



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA

TEMA:
CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LOS
PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE
AFECTEN A SUS COMUNIDADES

AUTORA:
VALERIA VICTORIA BURGOS MERCHÁN

TUTOR:
ABG. MARCO ARTURO ORAMAS SALCEDO

GUAYAQUIL – ECUADOR

2017

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

La estudiante egresada: **Valeria Victoria Burgos Merchán**, declara bajo juramento, que la autoría del presente trabajo de investigación, corresponde totalmente a la suscrita y se responsabiliza con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador.

Este proyecto se ha ejecutado con el propósito de realizar: **Consulta informada a los pueblos indígenas de los proyectos extractivistas que potencialmente afecten a sus comunidades.**

Autora:

Valeria Victoria Burgos Merchán

C.C. 092595805-0

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor(a) del Proyecto de Investigación: **CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LOS PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE AFECTEN A SUS COMUNIDADES**, nombrado(a) por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho, de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y analizado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: ***CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LOS PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE AFECTEN A SUS COMUNIDADES***, presentado por la estudiante **VALERIA VICTORIA BURGOS MERCHÁN**, como requisito previo a la aprobación de la investigación para optar al Título de ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA, encontrándose apta para su sustentación



Abg. Marco Arturo Oramas Salcedo

C.C. 0919977678

Urkund Analysis Result

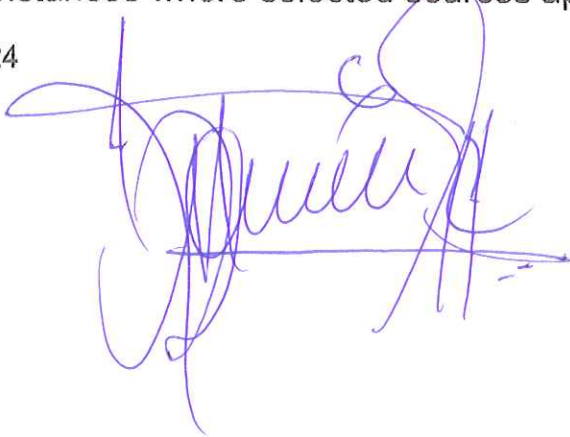
Analysed Document: tesis terminado vale.docx (D27393606)
Submitted: 2017-04-20 20:50:00
Submitted By: moramass@ulvr.edu.ec
Significance: 5 %

Sources included in the report:

IT-006-CONSULTA PREVIA UN DERECHO DE PARTICIPACION.pdf (D22826421)
DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.docx (D19502219)
GATC-007-MANUAL DE NORMAS Y JURISPRUDENCIA DE DERECHOS NATURALEZA.pdf (D22826073)
final-trabajo-ambiental-numerado.docx (D24873422)
trabajo act 16-03-2015.docx (D13602746)

Instances where selected sources appear:

24

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Moramass', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat illegible.

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS

TÍTULO Y SUBTÍTULO:

CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LOS PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE AFECTEN A SUS COMUNIDADES

AUTORA:

VALERIA VICTORIA BURGOS MERCHÁN

REVISORES:

AB. MARCO ARTURO ORAMAS SALCEDO

INSTITUCIÓN:

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE
ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD:

CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO

CARRERA:

DERECHO

FECHA DE PUBLICACIÓN:

N. DE PAGS:

166

ÁREAS TEMÁTICAS:

PALABRAS CLAVE:

Pueblos, indígenas, derechos, constitucionales, extractivistas, proyectos.

RESUMEN:

En el Ecuador, las comunidades indígenas gozan de la protección constitucional del Estado, y de los derechos fundamentales inherentes a sus costumbres, suelo y supervivencia dentro de las áreas donde se han establecido y se desarrollan como sociedad, por ello, se aborda la temática de la consulta informada sobre de los proyectos extractivistas, en las áreas de protección. Para ello, se estima que, son los pueblos y comunidades indígenas los que soportan el costo social y ambiental de las industrias extractivas, obteniendo poca de la riqueza que se genera. Los acontecimientos recientes, incluyendo el reconocimiento nacional e internacional de los derechos indígenas, y el crecimiento de las iniciativas de responsabilidad social corporativa, ofrece la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan reducir su marginación económica y social, basados en el derecho constitucional garantista. La metodología de investigación para el presente documento se ha realizado sobre un enfoque de tipo cualitativo – cuantitativo, ya que se ha motivado mediante la cuantificación de información y se

determinaron los puntos teóricos en base al ordenamiento jurídico vigente, jurisprudencia y doctrina. El resultado obtenido se ha fundamentado sobre los preceptos constitucionales y la necesidad de una nueva legislación que considere las observaciones y propuestas de las comunidades indígenas, con la finalidad de no afectar su normal desarrollo. De acuerdo a la revisión y análisis investigativo, se concluye que, la situación actual es aún deficiente y debe mejorar la vigilancia, protección y garantía de derechos, como baluarte de la justicia y la constitucionalidad en el Ecuador.

N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		
ADJUNTO URL (tesis en la web):		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
CONTACTO CON AUTORES/ES: VALERIA VICTORIA BURGOS MERCHAN	Teléfono: 2-4442245 / 0996849595	E-mail: vvbm92@hotmail.com
CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	<p>Mg. Econ. Luis Enrique Cortez Alvarado</p> <p>DECANO</p> <p>Teléfono: 2596500 EXT. 249</p> <p>E-mail: lcortez@ulvr.edu.es</p> <p>Mg. Ab. Gustavo Alejandro Marriott Zurita</p> <p>SUBDECANO</p> <p>Teléfono: 2596500 EXT. 201</p> <p>E-mail: gmarriott@ulvr.edu.es</p> <p>Ab. Ukles Cornejo Bustos</p> <p>DIRECTOR DE LA CARRERA</p> <p>Teléfono: 2596500 EXT. 233</p> <p>E-mail: ucornejob@ulvr.edu.es</p>	

Quito: Av. Whymper E7-37 y Alpallana, edificio Delfos, teléfonos (593-2) 2505660/ 1; y en la Av. 9 de octubre 624 y carrión, Edificio Prometeo, teléfonos 2569898/ 9. Fax: (593 2) 2509054

AGRADECIMIENTO

Dejo en constancia de mis sinceros y eternos agradecimientos a Dios, a mis padres, y demás familiares, quienes me guiaron por este difícil camino del saber, quienes me dieron la fuerza y el valor para culminar con éxito esta labor.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi padre, a mi madre; por sus sacrificios, su amor infinito e incondicional con sus sabios y sanos consejos sembrando en mí la semilla de la fe, la constancia, el deseo de superación y llegar al término de esta meta de ser una profesional.

ÍNDICE GENERAL

PORTADA	i
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	iii
CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN	iv
AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA	vii
ÍNDICE GENERAL	viii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
INTRODUCCIÓN	4
1.1. Tema de la investigación	4
1.2. Antecedentes	4
1.3. Planteamiento del problema	5
1.4. Formulación del problema	6
1.5. Sistematización del problema	6
1.6. Objetivos de la investigación	6
1.6.1. Objetivo general	6
1.6.2. Objetivos específicos	6
1.7. Justificación de la investigación	7
1.8. Delimitación de la investigación	8
1.9. Identificación de las variables	9

1.9.1. Variable Dependiente	9
1.9.2. Variable Independiente.....	10
1.10. Hipótesis	10
CAPÍTULO II	11
MARCO TEÓRICO	11
2.1. Antecedentes referenciales y de investigación	11
2.1.1. Estudios referenciales	14
2.2. Fundamentación teórica	16
2.2.1. Constitucionalidad y Justicia social.....	16
2.2.1.1. Gobernanza territorial y gestión comunitaria	18
2.2.1.2. Pueblos indígenas y conservación	18
2.2.1.3. Prácticas indígenas de conservación de recursos.....	20
2.2.2. El interés nacional y la consulta previa	21
2.2.2.1. Consulta previa e informada: Etapas	24
2.2.2.1.1. Relacionamiento, sociabilización y caracterización.....	25
2.2.2.1.2. Verificación y Certificación	25
2.2.2.1.3. Acercamientos	25
2.2.2.1.4. Preconsulta	26
2.2.2.1.5. Instalación y Socialización.....	26
2.2.2.1.6. Cartografía Social.....	26
2.2.2.1.7. Talleres de Identificación de Impactos y Medias de Manejo.....	27
2.2.2.1.8. Preacuerdos	27
2.2.2.1.9. Protocolización.....	27
2.2.2.1.10. Seguimiento a los acuerdos	27
2.2.2.1.11. Cierre de la Consulta Previa.....	27

2.2.2.1.12. Actualización de Impactos y medidas a Corto, Mediano y Largo Plazo	28
2.2.3. Contexto jurídico	28
2.2.3.1. Fundamentación Constitucional.....	29
2.2.3.1.1. Sentencia No. 001-10-SIN-CC.....	31
2.2.3.2. Derecho Internacional.....	32
2.2.3.2.1. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.....	32
2.2.3.2.3. Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....	36
2.2.4. Derecho comparado	37
2.2.4.1. Legislación de Colombia	37
2.2.4.1. Legislación de Perú.....	37
2.2.5. Resoluciones CIDH: Casos extractivistas	38
2.2.5.1. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH: Caso Ngöbe.....	38
2.2.5.2. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH: Caso pueblo indígena Sarayaku.....	41
2.2.6. Marco conceptual	42
2.2.6.1. Consulta	43
2.2.6.2. Constitucional	43
2.2.6.3. Nacionalidades.....	43
2.2.6.4. Minorías	44
2.2.6.5. Comunidades.....	44
CAPÍTULO III.....	45
MARCO METODOLÓGICO	45
3.1. Tipo de Investigación	45
3.2. Enfoque de la investigación	45

