de los miembros de las comunidades indígenas en decisiones que les pudieren afectar.

A nivel internacional se ha logrado el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y esto en gran medida se debe a la existencia y creación de mecanismos y de instancias que se encargan de vigilar la aplicación y cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Así mismo, se ha desarrollado normativa referente a la consulta previa, por parte de organismos multilaterales de crédito como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

los cuales han establecido directrices y estándares a favor de este derecho en relación con los pueblos indígenas, como requisito para acceder a créditos aplicables a proyectos de desarrollo; así se establece que en cada proyecto financiado por el Banco Mundial y que pudieren afectar a los pueblos indígenas, deberá “efectuarse un proceso de consulta previa, libre e informada con las comunidades; mientras que en el caso del BID, el propósito de la consulta es lograr un acuerdo u obtener el consentimiento” (Vargas, 2018, p.23).

4.1.4. LA CONSULTA PREVIA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Es necesario señalar que, a nivel interno, la base jurídica de la Consulta Previa está plasmada básicamente en tres instrumentos: la Constitución del Ecuador, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas. El Ecuador estableció en su marco constitucional dos tipos de consulta, primeramente la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas en el caso de actividades extractivas de recursos naturales no renovables en sus territorios, y otra relacionada con la consulta ambiental, para el resto de la población, esto con el propósito de que el Estado cuente con los criterios previos de la comunidad, en temas que puedan afectar al medio ambiente.

El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas se encuentra reconocido a lo largo del texto Constitucional del Ecuador, así en el capítulo primero

relacionado con los principios de aplicación de los derechos artículo 10, se establece: Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. En el mismo capítulo el artículo 11 numeral 7 se estipula que, el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

En referencia a los derechos de las comunidades indígenas de gozar de los beneficios de los recursos naturales existentes en sus territorios, el artículo 74 de la norma *ibídem* prescribe que: Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado; así también el artículo 84 de la norma *ibídem* establece:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (p.45).

De igual forma, el Título VI Régimen de Desarrollo, inciso final del artículo 275 *ibídem*, se establece que el buen vivir o *sumak kawsay* requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza. Adicionalmente en relación a los principios ambientales, el artículo 395 señala:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad

- y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
 3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
 4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

De lo expuesto, se puede señalar que el derecho a la consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas que está previsto para los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; previo a tomar medidas que puedan afectarlos; no obstante, los límites de su alcance, su propósito y efecto jurídico aún son producto de discusión y análisis de tratadistas, estudiosos y en resoluciones de sentencias emitidas a nivel nacional e internacional relacionadas a la consulta, sus efectos, y la interpretación constitucional aplicable en los casos de vulneración de este derecho.

Al respecto Vargas (2018) manifiesta:

... para determinar el verdadero alcance de esta norma, este derecho debe ser leído de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia e interpretado desde un enfoque sistémico de la Constitución, tal como lo dispone la Corte Constitucional ecuatoriana para cuando existan dudas sobre el alcance de una norma (p.26).

Existen varias sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, en las cuales se ha pronunciado en el sentido que la Constitución debe ser leída como un todo orgánico e integral, con un enfoque sistémico, en donde la interpretación que las autoridades realicen de alguno de sus preceptos, debe ser en relación con sus demás postulados, por lo cual al presentarse dudas sobre el alcance de una norma, esta debe ser interpretada con relación a las demás normas que traten sobre aspectos análogos y tomando en consideración los tratados y convenios internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador forma parte.

Actualmente el derecho a la consulta, se encuentra regulada en la legislación nacional e internacional y la omisión de cumplimiento de este derecho acarrea por lo tanto responsabilidad internacional, un ejemplo de ello, es la sentencia obtenida en el caso del pueblo Indígena Kichwa Sarayacu vs Ecuador en el cual mediante sentencia de fecha 27 de junio de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que el Estado es responsable de la vulneración de varios derechos entre los cuales consta el derecho a la consulta, y disponiendo en forma de reparación, la obligación del Estado de consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

La sentencia N.º 001-10-SIN-CC dictada el 8 de marzo de 2010, relativa a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la Corte Constitucional determinó que, debido a la falta de cuerpo normativo, que debería regular el contenido de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación que se aplicó de forma anterior a la aprobación de la Ley de Minería, si se lo realizó de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador (Corte Constitucional del Ecuador, 2010).

Otra de las sentencias, es necesario partir de la realidad del país, se tiene como referencia la sentencia del Caso 16171-2019-00001, una acción jurisdiccional de protección, por vulneración del Derecho Colectivo a la consulta previa, libre e informada; que nace de la propuesta planteada por la nacionalidad Waorani del Ecuador, a través de su coordinadora nacional CONCONAWEP, especialmente; y demandado al Estado Ecuatoriano.

La Nacionalidad Waorani de la provincia de Pastaza, desde el año 2015, ha logrado visibilizarse con un mapeo de la ubicación, física y territorial dentro de los territorios ancestrales amazónicos en el Ecuador, indicando que no se trata solo de tierras si no que esta nación Waorani tiene su territorio definido, de pertenencia y permanencia ancestral, intactos, que los asisten, determinando 15 comunidades Waorani, que se encuentran afectadas por el bloque 22 próximo a licitarse como

son: Obepare, Daipare, Awenkaro, Teweno, Kenaweno, Toñampare, Damointaro, Nemompare, Kiwaro, Tzapino, Tepapare, Gomataon, Akaro, Tarangaro, Kemono, Titepare, dentro del Cantón Arajuno (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

La CONCONAWEP con su estatuto considera, que todas las comunidades y organizaciones asentadas en su territorio, son parte de la federación de la nacionalidad Waorani, garantiza que cada miembro se rija por su derecho propio y consuetudinario. Desde el año 2010 el Estado ecuatoriano ha anunciado rondas de licitación petrolera en una superficie de 1.3 millones de hectáreas dentro de las cuales estarían territorios de 7 nacionalidades indígenas como Achuar, Andoa, Quichwa, Sapara, Shiwar, Shuar, Waorani y los pueblos aislados Tagaeri y Taromenane, en el año 2012 licitan 13 bloques en la onceava ronda de la empresa Petroamazonas, mostrando interés las empresas TECPETROL, Andes Petroleum, REPSOL, en enero del 2016 se suscriben dos contratos de exploración y explotación con las empresas China National Petroleum Corporation (CNPC) y China Petrochemical Corporation (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Del decreto 1247 restringe derechos colectivos de consulta previa, libre e informada, reduciendo a un procedimiento formal, no garantista que desvirtúa el espíritu y propósito de la consulta, omite incluir información respecto de los posibles perjuicios sociales, irrespetando los mecanismos autónomos y diferenciados de los pueblos indígenas, con respecto a medidas a ser adoptadas, tampoco menciona tema alguno sobre el consentimiento previo de las comunidades. Tratándose de una consulta no vinculante, desconociendo el propósito del alcance la consulta previa, ya que el decreto 1247 no fue sometido a consulta o participación de las comunidades o pueblos que resultan afectados, pretendiendo restringir este derecho constitucional prescrito en el artículo 57 numeral 7 de la norma suprema.

En febrero del año 2018, el presidente de la República Lenin Moreno, reabre la ronda petrolera del suroriente, para el segundo semestre de ese año con la modalidad de contratos de participación, menciona el ministro de hidrocarburos Carlos Pérez García, para octubre del año 2018 realizar en Quito, el treceavo encuentro anual de energía, minería y petróleo con perspectivas de inversión, considerados estratégicos para el país, insistiendo en la ronda petrolera suroriente y la licitación de los bloques 86 y 87, en la que la CONAIE a través de su vocero rechazaron dicha licitación por considerar que se estaban vulnerando sus derechos, en especial a la consulta y consentimiento libre previo e informado.

En mayo de 2018, las comunidades Waorani de Pastaza reunidas en asamblea decretan su autodeterminación, respaldando a las autoridades ancestrales en las que declaran el territorio libre de actividades extractivas, la no venta del territorio, y consideran innecesarios los procesos de consulta por no garantizar su real objetivo que es el otorgar su consentimiento, lo que habría llevado a dividir, confundir y el malestar dentro de las comunidades (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

Con esta acción constitucional se indica la violación de los derechos colectivos, con la mal llamada consulta previa para la ronda petrolera 11 teniendo falencias, consecuencias y amenazas, en el proceso de aplicación de la consulta que no tiene estándares internacionales; calificando de ineficaz y contraria a la constitución, y la obligación del Estado, en un enfoque de derechos humanos, como son los derechos de la naturaleza, autodeterminación consagrados en la Constitución en los numerales 1,7 y 9, al ser una amenaza respecto al territorio de las comunidades como determina la constitución en el artículo 57 numerales 1,4,5,8,9,11,12 y 13; y, los derechos de la naturaleza, y del numeral 7 del artículo 57, indicando que el proceso de consulta no cumple los estándares a decir en el decreto 1247, referente a la consulta previa en cuanto carece de estos estándares de tratados internacionales, irrespetando el consentimiento, la interculturalidad, la estructura interna de la comunidad y excluyendo de este proceso a sus autoridades ancestrales como los Pikenani, pretendiendo que con una sola reunión afirmar el mecanismo de consulta para acelerar la explotación petrolera (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 16).

En el análisis de la presente sentencia es necesario observar los testimonios que constan dentro del caso en concreto, por parte de expertos que conocen y han investigado acerca de costumbres ancestrales y formas de organización dentro de los territorios y de las comunidades Waorani, en este sentido se hace un informe donde se analiza la aplicación y ejercicio del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada en el proceso de licitación del bloque 22, en la ronda Suroriente de actividades de extracción petrolera:

Testimonio de la Antropóloga Catalina del Carmen Campo Imbaquingo, la misma que señala, que dentro de una investigación en la parroquia Curaray, zona que se encuentra el bloque 22 y las comunidades Waorani afectadas por el proceso de extracción de hidrocarburos en la cual analiza tres aristas:

Uno de los antecedentes que tiene un acercamiento de la cultura Waorani, un segundo que es el estudio comparativo en sí mismo con las variables de relacionamiento con el territorio, salud, educación, actividades productivas, autonomía, relacionamiento con las empresas petroleras, y organización

sociocultural; y un tercer momento se centra en el análisis de los elementos de la consulta previa y de los elementos cultural y territorial de la misma para específicamente el territorio Waorani (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019, p. 29).

En este contexto cabe observar que, dentro de este testimonio y de la investigación realizada por parte de la antropóloga Campo, los estudios y resultados que ha obtenido después de la convivencia en territorio acerca de su cultura y tradiciones ancestrales, así también y no menos importante, la organización social y cultural y la forma de adoptar medidas y tomar decisiones por parte de sus autoridades ancestrales, legitimadas mediante la democracia comunitaria, en este sentido señala que la organización tradicional Waorani es una organización clánica en donde hombres y mujeres tienen ejercicios de poder y relacionamiento de toma de decisiones que no se da en una cita (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

En el argumento por parte de la defensa del ministerio del Ambiente indica que el Estado ecuatoriano no ha vulnerado el derecho a la consulta previa y el derechos a la autodeterminación indicando que la Secretaría de Hidrocarburos ha desvirtuado hasta la saciedad con la reproducción de videos y afirma que el ministerio del Ambiente participó del componente ambiental en este proceso de consulta previa para la ronda suroriente bloque 22, en la que participaron en tres audiencias en las comunidades de Arajuno, Toñampare y Kiwado, en donde se les había explicado la normativas referentes a la constitución y al decreto 1247, correspondiendo a este ministerio el apoyo técnico ambiental en el proceso de consulta previa en el que se había explicado sobre las actividades de explotación, normas técnicas, etapas, características ambientales de la industria hidrocarburífera a realizarse a futuro refiriéndose a la Ley de Gestión Ambiental que regía en el año 2012 (Sentencia N. 16171-2019-00001, 2019).

4.1.5. NORMATIVA SOBRE LA EXPLOTACIÓN MINERA EN EL ECUADOR

La Ley de Minería, emitida mediante Ley 45, publicada con Registro Oficial 527 el 29 de enero de 2009, con su última reforma de 28 de julio de 2020 y con estado de norma reformada y vigente, tiene como finalidad normar el ejercicio de los

derechos que tiene el Estado Ecuatoriano para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero. Que en su artículo 1 establece:

El Estado podrá delegar su participación en el sector minero, a empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales (Ley de Minería, 2009, p. 56).

Un año después de su promulgación, la mencionada Ley de minería fue materia de la demanda de inconstitucionalidad, la misma que se resuelve declarando la constitucionalidad condicionada y al mismo tiempo se establece la obligatoriedad de realizar la Consulta Previa en toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afro ecuatorianas para garantizar sus derechos colectivos (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2018).

Igualmente en la misma sentencia antes citada, la Corte Constitucional refiriéndose al alcance de la consulta determinó lo siguiente:

...siendo que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados si tiene una connotación jurídica especial [...], sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado (Corte Constitucional, 2010, p. 55).

El Estado ecuatoriano, en su informe oficial al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de Naciones Unidas del 6 de febrero de 2012, afirmó:

En lo que se refiere al marco legal, tanto para el sector minero como para el hidrocarburífero, la actual Constitución de la República del Ecuador determina, en su artículo 261, numeral 11, que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre los recursos energéticos, minerales e hidrocarburíferos y el artículo 313 determina que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos bajo los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (p.18).

En Ecuador, en el año 2012, mediante Decreto Ejecutivo 1247 se expidió el Reglamento de Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos, aunque cabe mencionar que dicho decreto

es muy discutido a tal punto que fue tildado de inconstitucional, “pues es conocido que el paso de la norma constitucional para su aplicación requiere de la aprobación de una ley orgánica que regule la consulta previa, libre anticipada” (García, 2014, p. 34).

Sin embargo este particular no ha sido considerado hasta la presente fecha, pese a que es indiscutible que al ser la consulta previa un derecho colectivo de los pueblos indígenas y reconocido en la Constitución, se exige la aprobación de una ley orgánica, mientras que, por otro lado, en tema de minería no existe todavía ningún tipo de regulación. Frente a lo planteado y carencia de regulación en materia minera, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en cuanto a las Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador, celebrado el 18 de octubre de 2019, en el numeral 17 relacionado con el derecho a la consulta previa señala:

El Comité está muy preocupado porque no se aplique de manera generalizada el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes a la consulta previa en decisiones que los puedan afectar. El Comité está también preocupado por la persistencia de la vigencia del Decreto Ejecutivo núm. 1247, de agosto de 2012, y porque no se reconozca el consentimiento previo, libre e informado (p.94).

Y a la vez recomienda al Estado ecuatoriano, la necesidad de renovar la normativa mediante la realización de una consulta con los pueblos indígenas sobre la elaboración de un marco legal administrativo y de política pública necesaria para el disfrute del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos. Lo expresado en las recomendaciones es sin lugar a dudas de gran importancia, ya que por parte de las autoridades ecuatorianas ya se había mencionado que el reglamento para la consulta previa, libre e informada de las comunidades en el caso de las actividades mineras está casi listo y solamente se espera que la Presidencia de la República emita el instrumento, vía decreto ejecutivo, lo cual es preocupante, ya que estaríamos frente a otra clara violación de las garantías jurídicas.

Del mismo modo, al respecto de minería y pueblos indígenas, el comité, determina que es preocupante el incremento de concesiones mineras en los

territorios indígenas y la falta de protección de sus territorios, igualmente preocupante es el hecho de que exista flexibilización de las normas de actividades extractivas, y a la vez el impacto de la minería a gran escala y otras actividades extractivas en el medio ambiente. Adicionalmente, es importante resaltar que, a pesar de que la consulta previa es un derecho, en virtud de la autodeterminación de los pueblos indígenas, resultaría imposible consultar a los pueblos que se mantienen en aislamiento voluntario. En síntesis, es cierto que se ha venido regulando los derechos fundamentales irrespetando las vías procedimentales establecidas, creando reglamentos que favorecen únicamente las actividades extractivas y violando claramente los derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto Amazon (2020) señala:

La versión de “participación” que el gobierno prevé es restringida y expresamente excluye a quienes no comparten los planes extractivistas mineros del gobierno. Eso no es participación, eso es reducir los derechos fundamentales a meros procedimientos administrativos”, criterio que es compartido por otros autores que igualmente manifiestan que: “La consulta sigue siendo vista como un mero procedimiento o un simple trámite más del proceso de adjudicación de concesiones y permisos para actividades empresariales o estatales en sus territorios (p.89).