3.3. Técnicas de investigación.....	45
3.4. Población y muestra	46
3.5. Encuesta	46
3.6. Operacionalización de las variables	47
3.7. Entrevista	60
3.8. Análisis y discusión de los resultados	63
3.8.1. Análisis de la entrevista.....	63
3.8.2. Análisis de la encuesta.....	64
3.9. Implementación de propuesta	65
3.9.1. Objetivo general	66
3.9.2. Justificación de la propuesta.....	66
3.9.3. Resultado proyectado	67
3.9.4. Desarrollo del proyecto	68
3.9.4.1. Propuesta de Ley.....	69
3.9.4.1.1. Ley para consulta previa informada destinada a la defensa de derechos fundamentales, principios e intereses de los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador.....	70
3.9.5. Síntesis.....	72
CONCLUSIONES.....	74
RECOMENDACIONES	75
BIBLIOGRAFÍA.....	76
ANEXOS.....	84

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1, Delimitación de la investigación.....	9
Tabla 2, Tabla de datos	46
Tabla 3, Operacionalización de variables	47
Tabla 4, Encuesta	48
Tabla 5, Resultados de encuesta sobre conocimiento de participación consulta informada ...	50
Tabla 6, Resultado de conocimiento de consulta previa e informada.....	51
Tabla 7, Resultado de encuestas: Consulta de proyectos extractivistas.....	52
Tabla 8, Resultados de encuesta: Extractivismo y conflicto social	53
Tabla 9, Resultado de calificación de situación ambiental	55
Tabla 10, naturaleza sujeta de derechos.....	56
Tabla 11, Resultados sobre el conocimiento de proyectos extractivistas	57
Tabla 12, Respuestas de encuestados sobre beneficios de proyectos extractivistas	58
Tabla 13, Entrevista	60

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1, Conocimiento de participación, creación de normas y planes de protección.....	50
Figura 2, Conocimiento de consulta previa e informada	51
Figura 3, Desarrollo de proyectos sin consulta previa.....	52
Figura 4, Extractivismo de recursos no renovables y efectos sociales	53
Figura 5, Nivel de aceptación sobre escenarios extractivistas	54
Figura 6, Calificación de situación ambiental.....	55
Figura 7, Naturaleza sujeto de derecho.....	56
Figura 8, Conocimiento sobre proyectos extractivistas	57
Figura 9, Beneficios de proyectos extractivistas.....	58
Figura 10, Opinión sobre reforma para ampliar participación sobre la consulta previa.....	59

RESUMEN

En el Ecuador, las comunidades indígenas gozan de la protección constitucional del Estado, y de los derechos fundamentales inherentes a sus costumbres, suelo y supervivencia dentro de las áreas donde se han establecido y se desarrollan como sociedad, por ello, se aborda la temática de la consulta informada sobre de los proyectos extractivistas, en las áreas de protección. Para ello, se estima que, son los pueblos y comunidades indígenas los que soportan el costo social y ambiental de las industrias extractivas, obteniendo poca de la riqueza que se genera. Los acontecimientos recientes, incluyendo el reconocimiento nacional e internacional de los derechos indígenas, y el crecimiento de las iniciativas de responsabilidad social corporativa, ofrece la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan reducir su marginación económica y social, basados en el derecho constitucional garantista. La metodología de investigación para el presente documento se ha realizado sobre un enfoque de tipo cualitativo – cuantitativo, ya que se ha motivado mediante la cuantificación de información y se determinaron los puntos teóricos en base al ordenamiento jurídico vigente, jurisprudencia y doctrina. El resultado obtenido se ha fundamentado sobre los preceptos constitucionales y la necesidad de una nueva legislación que considere las observaciones y propuestas de las comunidades indígenas, con la finalidad de no afectar su normal desarrollo. De acuerdo a la revisión y análisis investigativo, se concluye que, la situación actual es aún deficiente y debe mejorar la vigilancia, protección y garantía de derechos, como baluarte de la justicia y la constitucionalidad en el Ecuador.

Palabras claves: Pueblos, indígenas, derechos, constitucionales, extractivistas, proyectos.

ABSTRACT

In Ecuador, indigenous communities enjoy the constitutional protection of the State, and of the fundamental rights inherent to their customs, soil, and survival within the areas where they have been established and developed as a society. The informed consultation on extractive projects, in the areas of protection. For this, it is estimated that it is the indigenous peoples and communities that bear the social and environmental cost of the extractive industries, obtaining little of the wealth generated. Recent events, including the national and international recognition of indigenous rights and the growth of corporate social responsibility initiatives, offer the possibility of indigenous peoples being able to reduce their economic and social marginalization, based on constitutional rights. The research methodology for the present document has been carried out on a qualitative - quantitative approach, since it has been motivated by the quantification of information and the theoretical points were determined based on the current legal order, jurisprudence, and doctrine. The result obtained has been based on the constitutional precepts and the need for new legislation that considers the observations and proposals of the indigenous communities, in order not to affect their normal development. According to the review and investigative analysis, it is concluded that, the current situation is still deficient and should improve the surveillance, protection and guarantee of rights, as a bastion of justice and constitutionality in Ecuador.

Keywords: Peoples, indigenous, rights, constitutional, extractivist, projects.

INTRODUCCIÓN

La marginación económica y social de los residentes de muchas zonas remotas y rurales, especialmente en comunidades indígenas, afectadas por las industrias extractivas está bien documentada y registrada por las mismas poblaciones que han sentido vulnerados sus derechos y garantías constitucionales. La población local obtiene pocos de los beneficios creados por el extractivismo y los efectos ambientales, sociales y económicos de las industrias extractivas que pueden amenazar los medios de vida existentes y viables. Los pueblos indígenas han sido especialmente susceptibles a la marginación y a la destrucción de los medios de subsistencia, porque dependen en gran medida de la tierra y los recursos que son susceptibles al daño ambiental causado por la extracción de recursos; estos, son vulnerables al impacto de las poblaciones inmigrantes y carecen de influencia política, debido a su pequeño número combinado con discriminación y desventaja social.

Los pueblos indígenas frecuentemente viven en la pobreza junto a complejos mineros que generan enormes riquezas para sus dueños y para los gobiernos, por tal motivo, el creciente reconocimiento nacional e internacional de los derechos indígenas, los cambios en la política corporativa y la mayor capacidad política indígena están cambiando el contexto jurídico y político para las industrias extractivas en Ecuador, América Latina y en el resto del mundo. Los Estados Americanos están entre varios países que han otorgado o ampliado el reconocimiento legal de los derechos indígenas, debido a la presión de las organizaciones indígenas internacionales y sus aliados, que ha dado como resultado la promulgación de una serie de declaraciones y convenciones internacionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha dictado varias decisiones en las que se exige a los gobiernos nacionales que respeten los principios de derechos humanos establecidos en la Convención en sus relaciones con sus pueblos indígenas. La creciente disposición de los Estados, las instituciones internacionales y las corporaciones a reconocer los derechos indígenas refleja en parte el crecimiento de la capacidad política indígena y, en particular, la capacidad de los terratenientes indígenas para interrumpir, retrasar y en algunos casos forzar el abandono de los proyectos planificados o minas operativas para proyectos extractivos.

Por ello, se plantean interrogantes sobre el enfoque de las consultas informadas que realiza el Estado a las poblaciones indígenas sobre la afectación en sus áreas de hábitat, como las siguientes: ¿éste contexto jurídico y político cambiante terminará con la marginación histórica de los pueblos indígenas, permitiéndoles afirmar su control y beneficiarse de las industrias extractivas en sus tierras ancestrales?, ¿qué implicaciones tiene la experiencia de los pueblos indígenas para los residentes no indígenas de las regiones rurales y remotas afectadas por las industrias extractivas? De ello, nace el establecimiento de una base social y jurídica para considerar estas preguntas al delinear una gama de perspectivas teóricas sobre las industrias extractivas en las comunidades y regiones rurales y remotas.

Las perspectivas sociales y jurídicas no se limitan a teorías centradas específicamente en los pueblos indígenas, lo que refleja la realidad de que comparten algunas de las características y experiencias de otros residentes de áreas remotas y rurales afectadas por proyectos extractivistas. En ciertos aspectos, la situación y las experiencias de las comunidades indígenas son diferentes, estas diferencias pueden en realidad aumentar la relevancia de las teorías generales, por ejemplo, las que se centran en los efectos ecológicos de la extracción de recursos, aunque a veces se requieren conocimientos teóricos adicionales y específicos sobre las políticas públicas y el conflicto de derechos que esto supone. Esto ilustra que, si bien los cambios antes

mencionados ciertamente están creando oportunidades para una mayor participación y control indígena, se requiere una movilización política extensa y sostenida para aprovechar esas oportunidades.

La investigación concluye considerando las implicaciones teóricas de la discusión y su relevancia para las comunidades afectadas por las industrias extractivas. Previo a concluir el presente trabajo, y como eje central del mismo se planteará un análisis del procedimiento jurídico y administrativo para los proyectos de extracción seguidos en la Asamblea Nacional a petición del Presidente de la República. Por último, la propuesta responde a una necesidad jurídica sobre la regulación en la creación de una Ley que establezca y defina la fecha mínima para el procedimiento de la consulta informada, acorde con las normas de rango constitucional y legal que encamine a estudiantes, profesionales en Derecho y demás personas involucradas en la extracción de recursos naturales no renovables en áreas protegidas, en el correcto procedimiento legal y constitucional.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. Tema de la investigación

Consulta informada a los pueblos indígenas de los proyectos extractivistas que potencialmente afecten a sus comunidades.

1.2. Antecedentes

Siendo el Ecuador un Estado de Derecho, multinacional, multicultural y multiétnico, se ha adherido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde reconoce, otorga y protege a todos los sectores sociales que conforman a la nación ecuatoriana, especialmente con aquellos grupos que necesitan una atención prioritaria. El artículo 57 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza su cuidado, promoción y protección, de acuerdo a los derechos humanos y derechos colectivos para el cuidado y administración de la tierra donde habitan, como fuente principal de su subsistencia. Este antecedente jurídico que ha marcado un antes y un después en la protección de comunidades indígenas, promueve el consentimiento de consulta libre e informado previo de las comunidades indígenas afectadas para proyectos que afectan las tierras indígenas, los recursos naturales o el patrimonio cultural crítico o que requieren su aceptación o sociabilización.

Se han producido cambios significativos en las políticas públicas y corporativas hacia las comunidades indígenas, conforme a las consultas participadas a dichas poblaciones para la explotación de recursos, y de lo que muchas compañías que presentan proyectos extractivos, ahora proclaman su respeto por los derechos indígenas y buscan entablar acuerdos con comunidades antes de operar en sus tierras tradicionales, demostrando con ello, la necesidad de evolución que tiene el derecho en respeto de todos los habitantes del país, lo que motiva a

una justicia social equitativa y acorde a la promoción de Derechos Humanos, especialmente para las comunidades indígenas.

1.3. Planteamiento del problema

Dentro del planteamiento del problema, se tiene que, en cuanto al marco constitucional y legal en la extracción de recursos naturales no renovables en áreas protegidas se encuentra en la interpretación que queda del artículo 57, inciso 7, ya que no establece un plazo definido de tiempo que determine la consulta previa e informada, dando lugar a la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas para conocer y participar de manera clara, plena y efectiva, en la toma de decisiones que se generan de los proyectos extractivistas que se desarrollan o van a desarrollar en sus territorios ancestrales. Siendo así, la legislación actual resulta obsoleta ya que no está de acuerdo a los intereses de los pueblos ancestrales, debido a la falencia que presenta la norma constitucional en la determinación de la expresión razonable sobre el tiempo estimado para el conocimiento de los proyectos extractivistas en comunidades indígenas, y su posterior sometimiento a consulta previa e informada.

Es por ello, que aparece de manera intermitente la presencia de pueblos aislados voluntariamente, cuyas libertades fundamentales están al amparo de Instrumentos Internacionales y de la misma Constitución de la República. La incoherencia y mala interpretación de muchas normas tanto del Estado como de los opositores de proyectos extractivistas promueven la falta de acuerdo jurídico que se evidencia hacia los pueblos indígenas, por lo que es necesario investigar todo el esquema jurídico aplicable, que por supuesto servirá de referente ante posibles nuevas iniciativas; por ello, al no consultarse a las comunidades o nacionalidades indígenas sobre la extracción de los recursos naturales dentro de su territorio, se pone de manifiesto una clara violación constitucional, especialmente sobre el ya referenciado artículo 57 de la Constitución de la República, que promueve la protección,

reconocimiento y cuidado para los pueblos indígenas, y el respeto a sus tierras, como fuente ancestral de supervivencia y desarrollo.

1.4. Formulación del problema

¿Existe vulneración a los Derechos Humanos, debido al incumplimiento de la consulta informada a los pueblos indígenas, sobre los proyectos extractivistas que se propongan establecer en sus comunidades y sectores cercanos de interés social y vital?

1.5. Sistematización del problema

- ¿Cuál es el fundamento legal y constitucional de la consulta informada?
- ¿Cumple el Estado con la tipificación constitucional del artículo 57, incisos 7 y 17, respecto a la consulta informada a los pueblos indígenas?
- ¿Conocen los pueblos y nacionalidades indígenas, la existencia de la consulta informada?
- ¿Actualmente existen casos en los cuales se ha sancionado al Estado por no cumplir con los procesos legales para realizar una consulta informada a las comunidades indígenas?

1.6. Objetivos de la investigación

1.6.1. Objetivo general

Determinar si el Estado ha llegado a realizar la consulta informada de la extracción de recursos naturales, renovables y no renovables, en las comunidades indígenas, para la propuesta de alternativas legales que motiven el cumplimiento del artículo 57 de la Constitución de la República y la garantía de los derechos fundamentales.

1.6.2. Objetivos específicos

- Fundamentar jurídicamente la necesidad de la protección y garantía de los derechos de las comunidades indígenas, sobre su tierra y asentamientos humanos, de acuerdo a la Constitución de la República.

- Identificar si el Estado ecuatoriano cumple o no con la norma constitucional ante la consulta informada sobre la extracción de los recursos naturales dentro de los territorios del pueblo o comunidades indígenas.
- Analizar dos resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos de explotación de recursos naturales en territorios de asentamientos indígenas en América.
- Proponer la creación de una Ley en la que se establezca una fecha mínima para el procedimiento de la consulta informada.

1.7. Justificación de la investigación

En el contexto de la importancia de la explotación de recursos por parte del Estado, y el compromiso de la conservación y protección de los pueblos indígenas, Ecuador ofrece un escenario adecuado para el estudio de los enfoques de gestión colaborativa sobre la consulta informada con los pueblos indígenas en áreas protegidas, ya que los elementos importantes coinciden en el contexto jurídico, pues, por ley, los pueblos indígenas tienen derechos de autodeterminación en sus territorios. Esto expone a efectos negativos que suponen la contaminación de sus zonas de hábitat y la explotación de sus recursos, por lo que, el Estado ha promovido una política para desarrollar la gobernanza colaborativa en áreas protegidas.

Los efectos que se generan de la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas, serán evidenciados mediante la presente investigación, tanto en el marco jurídico, como social, pues afecta directamente a un sector de la población ecuatoriana, que, de hecho, es uno de los más vulnerables y expuestos a la destrucción de su medio ambiente y cultura. La trascendencia del trabajo investigativo radica fundamentalmente en la ausencia de obras similares que permitan solucionar la incertidumbre en la coyuntura actual, y la naturaleza jurídica de esta actividad requiere sustentación legal que dirija el procedimiento extractivo mediante la

consulta informada, como una fuente de legalidad, que permita la protección y garantía constitucional para todos los que habitan en zonas protegidas.

Para el planteamiento de objetivos, se estima que sus efectos se deban al momento político y jurídico vigente, que pretende maniobrar con la naturaleza jurídica de la actividad extractivista, especialmente con la solicitud de declaratoria de interés nacional de la extracción de recursos naturales no renovables, como una fuente generadora de recursos, a costa del daño al medio ambiente y a pueblos ancestrales, por lo que se justifica de manera implícita la investigación como una base de legalidad para la protección ambiental y el uso de las herramientas técnicas que permitan un bajo impacto en las actividades extractivistas, haciendo participar a las comunidades en el desarrollo de su futuro, amparándose en el ordenamiento jurídico existente, y la consulta informada como la base del acuerdo social, entre el Estado y los pueblos indígenas.

En el plano económico, se estima que la matriz productiva, crezca debido a las políticas públicas solventadas por el Estado, especialmente en el Plan Nacional del Buen Vivir, que promueve la protección de las comunidades ancestrales, pero también promueve la extracción de recursos, como la base de la riqueza nacional y el desarrollo tecnológico, social, etc., en que se desenvuelve el país, acentuando los aspectos de importancia de las zonas protegidas, y la administración que ejercen los GAD sobre dichas áreas, y lo que comprende el tratamiento con comunidades autónomas de asentamientos indígenas, que en reiteradas ocasiones desentonan con los objetivos del Estado, en cuanto a producción, desarrollo económico, ambiental, jurídico y social.

1.8. Delimitación de la investigación

La investigación está delimitada al cumplimiento del artículo 57, incisos 7 y 17 de la Constitución de la República, referente a la consulta informada de proyectos extractivistas a

los pueblos o comunidades indígenas, siendo una investigación de carácter nacional relacionada a casos concretos.