Si bien es cierto, la Corte Constitucional Ecuatoriana en sentencia declaró la inconstitucionalidad en su pronunciamiento referente al alcance de la consulta y además sostuvo que no era de carácter vinculante para el estado y las instituciones sectoriales, tampoco es menos cierto que refiriéndose a la opinión de los pueblos consultados, esta guarda una estrecha relación jurídica especial, sin que esto trascienda a una imposición de la voluntad de los pueblos indígenas hacia el estado ecuatoriano; es decir los instrumentos normativos responden a procesos normativos de cada país, con un fin muy débil hacia el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades ancestrales y tribales.

4.1.6. PROPÓSITO DE LA CONSULTA PREVIA

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones

representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, artículo 19).

En coincidencia a este mismo punto en discusión, el Convenio 169 de la OIT señala que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 de la OIT, 1999, artículo 6).

El propósito fundamental del derecho a la consulta previa, libre e informada es la participación directa de las comunidades pueblos y nacionalidades, sobre medidas administrativas que adopte el Estado, fundamentalmente las que afecten dentro de sus territorios, para garantizar este derecho colectivo es primordial que el Estado llegue en un primer momento a celebrar acuerdos y fundamentalmente a obtener el consentimiento por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, respetando y garantizando su permanencia en estos territorios y el principio de plurinacionalidad.

En conformidad con este tema López (2016) afirma:

La consulta es de gran relevancia e importancia en especial para las comunidades indígenas y nacionalidades titulares de derechos colectivos garantizados por el Estado. A través de la consulta se cumple con el deber primordial del Estado de defender el patrimonio natural y cultural, protegiendo el medio ambiente, promoviendo la participación ciudadana, garantizando el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y garantizando la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

La Consulta previa es un derecho colectivo creado como una garantía a los pueblos indígenas para que permanezcan viviendo de acuerdo a su propia organización política y social en sus territorios. Este derecho está profundamente relacionado con el derecho al territorio y la libre determinación consagrado en la carta magna que también reconoce que el Ecuador es un Estado Plurinacional (p. 28).

Tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT, y respetando el derecho a la libre determinación, el principal objetivo de la consulta previa, libre e informada es obtener el consentimiento de los pueblos, nacionalidades y comunidades

indígenas, afro ecuatorianas y montubias, respecto de medidas administrativas que se vayan a adoptar, por parte del Estado, es decir, “a través de la consulta no se intenta, captar un permiso o un acuerdo sino la oportunidad de que los pueblos interesados puedan participar activa y libremente en la formulación, evaluación y dirección de los programas que puedan afectarlos” (López, 2016, p. 29).

Dentro de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, nos aclara cuando es obligación del Estado obtener el consentimiento previo, libre e informado, en los siguientes casos: cuando se requiera el desplazamiento o traslado de sus tierras y en caso de depositar material peligroso en sus territorios. La Corte IDH clarifica sobre el carácter vinculante del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas sobre medidas adoptadas por parte del Estado en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam señala:

[...] Asimismo, La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Es decir que respetando el derecho a la libre determinación de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, y el Estado Plurinacional que reconoce la Constitución del Ecuador, es uno de los propósitos de la consulta previa, libre e informada, es la participación activa de los pueblos indígenas en la formulación, evaluación y dirección de medidas que vaya a adoptar el Estado y que puedan verse afectados dentro de sus territorios respecto de su cultura y medio ambiente.

En este sentido el principal objetivo de la consulta previa, es el obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, respecto de medidas administrativas adoptadas por el Estado, este consentimiento es obligatorio especialmente en medidas o proyectos a gran escala que amenacen de manera inminente temas relacionados con territorio, cultura y medioambiente, de acuerdo a los tratados internacionales, y a la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH,

la misma que es vinculante para los estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

4.1.7. DERECHOS COLECTIVOS

A decir, de los derechos colectivos la Constitución del Ecuador en su artículo 10 reconoce: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (p.11).

De esta manera los derechos colectivos no se constituye una novedad, sino que es el resultado de la reivindicaciones políticas sociales y culturales que a través de la historia han alcanzado, de allí que el contenido de los derechos colectivos no constituye una novedad, estos han existido mucho antes de la creación del estado ecuatoriano y de la organización territorial andina, de allí, la marcada diferencia entre el contenido de los derechos y sus categorías de las cuales se encuentran revestidos, y el reconocimiento plasmados en el cuerpo normativo constitucional Ecuatoriano.

La interrelación de los pueblos urbanos con la naturaleza ha tenido una ruptura a tal punto que considera que es un objeto de los pueblos y nacionalidades indígenas, como resultado de la globalización y un sistema capitalista mundial que lo único que mira es la rentabilidad de la naturaleza y producir de ella sin reparo alguno, alterando bajo cualquier medio este rédito sin tomar en cuenta al humano tampoco a sus necesidades, y los ciclos vitales naturales que requiere la naturaleza para su preservación y productividad natural.

Ávila (2019) sostiene que:

El drama de nuestra relación con la naturaleza está relacionado con la “modernidad”. La modernidad comienza con un hecho violento: la conquista de América, y se caracteriza por tres pilares básicos: el racionalismo, la colonialidad y el capitalismo. Con estos tres ingredientes, se fractura nuestra relación con la naturaleza y olvidamos - al menos en el mundo occidental hegemónico toda una tradición de vínculos con ella. (p.116)

Por el efecto que sostiene el autor, es una necesidad que la Constitución se convierta en un diálogo nacional conforme el espíritu de Montecristi y que más allá

de crear normas y políticas desde la óptica personal para el gobierno de turno, se actué como un proyecto racional para la sociedad y con conciencia de cada ciudadano del respeto a la naturaleza, y dejar a un lado el antropocentrismo, tomando en consideración que la creación de la constitución es una cultura de la sociedad. Al hacer esta precisión es con el objeto que los derechos colectivos son parte inherente de la Pachamama y de quienes tienen un lazo directo con ella.

La Constitución de 2008 fortalece los derechos colectivos indígenas incluidos en la Constitución de 1998. Un primer cambio consiste en la titularidad de estos derechos. En la Constitución de 1998 los titulares son solo los pueblos indígenas, y los pueblos negros o afro ecuatorianos en lo que les fuera aplicable. En el artículo 56 de la Constitución de 2008 se amplían estos derechos también a las comunidades y nacionalidades indígenas, así como al pueblo afro ecuatoriano y a los pueblos montubios; la Constitución del 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos.

Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática, derechos de participación, derechos de libertad. Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución del 2008 los denomina derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo 10 son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo 11, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

Esta ampliación de la titularidad de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades indígenas pueden eventualmente demandar como tales no solo sus específicos derechos colectivos sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución. Así, por ejemplo, una nacionalidad indígena podría demandar contra actos violatorios de los derechos sociales, a los cuales la Constitución denomina derechos del Buen Vivir o *sumak kawsay*, o los derechos de grupos de atención prioritaria. De esta forma se impide la práctica que venía desarrollando el

Tribunal Constitucional del Ecuador de rechazar demandas de los pueblos indígenas por violaciones de sus derechos constitucionales bajo el argumento de que carecían de legitimación activa, capacidad para comparecer en juicio).

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora también en la regulación de garantías jurisdiccionales de la nueva Constitución. Estas garantías son los medios procesales para exigir a los jueces que aseguren de autoridades y particulares el respeto a los derechos constitucionales. En la nueva Constitución se ratifica que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. Mediante estos principios constitucionales se intenta pasar de una justicia constitucional altamente formalista, en que el acceso estaba fuertemente restringido, a una amplia posibilidad de actuación por parte de todos los ciudadanos.

La Constitución de 2008 además vincula la autoridad y el derecho indígena a los territorios de los pueblos y nacionalidades. Este es un asunto complejo puesto que excluiría la competencia de la jurisdicción indígena en razón de las personas, es decir cuando un juez asume competencia para juzgar algo no porque el acto sucedió en determinado territorio, sino considerando las características personales de quien ejecutó el acto, cuando en los hechos estas autoridades resuelven muchos conflictos fuera de tales territorios. En otras palabras, se plantea el problema jurídico de si el requisito de territorio es posible cumplirlo especialmente donde éste no está definido, por ejemplo, áreas en las cuales conviven indígenas y no indígenas.

El relator especial de derechos humanos sobre el tema dice, en virtud de los principios fundamentales de universalidad, igualdad y no discriminación, los pueblos indígenas tienen derecho a toda la gama de prerrogativas establecidas en virtud del derecho internacional. Su derecho a ser considerados iguales en valor y dignidad debe garantizarse, tanto mediante la preservación de los derechos individuales como colectivos. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral.

En este sentido se reconocen a los derechos colectivos, estos son quienes garantizan la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas, frente a la políticas estatales que afecten sus territorios y a sus formas de vida, también se reconoce y garantiza, sus propias formas de organización comunitaria y participativa en la toma de decisiones, como actores fundamentales, frente a los planes que se quieran implantar dentro de sus territorios, manifestando de esta forma la realidad de sus comunidades y sus necesidades, frente a imposiciones desde afuera.

4.2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Para poder ejercer el derecho de consulta, esta tiene que realizarse a la luz de características establecidas tanto en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas artículo 19. El derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, al ser una institución jurídica importante para la supervivencia de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, tiene sus características propias, las mismas que son previa, libre e informada.

4.2.1. PREVIA

Una de las características fundamentales del derecho a la consulta previa, libre e informada, es su aplicación anterior (previa) a las medidas administrativas y legislativas, para garantizar la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades y el conocimiento de las consecuencias, que las medidas puedan acarrear en sus territorios; además, obtener o no el consentimiento consensuado por parte de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas.

El Convenio 169 de la OIT, desarrolla esta característica, cuando menciona que al aplicar el derecho a la consulta previa, libre e informada “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169 de la OIT, 1999, artículo 6), “la consulta previa, libre e informada debe ser anterior a la adopción y la aplicación de estas medidas” (Grueso, 2016, p. 21). En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señala esta característica cuando la aplicar el derecho a la consulta

mediante sus sistemas representativos, este debe ser “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. (Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2008. Artículo 19).

Respecto de las características que forman parte de este derecho colectivo, la Corte Constitucional Ecuatoriana, ha desarrollado pautas mínimas para la aplicación de la consulta previa, libre e informada, en donde señala, “el carácter previo de la consulta, ya que, todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera” (Sentencia N. 001-10-SIN-CC., 2010, p. 54).

En este sentido lo previo tiene que ver con el tiempo suficiente, sin limitación o injerencia externa, que permita la recopilación de la información suficiente y el debate interno de los temas a ser consultados, incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie cualquier proyecto. Además, el tiempo suficiente implica el respeto de las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas, que pueden ser diferentes de acuerdo a las características y costumbres tradicionales culturales de cada pueblo y a la medida que va a ser consultada.

Se considera que la consulta debe ser también permanente “porque no basta que se haga de forma previa, sino que la consulta debe efectuarse de forma continua permitiendo la participación en todos los niveles como la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen” (López, 2016, p. 26).

Dentro de los temas extractivos esta característica es fundamental, ya que es una necesidad llevar a cabo el proceso de consulta previa, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes dentro de territorios indígenas, ya que una de las críticas al Estado y a las grandes empresas petroleras y mineras es que en muchos casos no se efectuó la consulta previa, libre e informada porque las poblaciones afectadas se enteraban de las actividades al inicio de las obras; en otros casos fueron las empresas quienes efectuaron estas consultas como meros actos informativos.

Entendiendo que la característica de previa, se refiere a la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada, como una característica temporal de acceso y participación sobre la información que brinda el Estado, sobre las consecuencias y las afectación en el plano ambiental, territorial y cultural, de esta manera con las deliberaciones y debates comunitarios, construir la decisión que se adopte, por lo tanto el consentimiento, será en base a información clara y que beneficie a la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, afro ecuatoriana y montubia.

Es un derecho constitucional del cual son sujetos quienes pertenecen a los pueblos y nacionalidades indígenas, a participar democráticamente más allá del sufragio, para materializar los derechos colectivos y de la naturaleza, en la ejecución de los proyectos de explotación minera de los recursos naturales no renovables que de forma directa o indirecta afecte el desarrollo de la habitad propia individual o colectiva. La consulta previa es considerada como el mecanismo para enfrentar las desigualdades, constituyéndose en la práctica como la herramienta que permite la participación en el proceso de toma de decisiones de las medidas que puedan afectarles a los pueblos y nacionalidades indígenas, que al ejecutar mencionados procesos se crean espacios de diálogo cuyo fin es encaminar sus intereses, aspiraciones y tensiones a través de vías formales.

Para Melo (2017) esta característica considera que: “cuando no hay acuerdos, el Estado tiene la obligación de ponderar los derechos de la población consultada con los del resto de la población nacional” (p.98).

El derecho a la consulta previa libre e informada tiene un sujeto consultante exclusivo que son las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas reconocidos en el Convenio 169 en su artículo 3, donde menciona a los pueblos indígenas. El pueblo indígena se refiere al grupo que desarrolla características especiales, dentro de los aspectos existentes en la humanidad, como también el pueblo tribal que se caracteriza por no ser un pueblo indígena, como tampoco originario, sin embargo, desarrolla tradiciones sociales, culturales y económicas es decir similares a los pueblos indígenas, identificándose con sus territorios ancestrales. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocen que este grupo ha venido por historia siendo sujetos de violaciones continuas de los derechos humanos.

4.2.2. LIBRE

El convenio 169 de la OIT señala que se deben “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;” (Convenio 169 de la OIT, 1999, artículo 6). Es decir, en el Convenio se garantiza que los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, participaran libremente, ante los entes administrativos del Estado, frente a medidas que les puedan afectar.

Afirma la Corte Constitucional Ecuatoriana, al desarrollar esta característica que debe existir:

Definición previa y concertada del procedimiento, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas (Sentencia N. 001-10- SIN-CC, 2010, p. 54).

Considerando que los titulares del derecho a la consulta, no deben ser objeto de ningún tipo de coerción, intimidación, presión y manipulación externa como ciertos incentivos monetarios, mecanismos de fragmentación de las comunidades y tácticas de división, ya que el Estado es el garante del cumplimiento de esta característica en todo el proceso de consulta, lo cual implica, el respeto a los procesos internos de cada pueblo, nacionalidad o comunidad indígena desde sus tradiciones propias.

La consulta libre se refiere a la condición de los consultados con acuerdos que protejan los derechos con la medida consultada, y el consentimiento en la actualidad no en todos los casos será necesario y de carácter obligatorio mucho menos aún de carácter vinculante. El derecho a la consulta que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas es diferente al derecho a la información, cuya titularidad corresponde a la ciudadanía en general para que pueda acceder a información que la desarrolla el Estado, de manera oportuna, completa, accesible y confiable desde

la fuente oficial. El derecho a la consulta es más amplio en tanto que no sólo implica la obligación de informar sobre los alcances de la medida, sino que además buscar proponer, debatir y alcanzar acuerdos en relación con la misma.

Al respecto, Clavero (2014) afirma que esta característica significa:

... la ausencia de coacción y de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios, a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final, y las tácticas de "dividir para conquistar", lo que significa también la ausencia de cualquier tipo de amenaza o represalia si la decisión final es un "no" (p.8).

La diferencia entre el derecho a la consulta y el derecho a la participación, mismo que permite al conglomerado humano en general formar parte activamente en los varios procesos de progreso en los que se vea involucrada, desde su elaboración hasta su ejecución, de allí que en el caso específico de los pueblos indígenas y tribales, establece su derecho a participar tomando en cuenta que las acciones que emprenda el gobierno deben tender el propósito a proteger sus derechos, la vida política económica, social y cultural del Estado al que pertenecen. En este sentido, toda decisión del estado debe mantener el carácter responsable para el desarrollo de planes, políticas y programas que incluya sus derechos, conforme con sus propios procedimientos institucionales, con ello los proyectos, políticas y programas que puedan tener influencia de magnitud.