Tabla 1. Delimitación de la investigación

Sector	Público
Área	Derecho Constitucional.
Tema	Consulta informada a los pueblos indígenas de los proyectos extractivistas que potencialmente afecten a sus comunidades.
Problema	¿Existe vulneración a los Derechos Humanos, debido al incumplimiento de la consulta informada a los pueblos indígenas, sobre los proyectos extractivistas que se propongan establecer en sus comunidades y sectores cercanos de interés social y vital?
Aspecto	Garantía y protección de derechos humanos.
Espacial	El trabajo de investigación se realizará de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, y con documentación estadística oficial sobre proyectos extractivos en comunidades indígenas.
Alcance	Nacional.

Fuente: Valeria Victoria Burgos Merchán

1.9. Identificación de las variables

1.9.1. Variable Dependiente

Las comunidades o pueblos indígenas en la consulta informada, ejercerán su derecho a la sociabilización y acuerdo de ideas en la protección de sus intereses en armonía con el desarrollo económico y la protección ambiental.

1.9.2. Variable Independiente

- Interés económico por parte del Estado.
- Desconocimiento de los derechos para los pueblos indígenas en la administración de sus tierras.
- Falta de un plazo fijo en la norma para la empresa privada, dedicada a la extracción de recursos en áreas protegidas por el Estado.

1.10. Hipótesis

Si se crea una Ley que establezca el plazo en el que se efectúe la consulta informada a los pueblos o comunidades indígenas, para que ellos conozcan y participen de los planes, programas de explotación y comercialización de los recursos no renovables; se estaría cumpliendo con lo dispuesto en la Constitución de la República y la población tendría la facultad de aceptarlo o rechazarlo, en base a los beneficios e intereses de sus pueblos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes referenciales y de investigación

La Constitución de la República, reconoce los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en el artículo 56, como parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible; de ello, se fundamenta la tipicidad del artículo 57, incisos 7 y 17, en que sustenta la constitucionalidad de la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre los proyectos de explotación de recursos no renovables, que afecten a su normal desenvolvimiento y desarrollo social y ambiental (Constitución de la República, 2008).

Estos elementos son importantes para los aspectos jurídicos, sociales y ambientales de las prácticas de conservación especialmente en los países latinoamericanos, ricos en biodiversidad, así como para el actual debate de legalidad sobre la conservación basada en los derechos y la importancia de la preservación de las comunidades indígenas. Este documento se basa en estas áreas de la doctrina que sustentan los encuentros de los derechos sociales entre los pueblos indígenas y los intereses de un Estado plurinacional en la gobernanza colaborativa de la literatura de cogestión, teoría de los bienes comunes y los desarrollos de las áreas conservadas por los indígenas y las comunidades; teniendo presente el estatus constitucional de la pluriculturalidad de un país multiétnico y multinacional, que debe respetar y estimular el desarrollo de todas las lenguas y culturas existentes en su territorio, así como la identidad de las nacionalidades que existen en su interior, en nacionalidades tales como: Kichwa, Shuar, Achuar, Chachi, Epera, Huaorani, Siona, Secoya, Awa, Tsáchila, Cofán, Zápara, entre otras.

La importancia del rol que juegan las comunidades y pueblos indígenas del Ecuador, han estimulado que la legislación nacional los incluya dentro de aspectos fundamentales de

sociabilización y democratización de los destinos para las zonas donde habitan, incorporando en la Constitución de la República, figuras jurídicas como los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas, y la autodefinición para decidir sobre su futuro; todo aquello, en base a los preceptos del derecho internacional que protege a las comunidades indígenas, especialmente en América y de lo que Ecuador es país suscriptor (Organización de los Estados Americanos, 2012).

En la cogestión de los recursos naturales, incluida la biodiversidad en las áreas protegidas dentro de zonas de comunidades indígenas, las instituciones gubernamentales comparten en diferentes grados su poder y responsabilidad con los usuarios de los recursos locales (Plan Nacional del Buen Vivir, 2013). Muchas de las expectativas se han puesto en la gestión conjunta como una forma de promover una gestión más eficaz de los recursos naturales mediante el uso de las capacidades a nivel local y gubernamental y para permitir la gestión de conflictos en aquellos casos en que los derechos de propiedad colectiva y estatal se superponen.

Los beneficios de los arreglos de coordinación incluyen las relaciones equitativas en la toma de decisiones, la gestión eficiente, la resolución de conflictos y el reconocimiento de los sistemas y derechos de los conocimientos indígenas. Los desafíos actuales con la cogestión son las desigualdades de poder prevalentes, la participación deficiente, los contextos burocráticos y el fracaso en integrar diferentes sistemas de conocimiento en la gestión. Si bien las condiciones para el éxito han sido ampliamente investigadas, hay mucho menos comprensión de los contextos sociales, políticos y culturales que influyen en las relaciones, la solución de conflictos y la Matices en las relaciones de poder (Noguera, 2015, págs. 32-34).

Sobre dichas bases, se tiene a los preceptos de desarrollo administrativo de las empresas en el Ecuador, que han sido revestidas de gran importancia por el aporte al desarrollo económico, y considerando que existen muchas investigaciones que involucran la necesidad de implementar políticas de control administrativo, como herramienta fundamental en la

aplicación para ser competitivas en el mercado que se desenvuelvan; existen también referentes en libros, documentos, artículos, estudios e investigaciones sobre la aplicación de dichas políticas en las empresas, además de una amplia bibliografía que permite sustentar el presente tema. La situación de los derechos y garantías consagrados en la actual Constitución de la República, hizo posible que se conceda y reconozca a la naturaleza como sujeto de derecho, dando un giro a la otrora legislación, y con ello, dando paso a un sistema de justicia social y constitucional que otorga un espacio merecido a la naturaleza y a los pueblos y comunidades indígenas que habitan en ella, y además, la posibilidad de la consulta previa, como un mecanismo de intervención y acuerdo en el destino de sus intereses en conjunción con el destino de la nación ecuatoriana (Estarellas, 2012, pág. 65).

Esto también es el resultado de una oleada de modificaciones a sus respectivas legislaciones en América Latina, en tanto que el marco de los derechos se amplió con los llamados derechos de tercera generación incorporando los temas ambientales, como parte central de la temática social en todos los Estados americanos (Nuques, 2014, págs. 48-52). Por tal razón, Ecuador ha dado un paso más favorable dentro del reconocimiento de derechos al ser un país de avanzada en temas a favor de la naturaleza, estableciendo a través de la Asamblea Constituyente de Montecristi el Art. 407, que ha tipificado lo siguiente:

Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular (Constitución de la República, 2008).

En la Constitución de la República, la tipificación que se ha citado, contraponen los aspectos de interés nacional, a la posición de las comunidades que habitan en dichas áreas de protección, ya que marca un acuerdo y desacuerdo en la explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidas, sin embargo, de manera seguida faculta al ejecutivo para que por su iniciativa y con la aprobación de la Asamblea Nacional pueda dar paso a dicha actividad dejando a la consulta previa como una circunstancia posible o no. De esta contradicción surge la pregunta si el país en realidad está listo para dejar de desarrollar actividades extractivas que por circunstancias aleatorias se encuentran en áreas protegidas o es que vamos a continuar por ese camino de la vieja masacre extractiva puesto que eso permite que los recursos naturales sean aprovechados bajo entendimientos de alto impacto ambiental (Velásquez, 2015, págs. 78-82).

2.1.1. Estudios referenciales

Los estudios referenciales sobre la temática presentada, ha sido abordado por investigaciones que han aportado con la perspectiva legal para entender los aspectos del derecho constitucional, la justicia social y la situación de vulnerabilidad al que están expuestas las comunidades y pueblos indígenas al momento de ser evaluados para proyectos extractivistas en áreas de protección e interés nacional donde éstos habitan. Por tan razón, se procede se toma como estudio referencial, a la investigación titulada: “Explotación de recursos no renovables en áreas de interés nacional y la consulta informada hacia asentamientos y comunidades indígenas”, realizada por la Dra. María Elizabeth Ludeña Aguirre, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; donde presenta la necesidad del acuerdo entre el Estado y los pueblos, asentamientos y comunidades indígenas, en la protección de sus recursos y modo de vida, y la consulta informada como mecanismo para que éstos manifiesten su acuerdo o desacuerdo con dicha explotación de recursos, considerando el interés nacional y el interés de los pueblos ancestrales, sin afectar el medioambiente y el normal desenvolvimiento de los mismos.

La investigación concluye en que debe existir una mayor concordancia en el conflicto de intereses que supone un Estado multinacional, debido a que en reiteradas ocasiones, el extractivismo de recursos, se encuentra en zonas donde habitan comunidades indígenas que no están dispuestas a presenciar la explotación de sus tierras, ya que la consideran sagradas y parte de ellos, razón por lo que, el Estado ecuatoriano al velar por el interés de todos los ciudadanos, debe priorizar las necesidades y los recursos que necesita para su desarrollo, siempre acorde al respeto y garantías de derechos humanos, justicia social y constitucional (Ludeña, 2015, págs. 29-33).

El siguiente estudio referencial se titula: “Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y la consulta informada para la explotación de áreas de interés nacional”, presentada por el Abg. Francisco Zapatero Briones, de la Universidad San Francisco de Quito; donde expone la situación de constitucionalidad y las garantías y derechos que ésta otorga a las comunidades y pueblos indígenas, y el derecho a ser consultados en sobre los destinos y explotación de recursos en las áreas donde éstos se han asentado ancestralmente.