Un caso emblemático que evidencia los ejemplos de este tipo de incentivos y consecuentemente, el incumplimiento del carácter libre que debe identificar a la consulta es precisamente el relacionado con el Pueblo Kichwa de Sarayaku ya referido con anterioridad, debido a que en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014) se determinó que la empresa petrolera intentó gestionar la entrada a su territorio y conseguir su consentimiento para la explotación mediante acciones como:

(...) a) relacionamiento directo con los miembros de las comunidades, saltando el nivel de la organización indígena; b) ofrecimiento de una caravana para atención médica a varias comunidades que conforman Sarayaku, en la cual, para ser atendidas, las personas tenían que firmar un listado, el cual posteriormente se habría utilizado como una carta de apoyo dirigida a la CGC para que continuara su trabajos; c) pago de sueldos a personas particulares dentro de las comunidades para que reclutaran a otras personas a fin de avalar la actividad de prospección sísmica; d) ofrecimiento de regalos y de prebendas personales; e) formación de grupos de respaldo a la actividad petrolera, y f) ofrecimientos de dinero, en forma individual o colectiva (p.73).

El derecho a la consulta es amplio, que no sólo implica la obligación de informar sobre los alcances de la medida, sino que además busca proponer, debatir y alcanzar acuerdos en relación con la misma, velar que las acciones del gobierno con miras a proteger sus derechos, así como en la vida política económica, social y cultural del Estado al que pertenecen. Las decisiones de las entidades estatales puedan involucrar sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones como responsables de planes, políticas y programas.

4.2.3. INFORMADA

Esta característica del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, tiene que ver con la transparencia en la información y las condiciones de esta, “la cual se les brinda a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, respecto de las medidas administrativas que puede adoptar el Estado y que puedan afectarlos, es decir con los elementos para la toma de una decisión” (Grueso, 2016, p. 11).

La Corte Constitucional afirma, acerca del carácter público e informado de la consulta, “que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios” (Sentencia N. 001- 10-SIN-CC, 2010).

La característica de ser informada es el derecho que asiste a la población en general, donde existe gran diferencia entre el derecho a la información con el de participación y consulta previa, abarca la competencia de los actores y en el este caso el principal es el Estado quien debe realizar, a través de mecanismos adecuados, eficaces, de buena fe y en coordinación con las instituciones representativas de la población sujeta a consulta, lo que de cierta forma instaura la participación de la población con el Estado, entonces, de allí que el derecho a la información se diferencia de otros derechos, cuya titularidad corresponde a la ciudadanía en general para que pueda acceder a la información que se encuentra bajo control del Estado, de manera oportuna, transparente y veraz.

Para Clavero (2014) esta característica tiene que ver con:

(...) la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista de los pueblos, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales (p. 74).

Hay que destacar que el reconocimiento del derecho de consulta informada no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, a través de talleres informativos o reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes, sino en el acceso oportuno a la información completa y necesaria para comprender los efectos que podría tener cualquier medida que pudiera ser atentatoria de derechos colectivos, lo que asegurará la transparencia dentro del proceso. La Consulta Informada comprende el acceso oportuno a la información completa, objetiva y necesaria para comprender los distintos efectos que podría tener cualquier medida atentatoria de derechos colectivos.

Otra característica del derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, garantiza la participación efectiva de los indígenas en medidas de política pública que puede afectar tanto a su territorio, ambiente y cultura, en el caso del Ecuador esta participación como derecho se complementa con principios determinados en la plurinacionalidad y autodeterminación, que inobserva el estado ecuatoriano, en este caso el del Pueblo Waorani. Se evidenció también que, a lo largo del proceso, las instancias administrativas del Estado solo observan a este derecho como una mera formalidad dejando de lado el objetivo principal como garantía constitucional que por un lado no menos importante es llegar a un acuerdo, pero principalmente es llegar al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas en respeto de sus derechos humanos.

Así mismo la característica de buena fe no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un mutuo acuerdo; eso significa que las consultas deben tener lugar en un clima de confianza mutua, por lo tanto es necesario que los gobiernos reconozcan los organismos de representación y procuren llegar a un acuerdo, lleven adelante negociaciones genuinas y constructivas, eviten demoras injustificadas, cumplan

con los acuerdos pactados y finalmente los implementen de buena fe. Esto incluye la facultad de otorgarles el tiempo suficiente para que emprendan sus propios procesos de toma de decisiones, de conformidad con sus tradiciones culturales y sociales. De ahí que esta característica guarda relación con las características de previa e informada que debe cumplir la consulta, ya que es imprescindible que se garantice que los pueblos indígenas cuenten con toda la información relevante.

La característica de buena fe orienta los parámetros mínimos y es esencial para limitar la discrecionalidad, pero es necesario que sea previa, informada y culturalmente adecuada; por ello nunca se debe omitir este deber consagrado desde la Constitución. Las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas definen el principio de la buena fe, y en virtud de esto que hace parte del ordenamiento jurídico, es que el Estado quien debe adelantar las consultas y cooperar de buena fe con las minorías, antes de adoptar las leyes o medidas administrativas que los afecten para obtener el concepto previo e informado. Esto quiere decir que debe existir un ambiente de confianza y claridad en el proceso, lo cual se genera a través de la información con transparencia.

4.3. TIPOS DE CONSULTA

4.3.1. CONSULTA PRE LEGISLATIVA

La consulta pre legislativa es el derecho que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades a ser consultados en la creación de leyes, cuando están de por medio normas que pueden perturbar los derechos e influir de manera directa en su modo de vida, lo que complica sus costumbres hereditarias, sentido de pertenencia, formas de organización, conservación de la participación, lengua y religiosidad.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas emitido bajo Convenio 12-RS 60 de 14 de agosto de 2018 con su última reforma de 10 de julio de 2019 con estado de norma reformada en el artículo 19 establece que: "...los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y ampliar medidas legislativas y administrativas que los afecten para obtener su consentimiento libre, previo e informado" (p. 6).

Los artículos 57, 58 y 59 de la Constitución de la República del Ecuador, reconocen y garantizan los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios; lo que conlleva que la observancia y cumplimiento de los derechos plasmados en la Constitución son de carácter obligatorio previo a adoptar una medida legislativa que afecte a los sujetos de derecho. El pronunciamiento de Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia N° 001-10-SIN-CC, emitida el 18 de marzo de 2010, y publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 176 de 21 de abril de 2010, determinó que la Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta pre legislativa; y dispuso que establezca mediante acto administrativo el procedimiento de la consulta pre legislativa.

La consulta pre legislativa es el mecanismo de participación ciudadana que tienen las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatoriana y montubia a ser consultadas respecto de los actos legislativos municipales que vulneren, limiten o puedan afectar derechos colectivos. La consulta pre legislativa no limita el derecho de los ciudadanos a presentar, en cualquier proceso de creación normativa, propuestas y observaciones a los proyectos que se discuten.

La finalidad de la consulta pre legislativa es la realización de un proceso de participación ciudadana que admita a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afro ecuatoriano, al pueblo montubio y a las organizaciones de los titulares de derechos colectivos ser consultados para articular sobre temas concretos incluidos en los proyectos de ley a ser expedidos por la Asamblea Nacional, que podrían afectar de manera objetiva derechos colectivos establecidos en la Constitución de la República.

Para llevar a cabo este proceso se aplica dentro del marco de los principios de oportunidad, es decir previo a expedir Leyes que afecten derechos colectivos, dentro de un plazo razonable respetando el tiempo necesario para el desarrollo de las fases de la consulta pre legislativa tomando en cuenta los procesos de deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro ecuatoriano, pueblo montubio y organizaciones de los

titulares de derechos colectivos; así también el principio de Buena fe, tratará aspectos sustantivos motivo de consulta.

El constitucionalismo en el Ecuador ha permitido incorporar y reconocer los procedimientos Interculturalidad y plurinacionalidad y las acciones afirmativas, a desarrollarse dentro de un lenguaje sin tecnicismos y en un idioma de relación intercultural, sin imposición o condicionamiento alguno, respetando la autonomía. La pertinencia de la consulta parte desde un primer debate de un proyecto de Ley y su estructura de desarrollo comprende cuatro fases, a través de formularios aprobados por el órgano competente.

4.3.2. CONSULTA AMBIENTAL

Para definir el proceso de consulta ambiental mismo que dentro de los instrumentos internacionales se encuentra preceptuado en el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), llamada Cumbre de Río, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas el 14 de junio de 1992. MOPT, tomo II, Río 92, Madrid, 1993; establece que:

la forma adecuada de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesado en todos los niveles, suscrito en Escazú, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que refuerza el contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos, de acceso a la información, de participación y consulta, como también de justicia en el aspecto ambiental, con patrones concernientes con el derecho a vivir en un ambiente y sano y saludable (p.50).

Al respecto Perada (2012) afirma que: “el objeto de protección por parte del sistema jurídico es la naturaleza, entendida como ecosistemas y no solo los recursos naturales que la componen” (p. 536).

La consulta ambiental es el derecho que tiene la comunidad a ser consultada respecto a toda decisión o autorización municipal que afecte directamente al medio ambiente de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. De la consulta ambiental la sentencia No. 001-10-SIN-CC de 2010 de la Corte Constitucional, determinó la estrecha relación de los pueblos indígenas con sus territorios y el entendimiento del deber estatal en la aplicación del artículo 57.7 de

la Constitución frente al cumplimiento de los criterios a considerarse en procesos conforme lo estipulado por la Corte Constitucional, concordante con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sentencia dictada en el año 2012, donde no se concibe que a falta de una norma secundaria se vulnere derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales.

La Constitución del 2008 en su artículo 398; sobre la consulta ambiental establece que:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 68).

4.3.3. LA CONSULTA PREVIA ARTÍCULO 57 NUMERAL 7 DE LA CONSTITUCIÓN

El Ecuador es suscriptor de los instrumentos internacionales que más favorezcan al respeto de los derechos humanos de las personas y es así como se evidencia en los artículos 5 y 6 del Convenio 169 que trata sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, mismos que instituyen el respeto a los valores, prácticas e instituciones de los pueblos indígenas y el derecho a ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que afecten directamente.

La consulta previa tiene dos presupuestos de aplicación, como mandato constitucional que reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas el pueblo afro ecuatoriano y el pueblo montubio, por si mismos o ya sea por medio de las organizaciones representativas, como también el derecho fundamental de garantizar un ambiente natural sano, es por ello que el derecho a la consulta previa libre e informada para los casos del desarrollo de actividades mineras es conservar

a estos pueblos de manera íntegra, sin que ninguna decisión estatal pueda afectar su existencia, así lo ratifica el artículo 57.7 de la Constitución que señala:

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley (Constitución de la República del Ecuador. p. 28).

El precepto constitucional en su artículo 57.7 garantiza el derecho a la consulta previa libre e informada guardando relación con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, que abarca de forma integral varios aspectos que se encuentran adheridos a la existencia de pueblos y nacionalidades que existen en el Ecuador. Para ello, la norma suprema en su catálogo de derechos lo ha incluido, que la afectación a los sujetos de derechos ha sido eminente, es por ello que se ha llegado a instancias internacionales a demandar los daños afectados no solo la naturaleza, sino quienes en ella habitan, como el artículo 398 de la Carta Magna establece:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado.- La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.- El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.- Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 189).

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado su pronunciamiento en la sentencia *Sarayacu Versus Ecuador*, establece los parámetros de aplicación de la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas cuyos derechos se encuentran amparados bajo el Convenio 169 de OIT, en la cual señalan que debe ser obligatoria, previa, libre e informada cuando dichas actividades amenacen con destruir la existencia de dichos pueblos. De la

misma manera establece no solo el derecho de participación a la consulta previa que tienen pueblos y nacionalidades indígenas.

En este sentido la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos el 03 de agosto de 2018, se pronunció a favor de las comunidad indígena Ai Cofán Sinangoe en mérito de los derechos constitucionales, disponiendo la revocatoria de 22 concesiones las concesiones otorgadas por el estado y 30 solicitudes para el archivo, que si bien es cierto de forma taxativa en aplicación del principio de legitimidad en sentencia observó la falta de aplicación al derecho de la consulta previa a la comunidad A'i Cofán Sinangoe, como también de los derechos de la naturaleza como a continuación se ha tomado un extracto que señala:

“(...) que dentro del área de influencia directa se encuentra una comunidad indígena ancestral, cuyo territorio forma parte del Parque Nacional Cayambe-Coca y que su desarrollo cultural y de vida depende del ejercicio de los derechos a la alimentación y el agua que reciben del río Aguarico y sus afluentes (río Cofanes y río Chingual). 36. Este hecho está vulnerando gravemente los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecidos en la Constitución del Ecuador (...)” (Sentencia de Acción de Protección signada con la causa No. 21333-2018-00159).

La comunidad ha desarrollado durante su existencia las actividades de minería anti técnica, de la cual únicamente han ocasionado daños al ambiente, y en dicha sentencia no se ha valorado la realidad misma de este suceso, que si bien es cierto la Corte Provincial considera los derechos que han sido vulnerados, en el cual existen actores diferentes, el primero que tiene una base constitucional que es el derecho a la consulta previa, pero no define el momento de este derecho.

4.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN DICTADA A FAVOR DE LA COMUNIDAD A'Í COFAN SINANGOE, QUE DEJA SIN EFECTO CONCESIONES MINERAS EN LA ZONA DE LOS RÍOS AGUARICO, CHINGUAL Y COFANES

4.4.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante acción de protección y solicitud de medidas cautelares interpuesta por el delegado de la Defensoría del Pueblo y Mario Pablo Criollo Quenama, en su

calidad de Presidente de la comunidad A'i Cofán Sinangoe, en contra del Ministerio de Minería, Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), Ministerio del Ambiente (MAE), Secretaria Nacional del Agua (SENAGUA), Procuraduría General del Estado (PGE), manifiestan que la guardia indígena de la comunidad Sinangoe, pudo verificar el ingreso de mineros en su territorio ancestral haciendo actividades de búsqueda de oro, los cuales habían sido amenazados por estos grupos mineros al exigirles la salida de sus tierras, es así que en el mes de julio del año 2017 la comunidad emite su primera alerta de invasión a su territorio, frente a lo cual solicitan a las autoridades que se realicen las correspondientes diligencias tendientes a proteger su derecho constitucional.

El Gobierno Autónomo Descentralizado de Gonzalo Pizarro, emite un informe en el que concluye que, una vez visitada la zona, se ha podido verificar que el desarrollo de actividades mineras en el río Aguarico en torno a los territorios de Sinangoe está generando niveles de inseguridad a los comuneros, por ende, afectando su forma de vida. Adicionalmente se señala que de la revisión de catastro minero se había podido constatar que se habían entregado a la fecha 20 concesiones para exploración y explotación de pequeña y mediana minería metálica de oro en las riveras del río Aguarico y sus cabeceras ríos Chingual y Cofanes, límites del parque nacional Cayambe Coca, ríos utilizados por la comunidad ancestral A'i Cofán de Sinangoe en sus actividades principalmente alimenticias, existiendo además otras 32 concesiones en trámite.

El Estado Ecuatoriano reconoce el derecho de Consulta previa, así también claro no existe el instrumento jurídico que norme este procedimiento, para considerar la aplicabilidad, en tal virtud la Corte Constitucional se ha pronunciado que la falta de norma expresa, no un obstáculo para dar cumplimiento al derecho de consulta previa, por tanto se ha pronunciado con cinco principios a considerarse para la aplicación de consulta previa cuando los concesionamiento sea realizado en las tierras habitadas por los pueblos ancestrales.

4.4.2. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN LA SENTENCIA

El bien jurídico tutelado en el presente fallo son los derechos colectivos vulnerados a la comunidad A'i Cofán Sinangoe, referente a la consulta previa y los

derechos a la naturaleza enmarcados en la interrelación directa de la comunidad con el ambiente, el vivir en un ambiente sano y saludable, que permita el desarrollo integral de la población. Ávila (2011) enfatizó que:

El rasgo más sobresaliente de la actividad del pensamiento consiste en determinar por sí misma qué debe hacer la teoría, para qué debe servir, y no sólo en algunas de sus partes, sino en su totalidad. Por ello su propia esencia la remite al cambio histórico, a la instauración de una situación de justicia entre los hombres. (p.53).

Los derechos colectivos no han aterrizado en forma pragmática en beneficio de los sujetos de tal derecho, y únicamente se ha convertido en un adorno del texto constitucional, que de ningún modo se asemeja al buen vivir, el ideal constituye un principio ético estructurante de la nueva economía. El buen vivir supone formas de trabajo, comercio y consumo que consideren la dimensión ambiental atendiendo tanto a los derechos de las personas como a los de la naturaleza.

Partiendo de la acepción, el buen vivir de todo ser humano guarda estrecha relación con el ambiente, conjugados entre sí los derechos de cada uno, por ello el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es ineludible, pese a que ella tiene un derecho subjetivo que consiste en una categoría contenida en la norma jurídica positiva y cuyo efecto surte en demandar las obligaciones derivadas de la norma positiva aplicadas para la relación horizontal ya sea entre particulares o en efecto las verticales entre particulares y el estado. En esta línea el fallo a favor de la comunidad Cofán Sinangoe, hace mención a la vulneración del derecho a la consulta previa libre e informada.

4.4.3. CRÍTICA DE LA SENTENCIA

A finales del año 2019, en la Corte Provincial de Sucumbíos, se realizó la audiencia de sentencia en la acción de protección solicitada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador y la comunidad indígena Cofán de Sinangoe, en la cual se ordenó revertir todas las concesiones mineras que estaban operando cerca del río Aguarico y cancelar el otorgamiento de las que estaban en trámite. El dictamen judicial logró revocar 52 concesiones mineras para exploración y explotación de oro que afectaban a territorio ancestral y a los afluentes del río Aguarico; 20 de estas concesiones ya habían sido entregadas y 32 se encontraban en trámite.

Además de dictaminar el derecho a la consulta previa, libre e informada, reconoció que la afectación de las actividades extractivas, aunque se realicen fuera de los territorios colectivos formalizados o en posesión ponen en riesgo las formas de vida. Pues, como pueblos indígenas, existen y se relacionan de manera distinta e integral con el territorio. El pasado 21 de octubre la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) seleccionó esta sentencia para el desarrollo de jurisprudencia.

La sentencia sobre el caso Sinangoe – N. 273-19-JP reviste especial importancia dado que, pese a que los derechos sobre los que versa la sentencia de la Corte Provincial están reconocidos en la norma interna y en senda jurisprudencia internacional, y que están orientados, entre otros fines, a la promoción de las propias prioridades de vida y a la defensa, prevención de la violación y protección de los demás derechos sustantivos de pueblos indígenas, el cumplimiento y garantía de consulta y consentimiento libre, previo e informado y autodeterminación en Ecuador ha sido continuamente vulnerados, especialmente, en contextos de extracción de recursos no renovables y en asuntos legislativos.

Resulta, de vital importancia la selección de esta sentencia por la inexistencia de precedentes judiciales claros, precisos, detallados y ajustados a estándares internacionales de obligatorio cumplimiento para el Estado ecuatoriano. Esta situación, que atenta gravemente contra el carácter plurinacional del Estado se deriva, principalmente, del accionar del Ejecutivo, mediante la ejecución de procesos burocráticos y culturalmente inadecuados de socialización, a los que se pretende llamar consulta; y la emisión de actos administrativos de carácter general decretos ejecutivos y acuerdos ministeriales, que al pretender regular la consulta previa, han desconocido el contenido, objeto y estándares nacionales e internacionales de derechos humanos sobre este derecho, vulnerándolo gravemente.

Además, la sentencia Sinangoe resulta relevante ya que evidencia que los derechos de consulta y consentimiento libre, previo e informado y autodeterminación resultan omitidos y vulnerados por parte del gobierno nacional, pese a que se constituyen como derechos interdependientes, siendo la consulta previa un derecho de participación específico y reconocido constitucional e internacionalmente, a través de varios cuerpos normativos: tratados

internacionales, precedentes jurisprudenciales, nacionales e internacionales, los mismos que determinan parámetros básicos sobre el alcance y ejecución del mentado derecho, conformando las directrices dentro del marco jurídico aplicable en el país.

Derechos, que, según se recoge en varios estándares, están orientados, entre otros fines, a la promoción de las propias prioridades de vida y a la defensa, prevención de la violación y protección de los demás derechos sustantivos que están en juego por la medida consultada, incluidos derechos colectivos y derechos de la naturaleza. De manera particular, en este caso, se valora el rol sustantivo del derecho a la consulta previa, libre e informada y su relación con otros derechos como los de la naturaleza; el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados no debe considerarse un derecho aislado.

Por el contrario, se deriva de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, especialmente a la libre determinación, las tierras, los territorios y los recursos naturales, y contribuye a salvaguardarlos. Resulta, además, relevante que el reconocimiento de la obligación de consulta se dé pese a la falta de título de propiedad sobre el predio potencialmente afectado incluso, como en el presente caso, sobre predios que están fuera del área de posesión de la comunidad indígena reconociendo la integridad e integralidad del territorio y los pueblos indígenas, y, de manera particular, reconociendo la relación diferenciada, esencial y vital que tienen los pueblos y el territorio - naturaleza.

En este contexto, el Estado, además de haber sido el principal actor que vulneró nuestros derechos al permitir el ingreso de la industria minera sin nuestro consentimiento y vulnerar los derechos tanto humanos como territoriales y de la naturaleza, deliberadamente ha dilatado el cumplimiento de la sentencia. Ha transcurrido más de un año desde la ejecutoría de la sentencia que establece la obligación expresa de reparar al Ministerio del Ambiente (MAE), sin que éste haya desarrollado alguna acción encaminada a cumplir el mandato judicial. Ni siquiera ha informado al juez responsable de la ejecución de un posible plan para cumplir con dicha sentencia.

Ello demuestra una falta de voluntad absoluta por el MAE, no sólo de cumplir la reparación ordenada, sino también de respetar los derechos colectivos de la

comunidad y las afectaciones en la naturaleza y el ambiente ocasionados por unas actividades mineras que la Corte Provincial de Sucumbíos resolvió que violaban dichos derechos. Tal como ha enfatizado la Corte Constitucional, un proceso judicial no finaliza con la expedición de la sentencia, puesto que lo trascendental es el cumplimiento de la misma y su eficacia normativa; efectos jurídicos que permiten la materialización de la reparación integral tendientes a reconstruir el derecho constitucional vulnerado. Y expresamente ha señalado que:

La reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos. De esta forma, se logra que las garantías constitucionales no sean vistas como simples mecanismos judiciales, sino como verdaderos instrumentos con que cuentan todas las personas para obtener del Estado una protección integral de sus derechos.

Es paradójico que, de las dos instituciones obligadas al cumplimiento de las medidas de reparación, una de ellas, el MAE, ente rector constitucional y legalmente en materia ambiental y obligada a proteger y garantizar los derechos correspondientes, no quiera cumplir con la disposición judicial relativa a la protección de la naturaleza y el medio ambiente. Recordándole, que, además de la obligación de cumplir la sentencia judicial con consecuencias en caso de incumplimiento como las establecidas, entre otros, en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución, tiene obligaciones legales indubitadas en esta materia, como as establecidas en los artículos 24, 160 y 294 del Código Orgánico del Ambiente.

Como un precedente muy importante que existe en el Ecuador es el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador en el cual el otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio Kichwa de Sarayaku, evento suscitado en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste en el cual se inició las fases de exploración petrolera, con la utilización de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, creando con ello una eminente situación de inseguridad y riesgo para la población, ocasionando en

este período buscar medios de subsistencia limitando sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Además, el caso se refiere a la alegada falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

El fallo para el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku luego del análisis realizado por la Corte, se determinó que existió la vulneración de varios derechos colectivos por lo que la sentencia determinó en lo principal los daños y perjuicios por lo condenó a un reparación integral, por cuanto las acciones del Estado Ecuatoriano el Estado con las formas de socializaciones en búsqueda de entendimiento, no cumplieron los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a los grupos étnicos en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural, y no cumplió los elementos esenciales del derecho a la consulta previa, tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, el carácter previo de la consulta, la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo, la consulta adecuada y accesible y la consulta informada.

4.5. DECRETO 1247

Con fecha 19 de julio de 2012 la presidencia de la República emitió el Decreto Ejecutivo 1247 publicado en el Registro Oficial N° 759 del 2 de agosto de 2012 mediante el cual se reglamenta la ejecución de la consulta previa, libre e informada en los procesos de licitación y asignación de bloques hidrocarburíferos, lo particular sobre el caso es que durante la fase de elaboración y entrada en vigencia del mencionado decreto, no fue sometido a ningún tipo de consulta ni participación de las comunidades que resultarían afectadas por alguna medida legislativa en sus derechos colectivos, hecho que ha vulnerado el derecho a la consulta previa del cual son titulares las comunidades indígenas, derecho establecido en el artículo 57.17 de la Constitución, esto es la denominada consulta pre legislativa.

Por otro lado, también se evidencia que el decreto violenta el principio de reserva de ley, pues está regulando el derecho a la consulta previa que es un derecho fundamental y lo hace mediante una norma inferior jerárquicamente, contrariando lo establecido en el Art. 132 de la Constitución, misma que le otorga a la Asamblea nacional la facultad entre otras de regular el ejercicio de los derechos y garantías

constitucionales, es decir este es el órgano llamado a regular el ejercicio del derecho a la consulta previa mediante una ley.

Así mismo, el decreto no aborda lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, relacionados con los pueblos y nacionalidades indígenas, principalmente en lo que se refiere a derecho de participación e información de los pueblos étnicos, cuyos criterios no han sido considerados, dándole a este derecho un enfoque meramente formalista y quitándole el verdadero sentido y propósito del derecho a la consulta previa, razón por la cual el decreto ha sido rechazado por las organizaciones y comunidades, que han solicitado su derogación.

Frente a ello, la comunidad Internacional también se ha manifestado, tal es el caso de Alemania, que el marco de la Segunda Ronda y Tercer Ciclo del Examen Periódico Universal referente de la obligación de proteger el derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas, recomendó derogar el decreto 1247 y al mismo tiempo la necesidad de que el Ecuador establezca procedimientos claros en su legislación secundaria; sin embargo, esta recomendación fue rechazada por el Estado.

Sumado a lo anterior el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de igual manera recomendó la suspensión del decreto, requiriendo que se trabaje en conjunto con las comunidades indígenas y de forma participativa se diseñe las medidas legislativas, conforme lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayacu vs Ecuador, pero pese a los esfuerzos realizados hasta la fecha no se han materializado las recomendaciones internacionales, no ha sido escuchadas las peticiones de las organizaciones sociales e indígenas, no se ha positivado la norma que regule el derecho a la consulta previa bajo estándares establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Es fundamental resaltar toda la normativa atinente al caso de estudio y organismos consultados y otros que han sido vinculantes en los procedimientos

jurídicos anexados para la elaboración del presente estudio, por lo tanto, se realiza una síntesis cronológica en orden jerárquico:

5.1. MARCO LEGAL

El sustento de este trabajo se fundamenta a partir de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el Capítulo IV titulado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, en el artículo 57 numeral 7. De igual manera se basa en Tratados e Instrumentos Internacionales de Derechos humanos, tratadistas y juristas conocedores del tema relacionado con la consulta previa libre e informada. Adicionalmente para complementar el fundamento teórico del problema, se aborda desde la perspectiva del caso concreto de la sentencia de la comunidad indígena A'i Cofán Sinangoe.

Desde este concepto es importante resaltar que la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades, también es cierto que el estado ecuatoriano es el único que tiene el derecho de administrar los sectores estratégicos, considerado de importancia excepcional por razones importantes, en el sentido de ser esenciales para la seguridad y trascendencia concluyente para la economía nacional, por cuanto es responsabilidad del Estado suministrar de servicios públicos a su población.

El mecanismo de dirigir las políticas y acciones de las instituciones que integran estos sectores, quienes a través de la coordinación articulada y eficiente de planes, programas y proyectos sectoriales e intersectoriales, se desarrolle el cumplimiento del Plan Nacional del Buen Vivir, que conlleva al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y se fomente la eficiencia en las instituciones, conforme lo preceptuado en el Capítulo V, artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, referente a los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, establece:

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social (p.146).

Las acciones interpuestas por cualquiera de los sujetos de derecho, en relación al ejercicio de los derechos constitucionales o instrumentos internacionales de derechos humanos, no pueden ser rechazadas por falta de norma jurídica que los desarrolle según los artículos 417, 426, 10 y 11 numeral 3, 5, de la Carta Magna. En el caso del derecho a la consulta previa, libre e informada, si bien es adecuado procesalmente promulgar una ley que regule el derecho, su existencia no es condición necesaria, sine qua non para que el derecho sea exigible y ejercido.

El texto constitucional establece algunas salvaguardas jurídicas importantes en el desarrollo de normas de cualquier jerarquía, pues señala que ninguna norma legal puede restringir el contenido de los derechos o garantías constitucionales; y además este contenido debe desarrollarse de manera progresiva. En este sentido, cualquier norma que restrinja o limite el ejercicio del derecho a la consulta, o cualquier acción u omisión que disminuya o anule el ejercicio de los derechos, no será aplicable jurídicamente, pues estaría en discordancia con los preceptos constitucionales vigentes.

En este sentido el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el artículo 6, numeral 1 literal a) establece la obligatoriedad de los gobiernos de: “a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” (p.3).

Es importante resaltar que el Convenio 169, suscrito por el Ecuador conmina a que todos los gobiernos suscriptores del documento llevar a cabo la consulta a los pueblos interesados o inmiscuidos en el tema, cuyo objetivo es llevar a cabo bajo el principio de buena fe y con parámetros de igualdad para lograr el consentimiento referente a las medidas propuestas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en septiembre de 2007 por su Asamblea General, con el apoyo de 143 Estados. Este instrumento normativo no tiene rango internacional jurídicamente obligatorio, de manera que no es vinculante para los países miembros de la ONU, sino su función es declarativa u orientativa, es parte del soft

law de acuerdo a los principios generales de derecho internacional público. Si bien no es jurídicamente vinculante, posee una gran relevancia social y política porque los derechos consagrados constituyen normas mínimas para la supervivencia, dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas, de manera 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.

En relación a la consulta, la Declaración dispone que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Establece en varias ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. La norma establece que los desplazamientos de sus tierras o territorios, y el almacenamiento de materiales peligrosos en los mismos no podrán realizarse sin dicho consentimiento.

En este mismo sentido la norma dispone que para los proyectos que repercutan la tierra, los territorios o los recursos, los Estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas. Respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, así como la tierra, los territorios y los recursos, que hayan sido privados a los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, existe el derecho a la restitución o indemnización a los pueblos indígenas.

La Ley de Minería, publicada con Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009 con su última modificación el 21 de agosto de 2018 y con estado de la norma Reformado en su artículo uno, establece: “La presente Ley de Minería norma el ejercicio de derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia (...).” (p.2).

Este cuerpo normativo obedece a la necesidad de conectar el éxito empresarial con el progreso social, para lo cual proponen la idea de responsabilidad compartida,

sin embargo, pone en el centro la acción empresarial y su necesidad de creación de valor, no ya forzada por el Estado a cumplir con ciertas regulaciones o aportar económicamente a las comunidades, sino por su propio interés y su necesidad de ganar en competitividad. El artículo 87 Capítulo III de la Ley de Minería, abarca la gestión social y participación de la comunidad frente al derecho de información, participación y consulta que deberá realizar las instituciones públicas.

5.2. MARCO JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional de Colombia según la Sentencia SU123/18 de Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela, como único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados, la Sala considera que los medios de control de nulidad simple, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, no son mecanismos judiciales idóneos para proteger el derecho de la consulta previa del cabildo demandante, perteneciente a la etnia Awá. El Gobernador del cabildo indígena formuló argumentos plausibles que podrían evidenciar una omisión en el trámite de consulta previa, procedimiento obligatorio para los proyectos de explotación de hidrocarburos que tienen la virtualidad de causar una afectación directa a la comunidad.

Con respecto a este derecho, la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, determinó que la consulta pre legislativa no solo es un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar derechos colectivos, sino un derecho constitucional, que debe ser garantizado por el Estado. Además, la Sentencia No. 001-10-SIN-CC estableció que la Asamblea Nacional del Ecuador, en el proceso de expedición de las normas para cumplir el proceso de consulta pre legislativa debe, considerar tres requisitos: (1) estar dirigida previa y exclusivamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; (2) no debe compararse con la consulta previa ni con la ambiental; y que, (3) los pronunciamientos se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

La Jurisprudencia Colombiana en la Sentencia al referirse al derecho de la consulta previa libre e informada ha señalado que:

“(…) es necesario que el Estado de forma articulada garantice e incentive la aplicación real y efectiva del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas, pues ante todo las herramientas que subyacen a la consulta, permiten conciliar posiciones y llegar a un punto intermedio de diálogo intercultural en el que los pueblos ejerzan su derecho a la autonomía con sus planes propios de vida frente a los modelos económicos basados en la economía de mercado o similares” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T129/ 11, párr. 5.1).