Por ello, manifiesta la situación de contradicción de la justicia constitucional al presentar la consulta informada como una herramienta para que las comunidades expongan sus perspectivas y oposición o aprobación de la explotación de sus tierras, pero al mismo tiempo expone la juridicidad del interés nacional como un precepto constitucional superior ya que está en juego el interés de toda la nación y no solo parte de ella, siendo así, concluye en que las comunidades indígenas se encuentran en una situación de protección especial por parte de la Constitución de la República, pero al mismo tiempo deben someterse al interés nacional, razón por lo cual, la consulta informada juega un papel esencial en ambos aspectos, pero no es decisivo siempre que entre en conflicto con los intereses del Estado ecuatoriano (Zapatero, 2015, págs. 32-34).

2.2. Fundamentación teórica

2.2.1. Constitucionalidad y Justicia social

El esquema actual de participación de la figura jurídica de la naturaleza refleja la importancia que ésta tiene en todos los aspectos de la vida del ser humano y su desarrollo normal, razón por lo que, la Constitución de la República, ha dado un espacio que vaya en concordancia con el desarrollo sostenible, que es de interés de todos los ciudadanos, para la explotación de recursos que se traduzcan en beneficios económicos y de desarrollo para todo el país (Naula, 2014). La protección ambiental va acorde a estos intereses conforme a la justicia social y la ratificación de derechos colectivos o difusos, en el tercer inciso se establece que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible, es decir, que no se lo puede tocar, renunciar o perder el derecho sobre ellos en razón del tiempo (Fernández-Concha, 2015).

La constitucionalidad ha sido la fuente del respeto de los derechos y garantías de todos los ecuatorianos, y con ello, el legislador ha buscado la igualdad, equidad y justicia social para todos los sectores de la nación ecuatoriana, por tal motivo, la consagración de los derechos de la naturaleza surge a partir de la legislación de la Asamblea Constituyente, en la Constitución vigente, en el artículo 71, donde se ha tipificado:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (Constitución de la República, 2008). Los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho de exigir al Estado el cumplimiento de estos derechos, así como también incentivará el respeto y la protección de la naturaleza, pues de acuerdo con la constitucionalidad de la protección, se señala que la protección a la naturaleza y su explotación siempre debe estar en consideración a la utilidad razonable del hombre sin extremismos porque que resultarían injustos e irracionales dejando de satisfacer al hombre

presente en previsión del futuro, ya que el desarrollo que alcance la técnica para la utilización de los recursos naturales es relativa dejando la posibilidad de que día a día se encuentren sorprendentes modos de aprovechamiento de los recursos naturales (Larrea, 2013, págs. 65-66).

Siendo así, se tiene que el precepto de constitucionalidad y justicia social que define el desarrollo sostenible, es la brújula de toda la protección ambiental hacia la naturaleza y los pueblos indígenas ecuatorianos, que se encuentra tipificado en los artículos 395 y 396, de la Constitución de la República, en que sobresale el modelo de desarrollo sustentable que se define como la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender a sus propias necesidades y que según el artículo 395, expresa:

Es aquel que respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegura la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras (Constitución de la República, 2008).

A l mismo tiempo, el artículo 276, establece que el régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución. 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable (Constitución de la República, 2008).

Por tal razón, se evidencia la inclinación del derecho nacional en el ordenamiento jurídico, que ha tomado los principios de la justicia social para legislar sobre la importancia del desarrollo económico y social en el impacto y la crisis ecológica que puede desembocar

extractivismo en las áreas de protección nacional, que generalmente afectan a las comunidades indígenas del Ecuador (Castillo, 2013, págs. 36-41).

2.2.1.1. Gobernanza territorial y gestión comunitaria

Partiendo de los preceptos teóricos de constitucionalidad revisados, se tiene a la administración de recursos naturales y de gestión comunitaria, como un fundamento de la cogestión que acepta la existencia de un nivel local de administración, pero la gobernabilidad general es a menudo de varios niveles y siempre está regulada por un Estado central (Arellano, 2015, págs. 26-29). Los recursos locales e indígenas y la gobernanza territorial involucran una combinación de prácticas resumidas como protección de especies por razones culturales y de gestión de las comunidades indígenas en la preservación de sus costumbres; ya que, para gobernar los recursos comunes se ha establecido o se debe acordar el uso de un marco teórico común que analiza los arreglos sociales para los derechos de propiedad y las instituciones (reglas, normas y valores) de acuerdo a una gobernanza territorial que asuma los intereses de todos los sectores y una gestión comunitaria que vaya acorde a los tiempos modernos y la realidad económica del país del cual también son parte (Echavarría, 2013, págs. 36-38).

A pesar de su enfoque a menudo local, las comunidades y pueblos indígenas, son ejemplos de complejos sistemas socio – ecológicos, ya que se sitúan muy dentro de contextos o estructuras más grandes que tienen un efecto sobre ellos describiendo dichas áreas como zonas indígenas, que manejan su territorio de acuerdo a sus prácticas habituales, incluyendo áreas de preservación o protección del interés nacional, y ubican esas prácticas en contextos regionales más amplios que muchas veces van en contradicción de los estándares económicos de desarrollo del país (Redín, 2014, págs. 52-56).

2.2.1.2. Pueblos indígenas y conservación

El concepto de áreas de protección e interés nacional, en conjunción con pueblos indígenas y conservación de dichas zonas, abarca fundamentaciones teóricas del derecho administrativo

y constitucional sobre la gestión de la toma de decisiones sobre zonas ancestrales, considerando al derecho de los pueblos indígenas en el Ecuador, como los garantes de la protección de los recursos naturales, y lo que en ello se desenvuelve, siendo que, los proyectos extractivistas que se realizan entre el Estado y el sector privado, generalmente aporta al conflicto jurídico en los intereses de los pueblos indígenas y la nación ecuatoriana, pues, aunque estos son parte de la misma, se han constituido con intereses y valores independientes que han priorizado sus intereses a los del Estado central (Antón, 2015).

La conservación de la naturaleza y la protección de los recursos naturales, se ha impulsado por las comunidades indígenas, en la práctica durante mucho tiempo antes de que el Estado ecuatoriano haya reconocido los derechos de la naturaleza y comenzara a expandir sus categorías de áreas protegidas para incluir dentro de las áreas de protección e interés nacional, y es por ello, que basados aquel concepto, las áreas ricas en biodiversidad generalmente se encuentran dentro de las tierras de los pueblos indígenas y con esto, la legislación nacional ha considerado la importancia de la consulta informada a las comunidades, con el objeto de generar una gestión conjunta para la toma de decisiones de la futura de las zonas que se encuentran como parte de proyectos extractivistas (Celi, 2014, págs. 29-33).

Dentro de la comunidad de conservación, las alternativas experimentales a la conservación convencional de fortalezas incluyeron zonas de amortiguamiento basadas en la comunidad, distribución de beneficios del uso de parques y ecoturismo, reservas de biosfera, proyectos integrados de conservación y desarrollo, conservación comunitaria, gestión colaborativa, así como el establecimiento de territorios indígenas de jure. Además, se ha incluido la diversidad biocultural como tema en los planes de acción en el Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, para comprender mejor, trabajar y apoyar la interacción de la conservación con el conocimiento local, cultural y social, que establece la protección de los derechos constitucionales y los planes

de acción establecidos mediante las metas del milenio para el Estado ecuatoriano (Plan Nacional del Buen Vivir, 2013).

2.2.1.3. Prácticas indígenas de conservación de recursos

Muchas sociedades indígenas tienen prácticas de manejo de recursos basadas en el conocimiento ecológico tradicional que promueven diferentes etapas de sucesión y restringen el acceso a áreas particulares del paisaje, y estas prácticas pueden promover la biodiversidad. Los mecanismos sociales subyacentes a la gestión de los ecosistemas están enmarcados por el derecho constitucional que establece una visión del mundo y los valores culturales de acuerdo al ordenamiento jurídico y los intereses del Estado, y estos, están asociados con instituciones sociales tales como rituales, ceremonias, reglamentos de mayordomía, tabúes y sanciones sociales y espirituales que son parte de las costumbres indígenas que protege la Constitución de la República, pero que de ninguna forma contraviene a la legislación nacional (Moreno, 2015, págs. 65-66).

Por esto, es que las instituciones sociales informales y el conocimiento ecológico local contribuyen a la conservación mediante y la promoción de la resiliencia de los ecosistemas, entendida como la capacidad del sistema para amortiguar los efectos del cambio, reorganizar y renovar las relaciones socio – ecológicas tras los proyectos extractivistas de los que constantemente son objeto. Por lo tanto, la resiliencia es considerada como la propiedad más importante del ecosistema que conduce a la conservación de la biodiversidad, y es el centro de los valores jurídicos de protección al cuidado y preservación de los pueblos indígenas (Brune, 2014, pág. 67). En suma, existen sistemas de manejo indígena que dan como resultado la conservación de la diversidad biológica y el mantenimiento de la resiliencia ecológica y los procesos ecosistémicos de acuerdo y en armonía al ordenamiento jurídico nacional. Las lecciones de los sistemas de gestión tradicionales son importantes para los intereses de conservación internacionales que buscan adherir a los Estados como entidades de conservación

eficaces que promuevan leyes a favor del cuidado de las poblaciones indígenas, y la amortiguación del choque de la explotación de recursos y los pueblos (Camacho, 2015, págs. 101-103).