La Corte Colombiana enfatizó que la aplicación de la consulta previa se encuentra a cargo de los Estado como consecuencia directa que les asiste a los grupos étnicos de conocer las circunstancias, e impactos que se presentará en el proceso del desarrollo y preservación de la cultura ancestral, de allí el ejercicio del derecho está orientada a que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan para el desarrollo de la vida diaria o les pertenecen, y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución, a que se ilustre sobre la forma de la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su unión social, cultural, económica y política y, por ende, el esencia para su subsistencia como grupo humano con características singulares con la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas con la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros.

La jurisprudencia chilena al respecto al derecho de consulta previa tiene como referencia el fallo de la Corte emitido el 10 de agosto de 2010 donde ha señalado un caso sui generis donde la municipalidad de concepción procedió a intervenir en un Cerro para la explotación de árboles, sin consultar a las comunidades indígenas interesadas, declarando que se:

“(…) había vulnerado el derecho a la integridad síquica de los recurrentes, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural conduce a una sensación de falta de respeto a su identidad social, a sus costumbres y tradiciones, así como a la conservación de las características propias de su etnia, produciendo naturalmente desazón y gran preocupación”.

La Corte Chilena ha tomado como referencia el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que: “(...) se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.”; el criterio aplicado es importante para la investigación por cuanto se aplicó un precepto tomado de un instrumento internacional que dispone recabar información de los titulares de los derechos colectivos en la incidencia desde distintos ámbitos para conservar cada uno de ellos cuyo objeto es proteger su habitualidad y existencia, y bajo ningún concepto establece el consentimiento para la ejecución y desarrollo de las actividades extractivas.

6. SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS

La matriz de categorización se construye a partir del tema, problemática, interrogante, objetivos general y específico que sirven para desagregar las categorías y subcategorías de análisis que forman parte del desarrollo del marco teórico.

Tabla 1. *Matriz de categorización*

TEMA	PROBLEMA INVESTIGATIVO	INTERROGANTES DE INVESTIGACION	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVO ESPECIFICO	CATEGORIAS DE ANALISIS	SUB CATEGORIAS
Ausencia de normativa para la regulación de la consulta previa a comunidades indígenas conforme a parámetros internacionales y jurisprudenciales.	La Constitución regula el derecho a la consulta previa libre e informada a las comunidades, sobre los planes programas de prospección, exploración y comercialización minera, y al no materializarse el derecho mencionado se tiene como resultado la vulneración por parte del Estado Ecuatoriano del derecho en mención, lo que ocasiona la oposición frente al desarrollo de la actividad extractiva minera por parte de los afectados	¿Cuáles son los criterios constitucionales de la aplicación de la consulta previa establecida en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador frente a los planes y programas de prospección, exploración y comercialización minera?	Abordar el vacío jurídico existente en la normativa ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades étnicas en materia de minería.	Identificar los instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales del derecho a la consulta previa libre e informada. Describir los tipos de consulta previa libre e informada previstos en la Constitución de la República del Ecuador.	Derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas en el marco constitucional Derecho a la consulta previa en el marco normativo de Instrumentos internacionales Principios constitucionales del art. 57 CRE. Tipos de consulta previa libre e informada	Alcance del derecho a la consulta previa (vinculante, no vinculante) Propósito de la consulta Sujetos de la consulta Consentimiento Derechos colectivos Derechos humanos fundamentales Características de la consulta previa Tipos de consulta Pre legislativa Ambiental Previa

Describir los elementos jurídicos desde la teoría y la práctica de la sentencia N° 273-19-J de la comunidad A'i Cofán Sinangoe sobre la aplicación de la consulta previa libre e informada	Sentencia N.ª 273-19-J comunidad A'i Cofán Sinangoe	Sentencia N.ª 273-19-J comunidad A'i Cofán Sinangoe
Presentar la propuesta de reglamentación del derecho fundamental de la consulta previa, adecuando la legislación ecuatoriana al convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas, la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	Alcance del derecho a la consulta previa libre e informada.	A partir de los hallazgos encontrados en la aplicación de las entrevistas

Fuente: Elaboración propia (2020)

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se fundamentó en un enfoque cualitativo, cuyo objetivo es describir las cualidades de un fenómeno, indagando en forma general un concepto que pueda incluir una parte de la realidad. Para esto Posso (2012) define al enfoque cualitativo como aquel que: “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (p. 8). Es decir, parte de postulados propios del paradigma científico naturalista, los cuales permitió determinar las características particulares del proceso investigativo objeto de estudio.

El método que se aplicó en el trabajo de investigación fue el método analítico - crítico que para Solis (2019) implica “aquel procedimiento cognitivo por el cual un todo se descompone en distintos elementos o partes para establecer sus causas, comportamiento, características y efectos” (p.11). Por lo tanto, este método ayudó a hacer un análisis crítico del tema investigado para luego alcanzar una mejor comprensión del mismo, acerca de las limitaciones que tiene o presenta el derecho constitucional y que permita el cumplimiento de los cometidos que exige la norma nacional.

4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación efectuada es de tipo descriptiva – documental, que de acuerdo a Tamayo (2015) la investigación descriptiva “comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o proceso de los fenómenos. El enfoque se hace sobre conclusiones dominantes o sobre grupo de personas, grupo o cosas, se conduce o funciona en presente” (p.15).

Hernández (2018) la define como la investigación documental de procedimiento científico, un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema” (p.43).

El objetivo de la investigación descriptiva – documental radicó en llegar a saber las situaciones del problema por medio de la descripción de los procesos y partes procesales. Su fin no se limitó a la recolección de datos, sino a la identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables. El haber aplicado el tipo de investigación descriptiva permitió analizar y describir la información bibliográfica, documental, doctrina y jurisprudencia.

5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Para el proceso investigativo se aplicaron las técnicas de recolección de datos. Las mismas que para Hoyos (2013) son: “Técnicas de la investigación científica que permiten a la verificación del problema proyectado. Todo tipo de investigación determina técnicas a utilizar y las técnicas determinan herramientas, instrumentos a emplearse” (p.38).

Se utilizó el análisis de contenido para extraer e interpretar la información y se elaboró una matriz de análisis para detectar directamente los constructos teóricos de cada documento legislativo, con base en una revisión documental a la legislación ecuatoriana confrontada con las teorías presentadas por tratadistas enfocados en el Derecho constitucional.

De igual forma, se utilizó la hermenéutica que para Osuna (2015) es:

La hermenéutica del derecho, por lo mismo que es una forma universal de comprensión de lo jurídico, ofrece los rasgos de una doctrina filosófica del derecho, en la que se dilucidan los temas referentes al conocimiento jurídico y a la regulación práctica de comportamientos. En consecuencia, desde el principio queda descartado entender la nueva hermenéutica jurídica como una nueva metodología o como una propedéutica al estudio de la ciencia jurídica. Su nivel de conocimiento es filosófico (p.91).

También se empleó la técnica de análisis documental que para Manríquez (2012) la define como:

... la operación que consiste en seleccionar ideas informativamente relevantes de un documento, a fin de expresar su contenido sin ambigüedades para recuperar la información contenida en él. Obviamente que los propósitos del análisis documental trascienden la mera recuperación/difusión de la información. Ellos también se orientan a facilitar la cognición y/o aprendizaje del individuo para que este se encuentre en condiciones de resolver problemas y tomar decisiones en sus diversos ámbitos de acción (p.67).

Se analizó la legislación ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa en el Ecuador previo a realizar las actividades de exploración minera, y determinar las limitaciones que trae consigo el derecho a ejercer la consulta previa en las comunidades, el grado de participación de cada miembro y el objeto de actividad minera en fase de exploración inicial. Para ello se utilizó la ficha de análisis documental que, según Pérez (2013), constituye:

... un proceso ideado por el individuo como medio para organizar y representar el conocimiento registrado en los documentos, cuyo índice de producción excede sus posibilidades de lectura y captura. La acción de este proceso se centra en el análisis y síntesis de los datos plasmados en dichos soportes mediante la aplicación de lineamientos o normativas de tipo lingüístico; a través de las cuales se extrae el contenido sustantivo que puede corresponder a un término concreto (p.54).

Se aplicó la entrevista como técnica que según Solis (2014) es: “una conversación que se propone con un fin determinado distinto al simple hecho de conversar. Es un instrumento técnico de gran utilidad en la investigación cualitativa, para recabar datos” (p.4).

La guía de entrevista fue estructurada, con preguntas abiertas y semi-cerradas; se aplicó a seis (6) entrevistados, dos (2) Jueces de la Corte Provincial de Justicia, un (1) Defensor Público, dos (2) Fiscales y un (1) abogado de libre ejercicio; así mismo se sometió a juicio de dos (2) personas expertas y conocedoras del tema lo cual permitió explicar la finalidad de la investigación.

6. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Metodológicamente se dio cumplimiento a cada etapa de la investigación, a partir de cada objetivo específico.

Respecto al primer objetivo, el de identificar los instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia del derecho a la consulta previa libre e informada. Se utilizó el análisis documental para despejar e interpretar la información y se construyó una matriz de análisis para descubrir los conocimientos teóricos y prácticos del documento legislativo.

En el segundo objetivo se describieron y analizaron los tipos de consulta previa libre e informada previstos en la Constitución de la República del Ecuador, por medio de la aplicación de la hermenéutica a la legislación ecuatoriana, doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia; hasta llegar a la comprobación de la aplicabilidad de estos documentos jurídicos.

En el tercer objetivo, se analiza la propuesta de reglamentación del derecho fundamental de la consulta previa, adecuando la legislación ecuatoriana al convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas para los pueblos y nacionalidades indígenas, la Jurisprudencia del Sistema Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Se presenta en este apartado el análisis y discusión de resultados en conformidad con los objetivos específicos del trabajo de investigación.

4.1. INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN MATERIA DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA

A partir del análisis documental se identificaron los instrumentos nacionales e internacionales relacionados a la protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia del derecho a la consulta previa libre e informada para realizar actividades mineras; los preceptos constitucionales y los tratados internacionales que hacen referencia a la consulta previa, así como varios autores que tratan el tema materia de la investigación, todo eso en relación al caso estudiado Sentencia N° 273-19J emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos a favor de la Comunidad A'i Cofán Sinangoe, asentada en el cantón Gonzalo Pizarro, provincia de Sucumbíos al respecto se tiene como parámetros constitucionales relacionados con la consulta los siguientes:

Primero el propósito del derecho a la consulta libre, previa e informada tal como lo determina la legislación nacional, que la consulta supone valorar al sujeto de la consulta, así como su opinión, pues no se trata de emitir un punto de vista que sea el último ni el definitivo, sino más bien encuadra una opinión valiosa y necesaria que busca ser considerada para una decisión final; es una opinión necesaria que busca ser incluida en la toma de una decisión final. De acuerdo con el derecho internacional el propósito de la Consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado. Sin duda, este es uno de los puntos más controvertidos para la protección del derecho a la consulta porque está relacionada con la necesidad de obtener el consentimiento de la comunidad afectada por la aprobación de leyes,

medidas administrativas, proyectos de uso, prospección o explotación de recursos naturales y construcción de obras de infraestructura.

Segundo la procedencia, el alcance, características y límites del derecho de consulta previa, libre e informada, regulados tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual marca la pauta para regular este derecho en la normativa nacional. En el Ecuador no ha sido regulado de manera adecuada, en especial tomando en consideración los parámetros mínimos que establecen los instrumentos internacionales. La Constitución Ecuatoriana en este aspecto es clara al establecer los casos en los cuales procede la consulta. En primer lugar, cuando trate sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente y antes de adoptar una medida legislativa que pueda perjudicar sus derechos colectivos de acuerdo al artículo 57 numeral 7 y 17.

Tercero el objeto, de la consulta es buscar el consentimiento de la comunidad, después de haberse definido de manera clara los planes y resultados, así como los beneficios y detrimentos que pueden reportar a las comunidades. Un aspecto sustancial que está en relación con el objeto de consulta es la información, la cual debe ser completa sobre los planes de la actividad, proyecto o medida y las especificaciones necesarias para conocer y comprender las actividades a realizarse. De esta manera, se busca garantizar el derecho a la consulta con la finalidad de asegurar los beneficios que se obtengan del proyecto o medida.

Cuarto quien o quienes son objeto de la consulta, aquellos sujetos que reúnan la calidad de titulares de derechos colectivos según el marco jurídico ecuatoriano. Un factor de suma importancia en este contexto es la representatividad. Los procesos de consulta deben llevarse a cabo a través de las instituciones representativas de las comunidades, pueblos y nacionalidades, aspecto el cual está íntimamente relacionado con el carácter libre de la consulta. Por lo tanto, antes de realizar cualquier tipo de consulta, las comunidades interesadas deberán identificar las instituciones que reúnan los requisitos de representatividad.

Quinto cómo se debe consultar, en virtud del principio de jerarquía de la norma se debe aplicar los procedimientos acordes a lineamientos y directrices

establecidos en los cuerpos normativos que forman el bloque de constitucionalidad. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6 en concordancia con los artículos 7 y 15 establece que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, estableciendo medios para la participación de los mismos.

Además, deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas estableciendo los mismos parámetros la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Después del análisis a los hallazgos encontrados sobre los instrumentos nacionales e internacionales ratificados por el Ecuador relacionados al derecho de consulta previa para realizar actividades mineras; los teóricos del derecho como Gaete (2012) reafirma que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento más importante a nivel internacional que tiene que ver directamente con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y después de la Constitución, es el instrumento legal más importante con que cuentan los pueblos indígenas para defender sus derechos.

Allí se consagran importantes normas sobre derechos de los pueblos indígenas, se establece como obligación de los Estados, especialmente, reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras. Así mismo Rocha (2017) reafirma lo que la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 57 del reconocimiento y garantía de los derechos colectivos en razón de pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales. Específicamente en el numeral 7 sobre la consulta previa, libre e informada, que debe llevarse a efecto dentro de un plazo razonable; participar en los beneficios de proyectos que reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales.

4.2. TIPOS DE CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR VIGENTE

Teóricamente se dieron a conocer los tipos de consulta previa libre e informada previstos en la Constitución de la República del Ecuador vigente, y en los diferentes tratados internacionales como legislación internacional, considerando que el derecho de consulta previa, libre e informada debe ser ejercido ante cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a derechos colectivos y a territorios de los pueblos. En este sentido, debe ser interpretado de manera integral, tomando en cuenta las disposiciones constitucionales, las resoluciones y sentencias de los organismos internacionales de derechos humanos y los principios establecidos en instrumentos internacionales de dichos derechos.

Así mismo se describieron cada uno de los tipos de consulta previa libre e informada, ore legislativa y ambiental previstos en la Carta Magna vigente, por medio de la aplicación de la hermenéutica a la legislación ecuatoriana, doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia; hasta llegar a la comprobación de la aplicabilidad de estos tipos de consultas por parte de los pueblos y nacionalidades del Ecuador. Una vez establecida la diferencia entre los derechos difusos y los derechos colectivos, podemos esclarecer los tipos de consulta reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

El primer tipo de consulta se encuentra garantizada en la Constitución del 2008 en su artículo 57, estructurada como un derecho colectivo y tiene un doble aspecto o alcance: el primero está previsto en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución y está relacionado con la consulta que debe realizarse de forma previa a la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquier derecho colectivo. El segundo alcance del derecho a la consulta, está establecida en el artículo 57 numeral 7, el cual se aplica cuando trata sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables.

El segundo tipo consulta es aquella que está regulada en el artículo 398 de la Constitución. Este tipo de consulta es considerado un derecho ambiental aplicable a toda la comunidad que tiene derecho a ser consultada cuando existe un riesgo ambiental. En estos casos las comunidades que deben ser consultadas pueden estar conformadas por indígenas, mestizos, afro ecuatorianos, blancos. Trujillo (2013), respecto al tiempo de efectuarse la consulta, esta debe ser anterior a adoptar la decisión del poder público que vaya a afectar positiva o negativamente

el ambiente cuando el acto o actos decididos tengan que ejecutarse por cualquiera de sus órganos o antes de otorgar la autorización para que realicen los particulares.