2.2.2. El interés nacional y la consulta previa

La Consulta Previa es un proceso que busca garantizar los derechos y la participación real, oportuna, a los pueblos étnicos en la toma de decisiones, sobre proyectos o actividades que afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural, siendo así, el derecho a la consulta previa, libre e informada está reconocido en el artículo 57 incisos 7 y 17 de la Constitución de la República, que ha tipificado lo siguiente:

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:

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.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (Constitución de la República, 2008).

En relación a ello, se ha revisado el derecho internacional en referencia al Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y a la Declaración de Naciones Unidas sobre

derechos de los Pueblos Indígenas que determinan las disposiciones del presente Convenio, y que el Ecuador ha suscrito: 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 (Organización Internacional del Trabajo, 2011).

La Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo 19, expresa 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.

En consecuencia, el alcance de este derecho no se limita, por un lado, solamente a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras sino a toda medida administrativa que el Estado adopte y pueda afectar sus derechos; y por otro lado, no se limita a las leyes sino a otros actos normativos jerárquicamente distintos, pues la propia Constitución establece potestades normativas, no solamente a la Asamblea Nacional, sino a otros órganos e instituciones del Estado. Cabe advertir, que el Ecuador ratificó el Convenio No. 169 de la OIT en 1998, por lo que desde ese año se reconoce el derecho a la consulta tanto para medidas normativas como administrativas, incluyendo como ya se mencionó a las actividades extractivas (Egas, 2014, págs. 71-72).

El Propósito de la consulta para abordar este elemento esencial del derecho a la consulta previa, libre e informada, es necesario en primer lugar para aclarar la diferencia existente entre consulta y consentimiento desde una perspectiva de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, pues de esta manera se logra visualizar claramente su propósito y el lugar ocupante en el derecho constitucional ecuatoriano y su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, debe tener objetividad como una herramienta jurídica diseñada con la intención de frenar

la discrecionalidad y la arbitrariedad que ha caracterizado la intervención del Estado y de las empresas en zonas indígenas, y al mismo tiempo asegurar que las comunidades puedan alzar la voz para emitir su opinión y formar parte de los procesos (Franco, 2014, págs. 26-32).

Por lo expuesto, se tiene que el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, determina como uno de los elementos esenciales de la consulta, al derecho a la información y la participación en la toma de decisiones del destino de los pueblos y la gestión y protección de sus recursos no renovables, respecto de medidas normativas, en que la organización determinó en la relatoría especial de la ONU para los Pueblos Indígenas, lo siguiente:

Uno de los requisitos de validez de toda consulta a los pueblos indígenas es que ésta sea informada, es decir, que los pueblos indígenas, sus comunidades y al menos un número significativo de sus miembros tengan acceso oportuno a toda la información necesaria para comprender el alcance e implicaciones de la reforma constitucional, solicitar información adicional o asesoramiento técnico. Dicha información presentada en un lenguaje que sea accesible, traducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen...” De lo dicho se desprende que lo informado supone contar con información necesaria que abarque: a) el alcance y las implicaciones de la medida normativa que se trate, b) que en el caso de ser necesario se proporcione información adicional, c) los pueblos y nacionalidades, si lo requieren, cuenten con asesoría técnica (Organización de las Naciones Unidas, 2012, págs. 96-125).

En cuanto a proyectos de inversión o desarrollo, exploración y explotación de recursos naturales, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, determinó que lo informado implica que se suministre información, por lo menos, de los siguientes aspectos:

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

Por ello, la información que el Estado tiene la obligación de entregar a los pueblos y nacionalidades indígenas, tanto para medidas administrativas o normativas, deben cumplir mínimamente con estos criterios, según sea el caso (Marín, 2016). Para el caso de adopción de políticas públicas de carácter general, por su naturaleza, los criterios mínimos que deberían ser utilizados, por su pertinencia, aquellos referidos a medidas normativas. Finalmente, hay que subrayar que, independientemente de la medida que se trate, esta información debe presentarse en lenguaje accesible y traducido a las lenguas de los pueblos y nacionalidades indígenas que deban ser consultados (Niola, 2015).

2.2.2.1. Consulta previa e informada: Etapas

Una vez que se ha hecho la revisión teórica y la importancia de la consulta previa destinada a los pueblos y comunidades indígenas, se observan las etapas que debe desarrollar al momento de su implementación, conforme se haya fundamentado en el propósito, procedencia o

viabilidad, objetivos, y hacia qué pueblo o comunidad indígena está destinada la consulta, cómo se debe realizar y los efectos que ésta genere; siendo así, se tiene que debe estructurarse sobre las siguientes etapas (Cortes, 2016).

2.2.2.1.1. Relacionamiento, sociabilización y caracterización

El relacionamiento, sociabilización y caracterización, son la primera fase que da lugar a la consulta previa e informada, con el objeto de sociabilizar e informar las finalidades y motivos de un proyecto extractivista a realizarse en un territorio o asentamiento de una comunidad o pueblo indígena (Prieto, 2015). Por ello, se ha conceptualizado los siguientes factores que se fundamentan a continuación: reduce el riesgo de omisión de comunidades y la consecuente vulneración de los derechos de dichos pueblos, identifica la institución representativa de las comunidades indígenas, identificar su territorio y todos los pueblos indígenas existentes en dicho territorio.

2.2.2.1.2. Verificación y Certificación

Esta etapa está destinada a verificar y certificar la existencia de una comunidad o pueblo indígena, sobre una determinada parte del territorio nacional, y además de verificar su constancia dentro de los pueblos ancestrales para iniciar el proceso de consulta previa e informada (Vidal, 2016). A continuación, se exponen especialmente tres aspectos fundamentales para el desarrollo teórico de los procesos jurídicos que deben seguir: identificación oficial de las comunidades por parte del Estado, identificación de dicha comunidad étnica y ámbito territorial, las comunidades étnicas tienen un concepto del territorio que resulta ajeno a la cultura occidental, para ellos la tierra está ligada a su existencia y supervivencia.

2.2.2.1.3. Acercamientos

En la etapa de acercamiento, es deber del Estado propiciar un clima de confianza que contribuya a informar y explicar la necesidad y razones que han dado lugar a un proyecto

extractivista (Castillo, 2013). Por ello, se han argumentado los siguientes factores: el Estado debe de construir una buena comunicación e interlocución con pueblos indígenas a consultar, crear condiciones favorables para que las comunidades indígenas participen en los procesos de la consulta previa, validar la institución representativa de estas comunidades o pueblos indígenas.

2.2.2.1.4. Preconsulta

Es necesario realizar un procedimiento antes de la consulta con las comunidades afectadas, definiendo el proceso de Consulta Previa, con la finalidad que todas las partes involucradas presenten su perspectiva sobre determinado proyecto extractivista, protegiendo los intereses nacionales y sin afectar a las comunidades indígenas (Sanz, 2015).

2.2.2.1.5. Instalación y Socialización

Se debe socializar desde la perspectiva social y cultural de la comunidad consultada, las características del proyecto y las actividades a desarrollar, ya que es necesario que los pueblos indígenas se empapen de información suficiente y oportuna, y se adopten procedimientos apropiados por parte del Estado que promueva incentivos sociales, económicos y estructurales a las comunidades, para que se beneficien de los proyectos extractivistas que se puedan desarrollar en dichos territorios (Rocha, 2016).

2.2.2.1.6. Cartografía Social

La cartografía social se define en una propuesta conceptual y metodológica que permite construir un conocimiento integral de un territorio utilizando instrumentos vivenciales, que respeten las condiciones de vida de los pueblos indígenas, además, se necesita de una construcción colectiva de mapas como herramienta en donde se asume el territorio como referente y los recorridos necesarios para el área a explotar (Zapatero, 2015).

2.2.2.1.7. Talleres de Identificación de Impactos y Medias de Manejo

Teniendo como antecedentes la información recogida en la Cartografía Social, los recorridos y la socialización del proyecto, se identifican de manera concertada, entre la comunidad y la empresa, los impactos y medidas de manejo, con el fin de prevenirlos, mitigarlos, corregirlos o compensarlos, para que de esta forma no se afecte a sus intereses y sus comunidades (Navarro, 2016).

2.2.2.1.8. Preacuerdos

Establecer de manera concertada las diferentes medidas de manejo para prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos identificados dentro de las comunidades indígenas, que pueden ser definidos desde los ámbitos de la salud, hasta su mismo hábitat como los espacios integrales para su vivienda, sitios de casa o recolección de alimentos, que son áreas esenciales para el desarrollo de sus pueblos (Celi, 2014).

2.2.2.1.9. Protocolización

Establecer los compromisos que la empresa desarrollara, las medidas de prevención, mitigación, corrección o compensación que correspondan a los impactos encontrados, así como los tiempos para cumplirlos (Gálvez, 2013).

2.2.2.1.10. Seguimiento a los acuerdos

Verificar la ejecución del cumplimiento de los acuerdos antes pactados entre el Estado y las industrias que hayan presentado proyectos extractivistas, con la finalidad de no afectar a los intereses de la comunidad o pueblo indígena (Vidal, 2016).

2.2.2.1.11. Cierre de la Consulta Previa

Se debe verificar el cumplimiento total de los acuerdos protocolizados, conforme a la fundamentación legal, constitucional y comunitaria de la necesidad de la existencia de un proyecto extractivo en un territorio donde habitan comunidades o pueblos ancestrales, con el fin de no afectar a su normal desenvolvimiento (Domínguez, 2015).

2.2.2.1.12. Actualización de Impactos y medidas a Corto, Mediano y Largo Plazo

En los proyectos de largo plazo, al momento de protocolizar los acuerdos, se deben establecer los mecanismos para realizar revisiones a corto, mediano y largo plazo, de los impactos y las medidas concertadas inicialmente, a fin de brindar una protección integral y que esté acorde con los dinamismos propios de las comunidades y de los proyectos y actividades (Beltrán, 2015).

2.2.3. Contexto jurídico

En el contexto jurídico, se fundamenta la necesidad de la protección y garantía de los derechos de las comunidades indígenas, sobre su tierra y asentamientos humanos, que han sido establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y la Constitución de la República, es por ello, que se estima jurídicamente factible que un derecho fundamental y colectivo, como lo es el aplicable a los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador, estén garantizados constitucionalmente, tanto por el derecho nacional como internacional, en la protección de los derechos humanos y de reconocimiento que el Estado ha hecho sobre sus derechos como pueblos ancestrales. Siendo así, se tiene que los cuerpos jurídicos que fundamentan la consulta previa e informada, se establecen en:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Sentencia No. 001-10-SIN-CC Corte Constitucional del Ecuador.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169.
- Declaración de la ONU, sobre los Derechos de los pueblos indígenas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH.

Sobre la sentencia No. 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional, se refiere a la declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la Ley de Minería, que actualmente ha generado problemas con comunidades indígenas en la provincia de Morona Santiago, sobre la

extracción de recursos relacionados a la minería. Además, la sentencia sobre caso del Pueblo Sarayacu vs Ecuador, presentada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se determinaron parámetros básicos sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, servirán de bases para establecer el contexto jurídico sobre dicha temática en el Ecuador.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, han definido los preceptos que sustentan el derecho a la consulta sobre los pueblos indígenas en el mundo, estableciendo las definiciones jurídicas: previa, libre e informada, como los antecedentes del respeto a sus valores y a sus intereses (Organización de las Naciones Unidas, 2007). El ordenamiento constitucional nacional, establece que la consulta se debe realizar en un periodo razonable, con el fin de dejar el tiempo necesario para sociabilizar e informar de los proyectos que se hayan de implementar en los territorios indígenas (Escobar, 2016). Dentro de tal contextualización, para la revisión del contraste teórico de la juridicidad de la consulta previa informada, se identifica el cumplimiento por parte del Estado, y se realizará el análisis sobre tres resoluciones dictadas por la CIDH, con el objeto de enunciar si se han determinado conforme al ordenamiento legal y constitucional.

2.2.3.1. Fundamentación Constitucional

El derecho constitucional ecuatoriano, ha establecido que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, ya que garantiza el orden del Estado, y su autoridad sobre todos los aspectos que rigen el control y las libertades que ello conlleva en ejercicio pleno de la división de sus poderes gubernamentales (Constitución de la República, 2008). La protección de los derechos individuales y colectivos tienen como objeto hacer partícipe a comunidades y pueblos del país, sobre los temas de interés que éstos puedan presentar respecto de cualquier tema que afecte a su normal desenvolvimiento en los territorios que habitan (Salmon, 2015, págs. 36-38).

El artículo 57, inciso 7 de la Constitución de la República, proporciona un criterio amplio que incluye la exposición de las proyecciones y acciones que determinan la consulta informada, para prevenir la afectación a las comunidades de manera oportuna y participativa. De existir respuestas de desacuerdo por parte de las comunidades y pueblos ancestrales, se debe proceder según lo establezca la Constitución y las leyes del Ecuador, pero se deben tomar en cuenta los señalamientos de la Corte Constitucional respecto del caso de negativa por parte de los pueblos en la consulta informada.

Siendo así, se tiene que el derecho de las comunidades indígenas a la consulta, ha sido un derecho ganado en las luchas sociales que las organizaciones indígenas han realizado a lo largo de sus actividades políticas, por lo que, no establecer una consulta previa para ello, constituye una vulneración de sus derechos como minorías y pueblos ancestrales, considerándolo así, como un proceso que permite dialogar, consensuar, reflexionar y resolver disyuntivas entre los pueblos indígenas y los intereses del Estado ecuatoriano (Patiño, 2016, págs. 78-81).

En el reconocimiento y garantía de dichos derechos, se establece que las tutelas de los derechos colectivos se fundamentan en la Constitución, según el derecho internacional para la protección de los derechos humanos, específicamente para pueblos indígenas y minorías. Los convenios y tratados internacionales suscritos por el Ecuador conforman el cuerpo constitucional, el que debe ser asumido por el Estado, como la fuente originaria de valores y preceptos garantistas de los derechos humanos, que son prioridad para la constitucionalidad del Estado de derecho (Leiva, 2015).

Es por esto, que la Asamblea Nacional, ha remitido normas y jurisprudencia sobre la constitucionalidad de la consulta previa informada, ejecutando así los compromisos de garantía y protección de derechos a comunidades indígenas en cumplimiento de su ordenamiento jurídico coercitivo y obligatorio para prevenir así, afectación a los intereses y desarrollo de los

pueblos ancestrales y las minorías que forman parte de la nación y que se están derivados del crecimiento y desarrollo de la naturaleza humana (Duque, 2016, págs. 66-68).

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

La sentencia No. 001-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional, sobre la acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores, en que se rechazó dicha acción, ratificándola como un cuerpo normativo de carácter sustancial, y formal de la consulta Prelegislativa, pone en reconocimiento la amplitud de derechos constitucionales a los que se brinda una misma jerarquía en relación de interdependencia para la protección de los intereses sociales y nacionales amparados en la Constitución de la República.

El carácter sustancial y no formal de la consulta Prelegislativa reconoce los derechos colectivos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la obligatoriedad y necesidad de consulta a pueblos y comunidades, si existiere el caso de una decisión legislativa que cause afectación al acceso, goce y protección de los derechos colectivos, especialmente para pueblos ancestrales, como la base del precepto que ha fundamentado la sentencia de la Corte Constitucional.

Como efectos jurídicos posteriores de dicha sentencia, se produjo, al interior de la Asamblea Nacional, la suspensión en el tratamiento de algunos proyectos de ley como la Ley de Agua y Recursos Hídricos y la Ley de Cultura hasta que el Consejo de Administración Legislativa emita un instructivo que regule el procedimiento a seguir en la consulta pre legislativa y hasta la realización de la misma (Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2014). El Consejo de Administración Legislativa emitió el instructivo para aplicación de la consulta legislativa mediante resolución de fecha 13 de junio de 2012 reformado mediante resoluciones de fecha 3, 10, 26 y 21 de julio de 2012 en donde acoge en parte todos los criterios del juez constitucional, sin embargo, realiza las siguientes modificaciones y precisiones:

- Se precisa que el órgano responsable es la Asamblea Nacional, no a través de una comisión ad-hoc, como señalaba el juez constitucional, sino a través de la comisión especializada permanente u ocasional que esté a cargo del tratamiento del proyecto de ley. Se deja abierta la posibilidad de contar con la ayuda de otras instituciones del sector público, de organizaciones representativas de tratamiento de la ley para el procesamiento de la información y la sistematización de resultados.

2.2.3.2. Derecho Internacional

El ordenamiento jurídico internacional se define en define en soft law, (expresión doctrinal en referencia a un método normativo que se aplica internacionalmente en Derecho comunitario) y los Tratados Internacionales, ambos deben contar con la aprobación expresa de la Asamblea Nacional, salvo aquello que, por protección y desarrollo de la garantía de derechos humanos, se hayan visto implícitos por estar suscritos por el Ecuador (Mendoza, 2015). El primero sujeto de revisión, es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, y posteriormente la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas, argumentada como *soft law* para el derecho internacional descrito.

2.2.3.2.1. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes

En 1989, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, adoptó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio N° 169 de la OIT). Desde entonces, la Convención ha sido ratificada por 20 países. En estos países, los órganos de control de la OIT han supervisado y guiado el proceso de aplicación mediante un examen periódico de los informes y la presentación de observaciones a los gobiernos interesados. En este contexto, las organizaciones de trabajadores también han prestado asistencia a las organizaciones de pueblos indígenas y tribales para señalar cuestiones específicas a la atención de los órganos de control de la OIT, además, la Convención ha inspirado a los gobiernos y a los pueblos indígenas mucho más allá

de los países suscriptores, en su labor de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

La adopción fue la culminación de años de discusiones y negociaciones entre gobiernos y pueblos indígenas y es un logro histórico que proporciona a la comunidad internacional un marco común para la realización de los derechos de los pueblos indígenas; tras ello, existe ahora un consenso general de que debe hacerse hincapié en la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas a nivel de los países para garantizar que los instrumentos internacionales.