En este objetivo sobre los tipos de consulta previa libre e informada previstos en la Constitución de la República del Ecuador lo que se halla es dos tipos de consulta establecidas en los artículos 57 numeral 7 y el 398 de la Carta Magna, y que de acuerdo a Poveda (2019) reafirma la existencia de dos tipos de consulta: a) La consulta previa, cuando se refiere a los actos administrativos del Estado, en virtud de realizar por ejemplo labores de exploración o explotación de los recursos naturales; y, b) La constante en la disposición del artículo constitucional 398, donde consta la denominada consulta ambiental que es independiente de los pueblos y nacionalidades, entonces diríamos que la Constitución vigente establece dos tipos de consulta.

De igual manera Borja (2008) refuta la disposición del artículo 57 numeral 7 donde reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada; lo grave es que al final de la disposición nuevamente surge un contrasentido si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad se procederá conforma a la ley, entonces para que la consulta si no se va respetar su decisión, nuevamente la resistencia de los pueblos determinará su desenlace y sustentados en los convenios internacionales que tiene carácter vinculante.

En este sentido, desde la parte positiva se puede asumir este numeral como un alcance en el tratamiento del tema de consulta previa; porque permite precisamente aplicar el espíritu de la consulta previa, libre e informada en los proyectos, planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Además, establece esa posibilidad de que las colectividades indígenas participen de los beneficios que esos proyectos reporten y puedan recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que estas actividades extractivas causaren.

Sin embargo, desde la parte negativa para los pueblos y nacionalidades, este tema en la Ley Suprema queda a medias y deja un sabor amargo dentro de los logros constitucionales que la colectividad indígena asume en la Carta Magna. Pues, la Constitución de la República del Ecuador recoge el espíritu de la consulta

previa, pero al final en cuanto al procedimiento anula todo el alcance de este principio al no reconocer y no admitir su carácter vinculante de la consulta. En otras palabras, las colectividades indígenas están autorizadas a pronunciarse sobre estas actividades, pero al final, su pronunciamiento no es obligatorio para su aplicación. Con lo señalado, lo único que le queda al Estado es implementar este principio constitucional de la consulta previa, más allá de que sea vinculante o no, es un derecho colectivo, cuya decisión debe ser considerada y respetada por el Estado, según establece el segundo inciso del artículo 398 de la Constitución.

4.3. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO DE LA CONSULTA PREVIA, ADECUANDO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA AL CONVENIO 169 DE LA OIT, LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se realizó el análisis de la consulta previa que ha tomado importancia jurídica, debido a la incertidumbre que rodea el tema, y que es ocasionada por la forma en la que el mismo Estado es garante de los derechos que ha reglamentado el Ejecutivo, y, por otro lado, por el vacío jurídico que hay sobre la materia en minería. En este sentido, esta clase de derechos que respetan y aseguran la diversidad cultural, deben contar con un gran acervo de lineamientos jurídicos que le permitan ser efectivos.

En esta vía, el marco constitucional ha establecido estrategias que permiten la participación de los pueblos y comunidades étnicas, que van desde la consagración del principio a la participación, siendo este el fundamento constitucional de la consulta previa, que origina que sea derecho fundamental; hasta el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que mediante múltiples sentencias, ha reivindicado este tema en favor de dichas comunidades y pueblos indígenas, con fundamento en las disposiciones a las que hace referencia el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Así mismo para abordar este objetivo se aplicó la entrevista a seis (6) participantes: dos (2) Jueces de la Corte Provincial de Justicia, un (1) Defensor

Público, dos (2) Fiscales y un (1) abogado de libre ejercicio; como personas expertas y conocedoras del tema, en base a ocho (8) preguntas abiertas y semi - cerradas; por lo que de acuerdo al análisis de las respuestas a las interrogantes planteadas se presenta así:

Pregunta 1: ¿Sabe usted que el derecho a la consulta previa está determinado en la Constitución y los tratados internacionales? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Vistos los resultados de los seis (6) encuestados que representan el cien por ciento 100% de la población objeto de estudio (Figura 2) sus respuestas demuestran que sí saben que el derecho a la consulta previa está determinado en la Constitución y los tratados internacionales, porque fundamentan que es un derecho del que goza una colectividad, pueblos o nacionalidades y que se encuentran amparados por la CRE y los Instrumentos Internacionales. Cabe destacar que la respuesta ofrecida textualmente refiere: “la consulta previa en sí es un derecho que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas; sin embargo, existe la desinformación frente al derecho de información y consulta previa; porque no olvidemos que información la tienen todos, mientras la consulta solo aquel grupo vulnerable, enmarcado en el convenio 169 de la OIT”. (Textual del entrevistado).

Este resultado reflejado por el experto se asemeja con lo que afirma Rodríguez (2008) que el Derecho a la consulta previa puede verse desde dos ámbitos: como un derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la realización de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o les pueda afectar en su identidad, o como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas puedan tener acceso a la participación informada.

Figura 2. Pregunta 1



Fuente: Elaboración propia (2021)

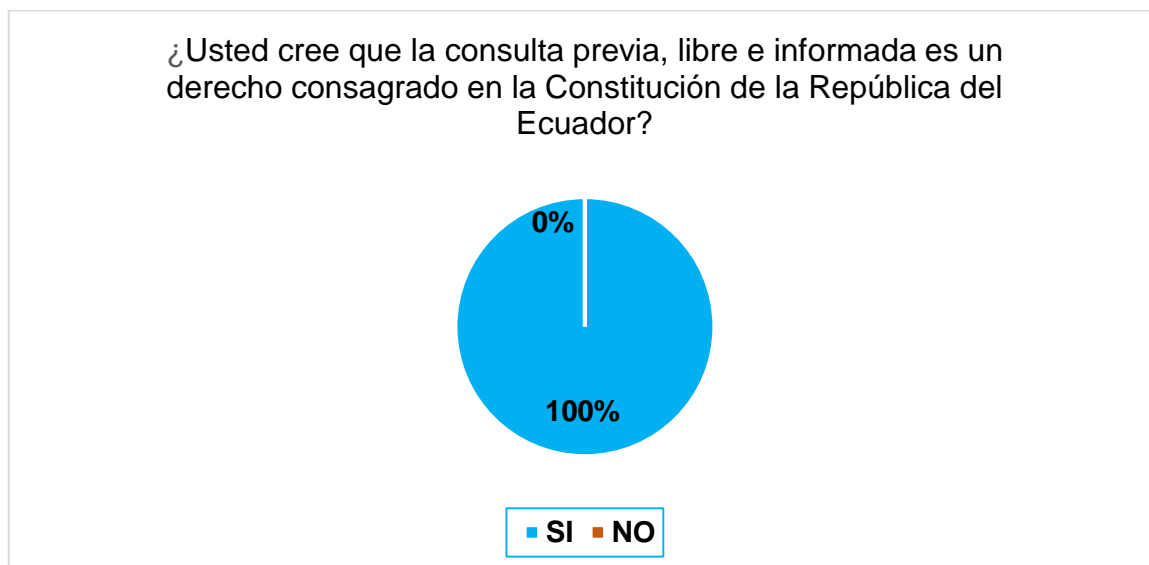
Pregunta 2: ¿Usted cree que la consulta previa, libre e informada es un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Las respuestas ofrecidas por seis (6) de los entrevistados que representan el cien por ciento (100%) son positivas porque todos consideran que es un derecho que se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador reconoce el carácter de previo de la Consulta en el inicio del numeral 7 del artículo 57 y en el numeral 7 el mismo artículo que la consulta debe ser antes de la adopción de una medida legislativa (Figura 3).

Esto evidencia lo afirmado por Tamaris (2013) en su investigación donde refiere que el Convenio de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 19 establece claramente que las consultas deberán realizarse antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. Que la consulta previa es de gran relevancia en especial para las comunidades, pueblos y nacionalidades titulares de derechos colectivos garantizados por el Estado. A través de la consulta se cumplen con el deber primordial del Estado de defender el patrimonio natural y cultural, promoviendo la participación ciudadana, garantizado el derecho al ambiente sano

y ecológicamente equilibrado y garantizando la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

Figura 3. Pregunta 2



Fuente: Elaboración propia (2021)

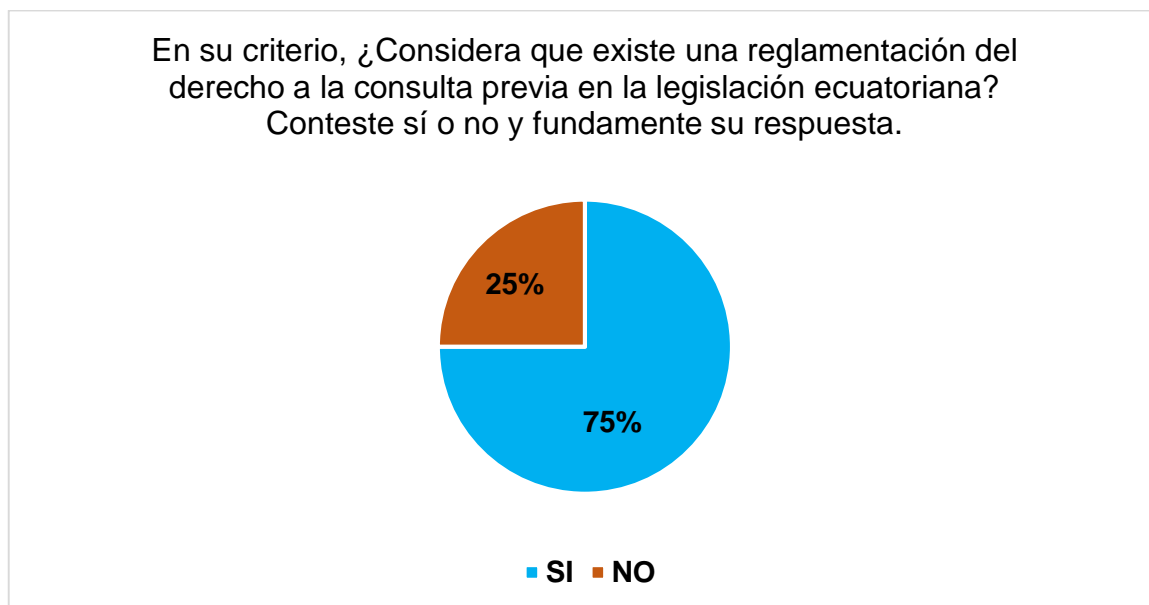
Pregunta 3: En su criterio ¿Considera que existe una reglamentación del derecho a la consulta previa en la legislación ecuatoriana? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Como resultados de la pregunta tres, los cuatro (4) entrevistados que representan el setenta y cinco (75%) de los participantes, afirman que no existe la reglamentación del derecho a la consulta previa en la legislación ecuatoriana; y los dos (2) restantes que equivalen al veinte y cinco (25%) (Figura 4) respondieron que si existe. Sin embargo, informaron que: “el Estado no ha promovido mecanismos de coordinación y cooperación institucional tendientes a proporcionar información relacionada a la consulta previa inclusive la misma Corte Constitucional ha sido muy pasiva en emitir líneas jurisprudenciales” (textual del entrevistado).

Refieren adicionalmente que: “Debemos entender que la reglamentación en el orden nacional las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas saben que está determinado en la Constitución y tratados internacionales, pero la reglamentación o una ley es la que necesitan para su respectiva aplicación y cumplimiento. Esto evidencia con lo expresado por Sotomayor (2013) cuando expone que, al ser un punto complejo, es el Estado que de acuerdo a los

parámetros internacionales el responsable de reglamentar el derecho a la consulta previa, libre e informada y encaminada hacia la obtención del consentimiento.

Figura 4. Pregunta 3



Fuente: Elaboración propia (2021)

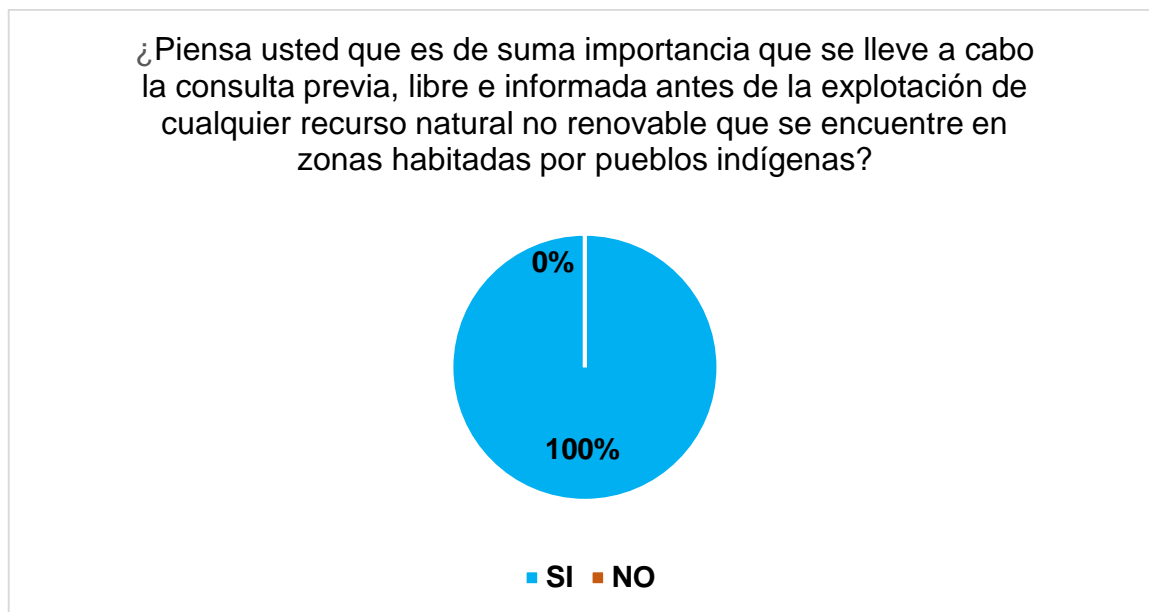
Pregunta 4: ¿Piensa usted que es de suma importancia que se lleve a cabo la consulta previa, libre e informada antes de la explotación de cualquier recurso natural no renovable que se encuentre en zonas habitadas por pueblos indígenas? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Los resultados de la pregunta 4 reflejan que el total de los entrevistados que respondieron que, sí es de suma importancia que se lleve a cabo la consulta previa, libre e informada antes de la explotación de cualquier recurso natural no renovable que se encuentre en zonas habitadas por pueblos indígenas. Para destacar este resultado se transcribe textual la respuesta a saber: “Si, definitivamente, debemos empezar por conocer las características de nuestro estado intercultural para discernir este tema de relevancia nacional; es necesario que previo a realizar cualquier tipo de extractivismo se procure llevar a cabo la consulta previa. Este reconocimiento procura que la tierra sea vista no solo como un bien particular sino de pertenencia a la comunidad, pueblo o nacionalidad” (textual del entrevistado)

Este resultado puede complementarse con lo señalado por Grijalva (2011) quien afirma que respecto al tiempo de efectuarse la consulta, esta debe ser anterior a

adoptar la decisión del poder público que vaya a afectar positiva o negativamente el ambiente cuando el acto o actos tengan que ejecutarse por cualquiera de sus órganos o antes de otorgar la autorización para que los realicen los particulares.

Figura 5. Pregunta 4



Fuente: Elaboración propia (2021)

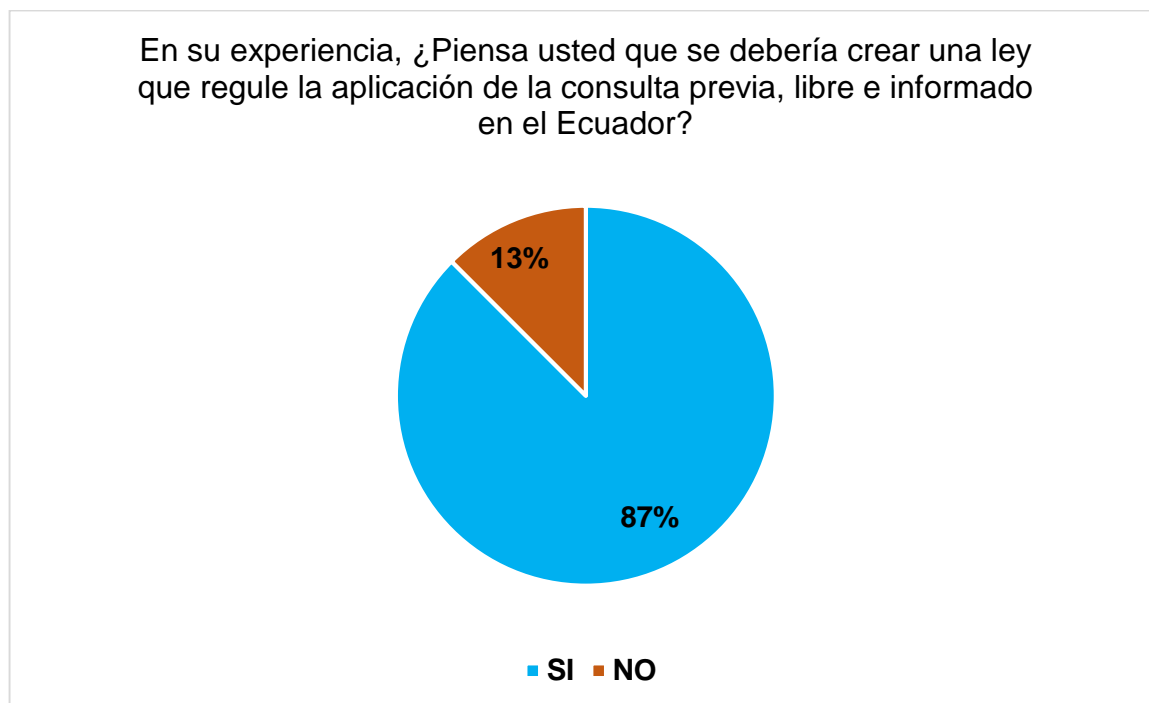
Pregunta 5: En su experiencia ¿Piensa usted que se debería crear una ley que regule la aplicación de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Respecto a la pregunta 5; los cinco (5) entrevistados que representan el ochenta y siete (87%) responden que si se debería crear una ley que regule la aplicación de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador, si es que aún no ha sido elaborada, ya que puede ser que como muchos leyes y reglamentos en el Ecuador se quedan al olvido como letra muerta que no son llevadas a la práctica como una literatura poética que no es aplicada; y, para un (1) entrevistado que equivale el trece por ciento (13%) su respuesta es que no, aludiendo a: “No, debería crearse una ley de regulación, puesto que cada comunidad, pueblo o nacionalidad se sujeta en base a su derecho propio” (textual del entrevistado. (Figura 6).

La prevalencia de esta interrogante estuvo centrada en la necesidad de si se debería crear una ley que regule la aplicación de la consulta previa, libre e informado; y, a criterio de Ávila (2015) afirma que se debe crear una ley como

política pública para el cumplimiento del derecho a la consulta a los pueblos indígenas por cuanto es una obligación del Estado ecuatoriano.

Figura 6. Pregunta 5

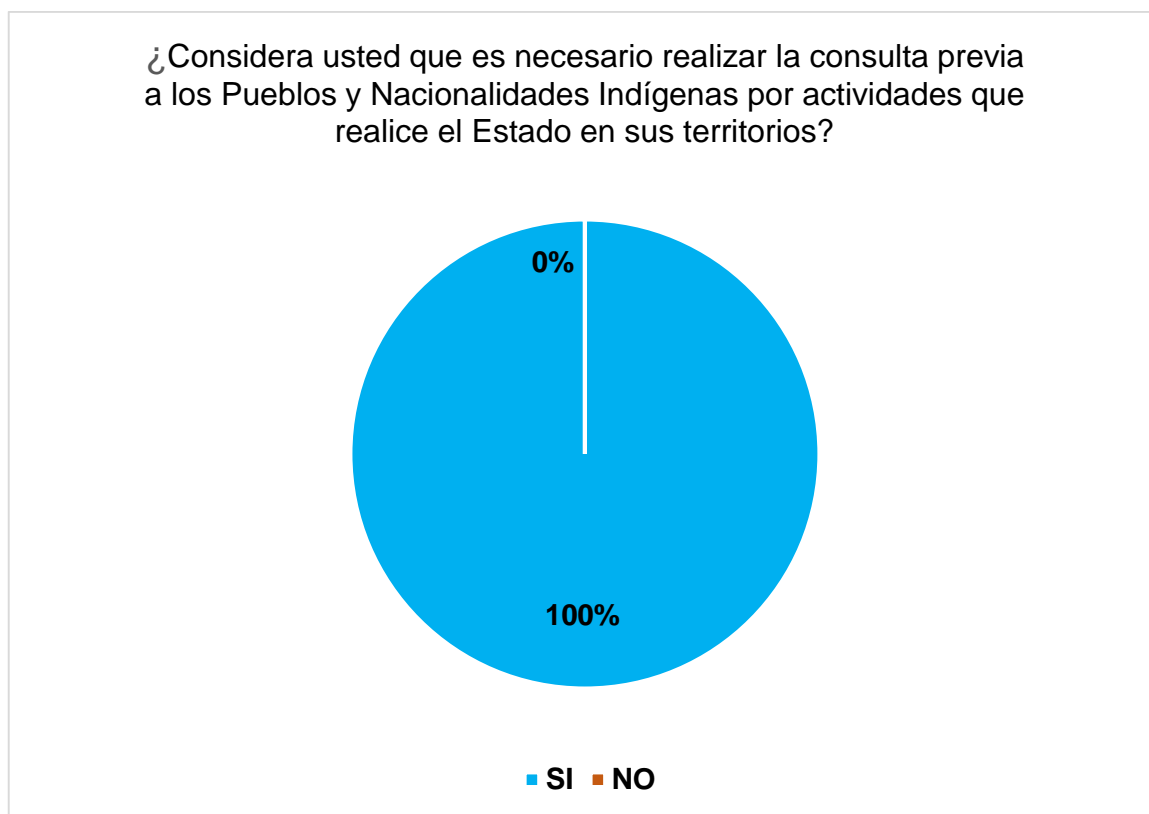


Fuente: Elaboración propia (2021)

Pregunta 6: ¿Considera usted que es necesario realizar la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas por actividades mineras que realice el Estado en sus territorios? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Los seis (6) entrevistados que representan el cien por ciento (100%) consideran que sí es necesario realizar la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas por actividades que realice el Estado en sus territorios; que es necesario, no solo en cumplimiento del Mandato Constitucional, sino por preservar la vida y la diversidad en el ámbito de territorio puesto que está caracterizado no solo por ser un bien particular, sino también ancestral, este reconocimiento procura que la tierra sea vista no solo como un bien común de índole particular, sino de pertenencia a la comunidad, pueblo o nacionalidad, lo que da preeminencia en la toma de decisiones (Figura 7). Este resultado corrobora a lo expresado por Álvarez (2013) quien considera que al Estado a que en el ámbito de las actividades de exploración y explotación minera y de hidrocarburos realice, consultas que incluyan la expresión libre del consentimiento.

Figura 7. Pregunta 6

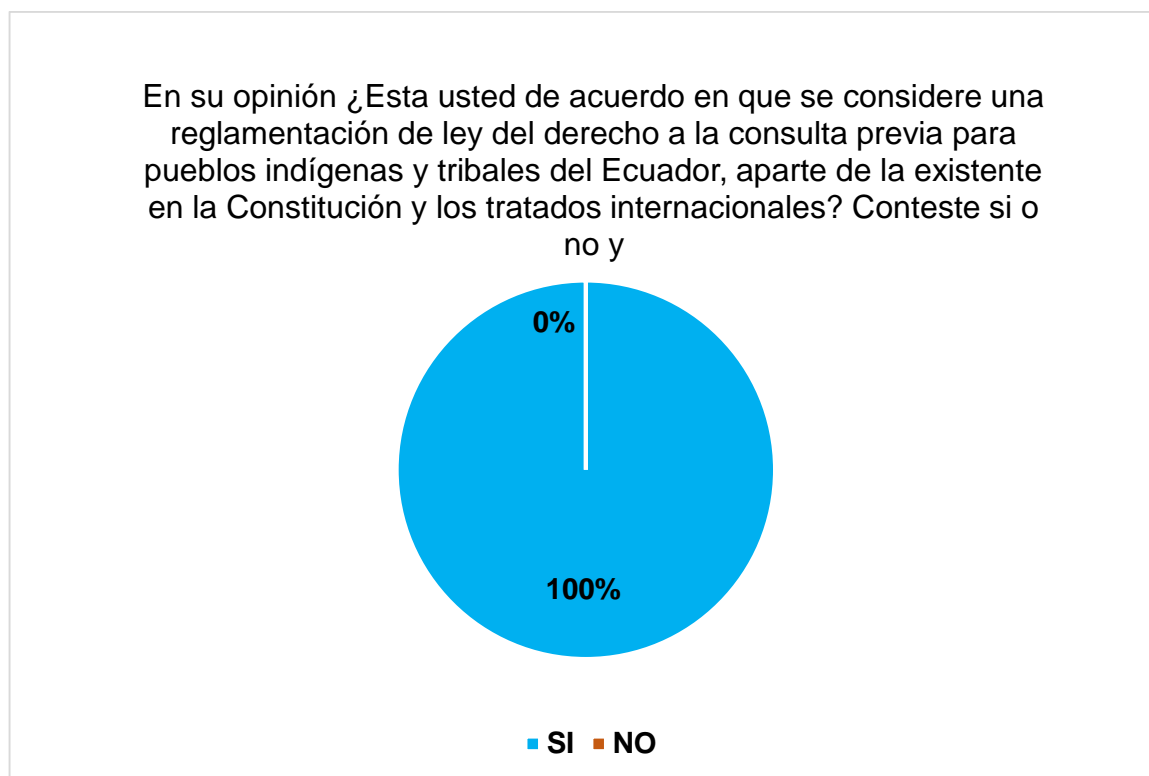


Fuente: Elaboración propia (2021)

Pregunta 7: En su opinión ¿Está usted de acuerdo en que se considere una reglamentación de ley del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en el Ecuador, aparte de la existente en la Constitución y los tratados internacionales? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

Sobre la pregunta si está de acuerdo en que se considere una reglamentación de ley del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en el Ecuador, aparte de la existente en la Constitución y los tratados internacionales, los seis (6) entrevistados que representan el cien por ciento (100%) afirman que están muy de acuerdo, por cuanto sirve de precedente para otras acciones posteriores a suscitarse en perjuicio del medio ambiente, vida silvestre, cultura entre otros; (Figura 8), y que a criterio de Criollo (2018), una ley es una regla que puede referirse a la norma jurídica dictada por una autoridad competente, donde se ordena o prohíbe algo de acuerdo con la justicia y para el bien de los pueblos indígenas. Ley que establece los principios y base para desarrollar los derechos humanos y colectivos.

Figura 8. Pregunta 7

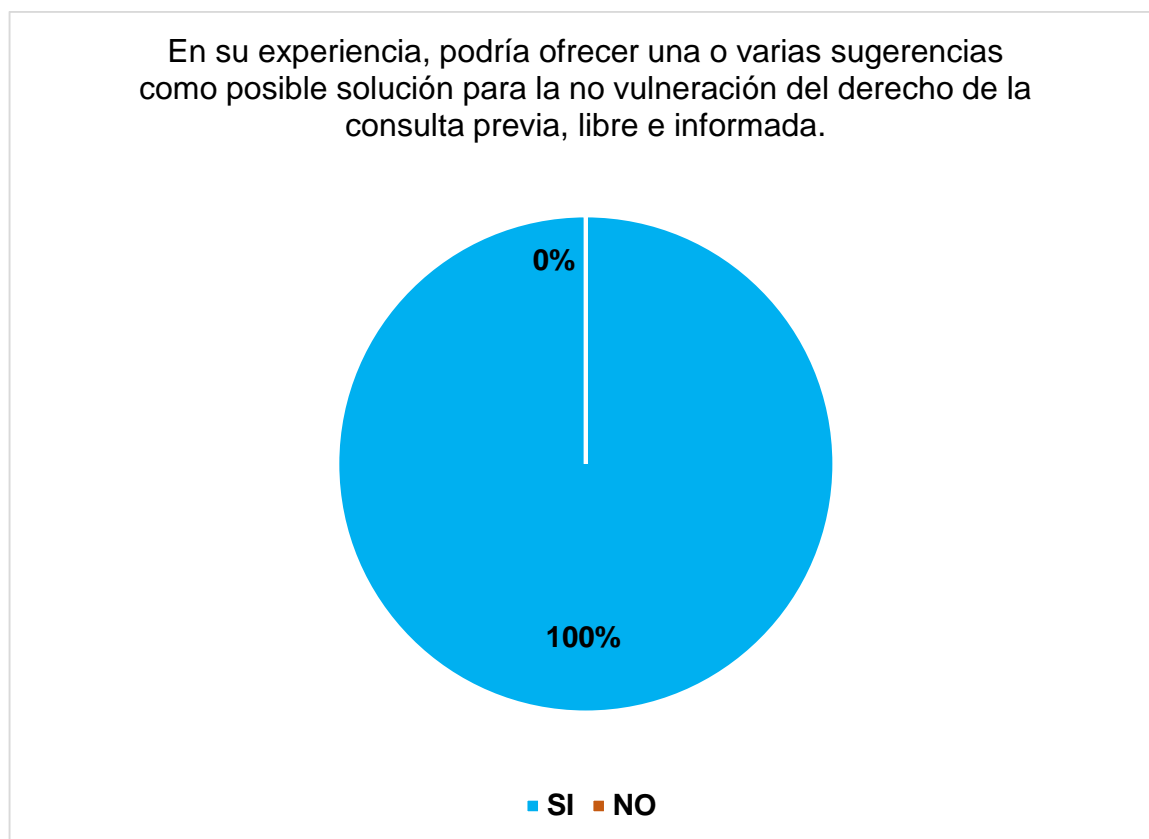


Fuente: Elaboración propia (2021)

Pregunta 8: En su experiencia, podría ofrecer una o varias sugerencias como posible solución para la no vulneración del derecho de la consulta previa, libre e informada.

El gráfico demuestra que los seis (6) entrevistados representados por el cien por ciento (100%) responden como sugerencias a una participación más activa de la Corte Constitucional, en no guardar silencio ante temas sensibles como éste; que debe procurar crear mecanismos de coordinación y cooperación institucional que conlleven un común entendimiento entre los pueblos y nacionalidades indígenas y la sociedad y, que la política pública debe contribuir en el advenimiento común, porque la política es crear formas de relación de todos los individuos (Figura 9). Este resultado evidencia lo expresado por Lucitante (2018) quien afirma que; si bien la Corte Provincial de Sucumbíos desecha la demanda de forma y declara la constitucionalidad condicionada de algunos artículos, establece la necesidad de que toda actividad minera que se lleve en territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, debe cumplir con la obligación previa de consultar.

Figura 9. Pregunta 8



Fuente: Elaboración propia (2021)

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este apartado se presentan las conclusiones procedentes del trabajo investigativo realizado con base en el marco teórico y los hallazgos encontrados con la utilización del instrumento, así como el análisis e interpretación realizada por las investigadoras.

- ✓ Se identificaron los instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia del derecho a la consulta previa para realizar actividades mineras, a partir de la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, se determinó que la consulta previa es un derecho colectivo y de participación de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas, que garantiza el cumplimiento de otros derechos colectivos. No es un privilegio particular de

estas colectividades sino un requisito fundamental para mantener su identidad cultural y garantizar el derecho de autodeterminación de los pueblos.

- ✓ Se logró describir los tipos de consulta previa libre e informada previstos en la Constitución de la República del Ecuador vigente, toda vez que el Estado todo proceso de consulta previa debe realizarse de forma adecuada de tal forma que los recursos sean eficiente y eficazmente utilizados. El proceso y objetivos de las consultas deben apegarse a los principios descritos en la presente investigación para evitar futuros conflictos socio ambiental. Se debe tomar en cuenta que toda decisión estatal, administrativa o legislativa supone un costo social, ambiental y político, por lo que el Estado debe valorar estos costos y apoyar, en especial, procesos de consulta legítimos.
- ✓ El derecho a la consulta previa ha evolucionado en los últimos años hacia el consentimiento previo, libre e informado, a través de diferentes mecanismos e instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, incluso con los documentos del Foro Permanente para las cuestiones Indígenas de la ONU. Esta evolución se ha visto en el derecho internacional, tanto en el denominado derecho de minorías, en los pronunciamientos de los órganos internacionales encargados de vigilar ciertos tratados como la OIT; además de la expedición de la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, que avanza más allá del Convenio 169, en establecer casos en los que las consultas deben ser obligatorias.
- ✓ La consulta previa, libre e informada por parte del Estado, quien por obligación es el sujeto consultante, debe garantizar el pleno desarrollo de este derecho colectivo, quien por no caer en violaciones a convenios, tratados internacionales y jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, aplican este derecho como una mera formalidad y no se observa de manera sustancial, dentro de los procesos de adopción y aplicación de políticas públicas a gran escala, que pueden llegar a afectar a las comunidades, pueblos y nacionalidades respecto de este derecho colectivo importantísimo para la supervivencia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios, inobservando de esta manera todas y cada una de las características y estándares de este derecho colectivo, que se encuentran reconocidos y desarrollados por organismos internacionales de derechos humanos.

Después que se ha determinado las conclusiones, de igual forma se enuncian las siguientes recomendaciones:

- Regular el derecho de consulta previa, libre e informada de manera adecuada, tomando en consideración las disposiciones constitucionales, sentencias de la Corte Constitucional, de la CIDH, Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; porque hasta ahora los intentos de reglamentación del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas y tribales en nuestro país no han tenido en cuenta los estándares ni nacionales, ni internacionales.
- Instar al Estado ecuatoriano a través de la Corte Constitucional a desarrollar protocolos culturalmente adecuados para la consulta previa, libre e informada como herramienta para defensa de su territorio en temas mineros, de no ser adecuadamente consultada, informada, planificada y ejecutada, podría provocar afectaciones a los territorios ancestrales y no se garantizaría los derechos de los pueblos indígenas contenidos en la normativa nacional e internacional.
- Respetar las decisiones de los pueblos, comunidades y nacionalidades, referentes a las medidas administrativas o legislativas que les sean consultadas. La consulta debe realizarse en todas las fases de elaboración o adopción de la medida, el Estado es el responsable de realizar el proceso de consulta y por lo mismo no puede delegar a ningún particular esta actividad. Para ello, debe garantizar que en todo proceso de consulta se garanticen los requisitos: previa, libre e informada.
- Al ser la consulta previa, libre e informada, un derecho colectivo, que busca precautelar la supervivencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios, y garantizando de esta manera el pleno desarrollo de otros derechos colectivos y fundamentales, es importante observar desde una visión garantista que el objetivo principal de la consulta previa, libre e informada por el Estado, es obtener el consentimiento previo, libre e informado, de los pueblos, nacionalidades y comunidades, en este sentido este consentimiento es vinculante y obligatorio, en lo que se refiere a planes y proyectos a gran escala dentro de los territorios ancestrales, especialmente, cuando estos proyectos amenazan a su cultura, territorio y medio ambiente.

- Tomando como referente los acuerdos y tratados internacionales que han sido constitucionalmente reconocidos, para garantizar el derecho a la consulta previa, debe desarrollarse por parte del Estado una ley adecuada respetando los estándares y principios de la consulta previa, libre e informada de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas, afro ecuatorianos y montubios, todo ello en armonía con el desarrollo de los derechos colectivos, para la construcción de esta ley se debe contar previamente con la participación, como protagonistas a los pueblos, comunidades y nacionalidades ancestrales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, F. (2013). Ecuador. Estado Constitucional de derechos y justicia. *Revista Jurídica*.
- Amazon, F. (2020). *Gobierno ecuatoriano emitirá un reglamento de consulta previa en actividades mineras que vulnera los derechos de pueblos y nacionalidades*. Obtenido de <https://www.amazonfrontlines.org/chronicles/reglamento-consulta-previa/>
- Ávila, J. (2011). *El derecho de la miseria o la miseria del derecho*. Quito: Kapelus.
- Ávila, M. (2015). *Consulta Previa: Normas para la tutela judicial efectiva en Ecuador*. Quito: Tesis Maestría en Derecho Procesal.
- Ávila, R. (2019). *La naturaleza como Sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático*. Quito: Ediciones Cevallos.
- Borja, R. (2008). *Enciclopedia de la política*. Quito: Fondo de cultura.
- Calle, M. (2019). *El proyecto minero río blanco y la aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada*. Azuay: Tesis.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito: Fundación Konrad Adenauer Ecuador.
- Chasiguano, S. (2006). *La Población Indígena del Ecuador*. Obtenido de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Socio-demograficos/Poblacion_Indigena_del_Ecuador.pdf
- Clavero, B. (2014). *Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado*. Obtenido de http://www.redunitas.org/Consulta_BC.pdf.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos. (1984). *Interpretación del derecho a la propiedad privada*. Paris: Publicado ACM 202 – RO 801 de 06 de agosto de 1984.

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. (1969). *Derechos de los pueblos indígenas*. Colombia: Entrada en vigor: 02/01/1969.
- Convenio 169 OIT. (1969). *La consulta obligatoria a los pueblos originarios*. Francia: Registro Oficial número 206, de 7 de julio de 1999.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010). *Sentencia No. 001 10-SINCC de 18 de marzo de 2010*. Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 176 de 21 de abril de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Criollo, M. (2018). Fallo histórico a favor de la nacionalidad A'i Cofán de Sinangoe. *Revista Jurídica*.
- Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. (2008). *Derechos de los pueblos indígenas*. España: Resolución aprobada por la Asamblea General 61/295.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). *El medio ambiente y el desarrollo*. Rio de Janeiro: Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.73.II.A.14 .
- Declaración Universal de Los Derechos Humanos. (1948). *Derecho a la consulta previa libre e informada* . París: Publicado CVN 0-RA 1948 de 10 de diciembre.
- Defensoría del Pueblo del Perú. (2017). *Estándares Regionales de Actuación Defensorial en Procesos de Consulta Previa de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú*. Lima: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Estandares-regionales-en-Consulta-Previa-2017.pdf>.
- Defensoría del Pueblo Ecuador. (2011). *La consulta previa, un derecho de participación*. Obtenido de <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/120>

- Defensoría del Pueblo Ecuador. (2018). *Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos*. Obtenido de <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2189>
- Dulzaides, M. (2014). Análisis documental y de información: dos componentes de un mismo proceso. *Revista Scielo*.
- Enriquez, A. (2013). Participación Indígena: Desarrollo y Alcances en torno a La Participación Ambiental. *Revista Ius et Praxi*, 259.
- Fernández, C. (2016). *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Quito: Primera Edición.
- Gaete, L. (2012). *El Convenio No. 169*. Bogotá: Ius et Praxis.
- Gallegos, C. (2012). Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales. . *Revista Jurídica*.
- García, F. (2014). *Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonia ecuatoriana*. Obtenido de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-92122014000100004&lng=es&tlng=es.
- Golstein, M. (2017). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Heliasta.
- Grijalva, A. (2011). *Introducción, Qué son los Derechos Colectivos*. Quito: Primera Edición.
- Grijalva, M. (2012). *Los Derechos Colectivos* . Quito: Primera Edición.
- Grueso, L. (2016). *El Derecho de los Pueblos indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- Hermosa, H. (2014). *De los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas al Neoconstitucionalismo*. Obtenido de <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/11503/1/Derechos%20colectivos>
- Hernández, P. (2018). *Metodología de la investigación*. México: Primera Edición.

- Hoyos, C. (2013). *Modelo de Investigación Documental*. Bogotá: Señal Editora.
- Ley de Minería. (2009). *Participación en el sector minero*. Quito: Registro Oficial 527 el 29 de enero de 2009.
- Lira, S. (2018). *Curso de Derecho de Minería*. Chile: Editorial Jurídica.
- López, G. (2016). *Pueblos indígenas*. México: Primera Edición.
- López, J. (2016). *La Consulta Previa Libre e Informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales CDES.
- Lopez, J. (2016). *La consulta Previa, Libre e Informada en el Ecuador*. Quito: Abya Yala.
- López, P. (2016). *Análisis jurídico doctrinario para una propuesta de reforma constitucional que considere el carácter vinculante a la consulta previa, libre informada en relación de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovable*. Ambato: Tesis.
- Lucitante, A. (2018). Sentencia a favor del pueblo A'í Cofán de Sinangoe. *Revista Jurídica*.
- Manríquez, P. (2012). *Técnicas de la Investigación Científica*. México: Porrúa.
- Martínez, J. (2012). Criterio de pueblos y nacionalidades indígenas. *Revista Jurídica*.
- Mayen, G., & Erazo, D. (2014). *El Derecho a la consulta libre e informada*. Lima: <https://proyectojusticia.files.wordpress.com/2018/09/el-derecho-a-la-consulta-previa.pdf>.
- Mazariegos, M. (2016). *El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana*. Colombia: Tesis Doctoral.
- Melo, M. (2017). *Consulta Previa, Ambiente y Petróleo en la Amazonía*. Quito: Editorial CDES.
- Narvaez, I. (2012). *Derecho ambiental en clave neoconstitucionalismo*. Quito: FLACSO.
- Osuna, A. (2015). *La hermenéutica*. Buenos Aires: Primera Edición.

- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1976). *Derecho a la Consulta Previa*. Madrid: Entrado en vigor: 03/01/1976).
- Perada, C. (2012). *Lógica del Consentimiento*. . México: Primera Edición.
- Pérez, M. (2013). *El resumen documental: principios y métodos*. Madrid: Pirámide.
- Posso, M. (2012). *Proyectos, Tesis y Marco Lógico*. Quito: Noción Imprenta.
- Poveda, C. (2019). La Consulta previa en el ordenamiento ecuatoriano. *Amazón Frontlines*.
- Rocha, L. (2014). *La consulta previa*. Quito: Abya yala.
- Rocha, M. (2017). La Consulta Previa. *Derecho Ecuador*.
- Rodríguez, V. (2008). *En la Consulta Previa a Pueblos Indígenas y Tribales*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2015). *Plan Estratégico 2014 - 2017*. Quito: Segunda Edición.
- Sentencia caso Saramaka vs. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007).
- Sentencia N. 001-10-SIN-CC. (2010). *Casos N. 0008-09-IN Y 0011-09-IN (Acumulados)* . Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Sentencia N. 16171-2019-00001, 16171-2019-00001. (11 de Julio de 2019). *Corte Provincial Multicompetente del Pastaza*. Obtenido de <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Solis, I. (2014). *Técnicas e instrumentos de la Investigación*. México: Heliasta.
- Solis, L. (2019). El enfoque cualitativo de investigación. *Revista Científica*.
- Sotomayor, C. (2013). *El derecho de consulta previa, libre e informada en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa*. Quito: Tesis Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional.
- Tamaris, M. (2013). *La Consulta Previa en la Constitución del 2008*. Quito: Tesis de Maestría en Derecho.

Tamayo, P. (2015). *La Investigación Científica*. Guayaquil: Adino.

Tovar, M. (2019). *El derecho a la consulta previa, alcances y efectos en el ordenamiento jurídico colombiano*. Colombia: Tesis.

Trujillo, J. (2013). *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Vargas, E. (2014). *La consulta previa, libre e informada en el Ecuador: una lectura desde el pensamiento crítico*. Tesis.

Vargas, E. (2018). *Una mirada crítica del Derecho a la Consulta Previa Libre e Informada*. Quito: Primera Edición.

Yanqui, Á. (2015). *Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*. Lima: Tesis.

ANEXOS

ANEXO 1

GUÍA DE ENTREVISTA



Otavalo, 14 de diciembre 2020

Estimadas/os señoras/es

Reciba un saludo cordial y deseos de éxitos en sus funciones, nos dirigimos a usted para solicitar su colaboración como participante de una entrevista que forma parte del proyecto del trabajo de titulación para optar al título de Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo, titulado **“AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARÁMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES”**. Este instrumento permitirá recopilar la información necesaria para culminar esta investigación, cuyo objetivo general es: “Abordar el vacío jurídico existente en la normativa ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa libre e informada a las comunidades étnicas en materia de minería”.

El cuestionario tiene como finalidad “Obtener información teórica y práctica sobre el tema objeto de estudio para analizar el alcance del derecho a la consulta previa libre e informada a las comunidades indígenas sobre los planes y programas de prospección, exploración y comercialización minera”. Está estructurado por ocho (8) preguntas abiertas y semi - cerradas, con el fin de conocer su opinión acerca de la problemática en estudio. Sus criterios expresados por usted serán confidenciales y permitirán mejorar el trabajo de investigación, agradezco su valioso aporte.

Atentamente,

Alba Cenet Romero Velasco
C.C. 1002338968
María Mercedes Velásquez Cahuasquí
C.C. 1002749446



INSTRUCCIONES

DATOS DE IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADO

Cargo que ocupa:

Lugar de Trabajo:

Profesional en libre ejercicio: Sí__ No____

Defensor/a Público/a: Si ____ No _____

El presente cuestionario está estructurado de ocho (8) preguntas abiertas y semi – cerradas que podrán ser contestadas con base en su criterio propio.

1. ¿Sabe usted que el derecho a la consulta previa está determinado en la Constitución y los tratados internacionales? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

2. ¿Usted cree que la consulta previa, libre e informada es un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

3. En su criterio ¿Considera que existe una reglamentación del derecho a la consulta previa en la legislación ecuatoriana? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

4. ¿Piensa usted que es de suma importancia que se lleve a cabo la consulta previa, libre e informada antes de la explotación de cualquier recurso natural no renovable que se encuentre en zonas habitadas por pueblos indígenas? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

5. En su experiencia ¿Piensa usted que se debería crear una ley que regule la aplicación de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

6. ¿Considera usted que es necesario realizar la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas por actividades mineras que realice el Estado en sus territorios? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

7. En su opinión ¿Está usted de acuerdo en que se considere una reglamentación de ley del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas y tribales en el Ecuador, aparte de la existente en la Constitución y los tratados internacionales? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.

8. En su experiencia, podría ofrecer una o varias sugerencias como posible solución para la no vulneración del derecho de la consulta previa, libre e informada.

ANEXO 2

INSTRUMENTO DE VALIDACIÓN

Otavalo, 14 de diciembre 2020

Estimado:

Es grato dirigirnos a Usted, conociendo su experiencia con el objeto de someter a su consideración el diseño de un instrumento de medición para ser validado en cuanto a su contenido, mediante los siguientes elementos:

Congruencia: Entendida como la relación entre el ítem y el contenido que pretende medir.

Claridad: Entendida como la eliminación de confusiones o ambigüedades en la redacción de cada uno de los ítems.

Tendenciosidad: Sesgo presente en la redacción del ítem, que pudiese influir en el encuestado al momento de responder en un determinado sentido.

Valor: Puntuación otorgada a cada ítem en una escala de 0 al 100, en función de la presencia o ausencia de los indicadores mencionados.

Luego de recoger sus valiosas recomendaciones será ajustado y aplicado a jueces y juezas, así como abogados en libre ejercicio profesional y defensores/as públicos, descritos en la población para la ejecución del trabajo de titulación para optar al título de Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Otavalo, titulado: **“AUSENCIA DE NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES INDÍGENAS CONFORME A PARÁMETROS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIALES”**.

Por lo antes expuesto, los criterios empleados para las respuestas de cada uno de los reactivos son los siguientes: En las preguntas abiertas solo se considerarán la contestación del entrevistado, se aplica el criterio y la fundamentación de la opinión expresada. Con esta entrevista se pretende: “Abordar el vacío jurídico existente en la normativa ecuatoriana referente al derecho a la consulta previa libre e informada a las comunidades étnicas en materia de minería”.

Agradecidos de antemano por su colaboración.

Atentamente,

ALBA CENET ROMERO VELASCO
C.C. 1002338968
MARÍA MERCEDES VELÁSQUEZ CAHUASQUI
C.C. 1002749446

En su criterio ¿Considera que existe una reglamentación del derecho a la consulta previa en la legislación ecuatoriana? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.							
¿Piensa usted que es de suma importancia que se lleve a cabo la consulta previa, libre e informada antes de la explotación de cualquier recurso natural no renovable que se encuentre en zonas habitadas por pueblos indígenas? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.							
En su experiencia ¿Piensa usted que se debería crear una ley que regule la aplicación de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.							
¿Considera usted que es necesario realizar la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas por actividades mineras que realice el Estado en sus territorios? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.							
En su opinión ¿Está usted de acuerdo en que se considere una reglamentación de ley del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas y tribales en el Ecuador, aparte de la existente en la Constitución y los tratados internacionales? Conteste sí o no y fundamente su respuesta.							
En su experiencia, podría ofrecer una o varias sugerencias como posible solución para la no vulneración del derecho de la consulta previa, libre e informada.							

Firma del Experto