El Estado ecuatoriano, mediante Decreto Ejecutivo No. 1387, publicado en el Registro Oficial No. 311, 6/05-1998, suscribió el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, reconociendo así, los derechos de las comunidades indígenas al pleno ejercicio de sus actividades y a controlar su organización jurídica y social, conforme lo han desarrollado ancestralmente, y de acuerdo a sus costumbres y valores para sustentar su modo de vida y así promover el fortalecimiento de su identidad como comunidad (Moyano, 2016). Por tal motivo, se expresa que el Estado es plurinacional e intercultural, considerando los fundamentos jurídicos sobre la base de la institucionalidad del país, y con lo que sustenta la consulta previa informada a las comunidades indígenas, que es el tema central del tratado internacional en mención.

El propósito principal es proporcionar a los gobiernos, pueblos indígenas y tribales y organizaciones de trabajadores y empleadores una herramienta práctica para la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, sobre la base de las experiencias, buenas prácticas y lecciones aprendidas por los gobiernos del mundo, en el trato y consulta hacia los pueblos indígenas, especialmente en relación con la explotación de recursos dentro de los territorios que habitan.

El Convenio no intenta proporcionar un modelo para su implementación, sino viabilizar la diversidad de situaciones a las que se enfrentan los pueblos indígenas y que no permite una

transferencia o reproducción simplista de modelos de un país a otro. Por ello, el Convenio es un catálogo de ideas que se espera que sean evaluadas, discutidas y, eventualmente, inspiren la adaptación de las buenas prácticas a las circunstancias nacionales y locales tales como ha sido la tipificación del artículo 57, inciso 7 de la Constitución de la República. El Convenio ha sido desarrollado a través de esfuerzos de colaboración entre los países suscriptores, lo que refleja el carácter multipartidario y colectivo del proceso de implementación de las principales fuentes de información y aportaciones que se pretenden realizar sobre las comunidades indígenas, en las que principalmente se tiene lo siguiente:

- Análisis y observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT para orientar la aplicación del Convenio 169 en los países adheridos.
- Estudios de casos, realizados por organizaciones nacionales e internacionales que documentan experiencias positivas clave, logros e impactos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas.

El artículo 1 de la Convención, no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino que describe a los pueblos que pretende proteger, ya que la definición de ello se encuentra identificada según la legislación de cada país suscriptor. Los elementos de los pueblos tribales incluyen:

- Cultura, organización social, condiciones económicas y modo de vida diferente de otros segmentos de la población nacional en sus maneras de ganarse la vida, el lenguaje, etc.
- Tradiciones y costumbres propias y/o reconocimiento legal especial en zonas de protección nacional donde habitan.

Los elementos de los pueblos indígenas incluyen:

- La continuidad histórica, es decir, son sociedades de preconquista/colonización;
- La conexión territorial (sus antepasados habitaban el país o la región);

- Distintas instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (retienen algunas o todas sus propias instituciones).

La Convención adopta un enfoque inclusivo y es igualmente aplicable a los pueblos indígenas y tribales. La Convención se centra así en la situación actual de los pueblos indígenas y tribales, aunque la continuidad histórica y la conexión territorial son elementos importantes en la identificación de los pueblos indígenas. El riesgo se estima en la situación específica de los pueblos indígenas, así como las diferencias entre las comunidades indígenas y dentro de ellas, que muchas veces son invisibles en las estadísticas nacionales.

Esto hace difícil monitorear con precisión los efectos de las intervenciones estatales dirigidas sobre proyectos extractivistas en territorios de los pueblos indígenas y deja a los responsables políticos sin la información necesaria para el desarrollo de políticas y programas. Algunas de las principales dificultades con respecto a la recolección de datos desagregados sobre los pueblos indígenas son:

- Controversia sobre definiciones o terminología.
- Fluidez de la identidad étnica.
- Migración, conflictos.
- Falta de disposiciones legales/aceptación política.
- Falta de comprensión de la importancia de los datos desglosados.
- Capacidad nacional débil para la recolección, análisis y desagregación de datos e interés de comunidades indígenas.
- Resistencia de los pueblos indígenas sobre el control de los recursos existentes en las tierras que habitan.

La experiencia, especialmente de América Latina, ha demostrado que superar estas dificultades es un proceso basado en el diálogo y el consenso, a través del cual se desarrolla un entendimiento y respeto más profundo de las identidades indígenas diversificadas.

Recientemente, el enfoque de incluir a los pueblos indígenas en los censos nacionales también ha ido ganando terreno, con organizaciones de pueblos indígenas y expertos trabajando con los gobiernos y los donantes en la preparación de los próximos censos nacionales con el fin de mantener actualizados los datos de dichas comunidades y con ello, la revisión de sus intereses como nación integrante del Estado que son parte.

2.2.3.2.3. Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad, la seguridad y el bienestar de los pueblos indígenas en todo el mundo y consagra el derecho de los pueblos indígenas a ser diferentes dentro de la inclusión de los países a los que pertenecen. La Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007 en la culminación de más de 20 años de negociación entre los pueblos indígenas y los gobiernos del mundo.

Esta Declaración es apoyada por 143 Estados, pero no tiene rango de normativa vinculante en la obligatoriedad para los países, pero ha sido considerada como parte de la doctrina para la protección y respeto de los derechos de los indígenas, y la necesidad de consultar sus destinos, de acuerdo a sus costumbres ancestrales y el arraigo que presentan por la determinación del territorio. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Pueblos como beneficiarios de los derechos contenidos en el documento, se definen basados en las características normalmente atribuidas a los pueblos indígenas, como su carácter distintivo, por lo que, el despojo de tierras, territorios y recursos naturales, la presencia histórica y precolonial en ciertos territorios y marginalización política y legal, constituye una afectación directa a sus comunidades. Asimismo, el párrafo 1 del artículo 33 establece que los pueblos indígenas tienen que determinar su propia identidad o pertenencia de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. Esto no perjudica el derecho de los indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en los que viven y representarse en la defensa de sus derechos a través de

consultas sobre los proyectos extractivistas que las empresas privadas o públicas acuerden con el Estado.

2.2.4. Derecho comparado

2.2.4.1. Legislación de Colombia

En la aplicación de la Convención a las comunidades indígenas en el año 2013, la Comisión de expertos recibió información sobre dos comunidades colombianas, que afirmaban que cumplen con los criterios de un pueblo indígena enunciados en la Convención, pero el Estado ha utilizado sus tierras vulnerando sus derechos de acuerdo con sus prácticas ancestrales y tradicionales (Sentencia No. T-379-14, 2014).

La Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 86, sobre la tutela de tierras como derecho de las comunidades indígenas mantiene la autodeterminación y control sobre sus destinos, por lo que, plantear la extracción de recursos de dichas áreas presenta una vulneración a los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, y además de la violación expresa de la Convención 169 OIT.

En sus conclusiones, la Comisión de Expertos consideró que, a la luz de la información proporcionada, las comunidades indígenas de los territorios de Quibdó, parecían cumplir los requisitos establecidos en el párrafo 1 a) del artículo 1 de la Convención, y la Constitución de la República, lo que evidencia la uniformidad de las legislaciones internacionales respecto a la consulta a los pueblos indígenas para la determinación de la extracción de recursos en sus territorios reconocidos como ancestrales (Constitución Política de la República de Colombia, 1991).

2.2.4.1. Legislación de Perú

El reconocimiento de las comunidades indígenas como personas jurídicas, ha sido objeto de revisión por parte del Comité de Expertos de los derechos indígenas de la declaración de la ONU, que observó que en algunas comunidades indígenas, éstas solicitaban personalidad

jurídica como asociaciones civiles para poder acceder a la consulta previa sobre planes de explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios, por lo que, la Comisión pidió al Gobierno peruano que tomara medidas para que las comunidades fueran reconocidas como comunidades indígenas, ya que una asociación civil parece implicar la formación de algo nuevo que no es plenamente compatible con el principio de reconocimiento de una realidad preexistente.

La Constitución Política de la República del Perú, en el artículo 48, consagra el derecho a la propiedad comunal sobre la tierra, y con ello a la decisión del destino de dicha área, fundamentando la sociabilización y consulta de planes y proyectos extractivistas sobre sus territorios, además, el artículo 88 señala que es imprescindible la aprobación de las comunidades indígenas para el inicio de las actividades extractivistas en las zonas protegidas, lo que va en concordancia con la Ley No. 27811, artículo 2, en la definición de pueblos originarios y el reconocimiento de sus territorios, como inviolables al momento de definir los intereses nacionales para la explotación de recursos, dada la personalidad jurídica de los grupos indígenas como un hecho preexistente de la realidad y requiere el reconocimiento incondicional e incondicional por parte del Estado; dentro de los preceptos de la preexistencia de la personalidad de las comunidades y organizaciones indígenas en el Perú (Constitución Política de la República del Perú, 1993).

2.2.5. Resoluciones CIDH: Casos extractivistas

2.2.5.1. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH: Caso pueblo indígena Ngöbe

Dentro del análisis de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre casos de explotación de recursos naturales en territorios de asentamientos indígenas en América, se tiene el caso de la CIDH del 19 de enero de 2013, mediante el cual se plantea una solicitud de medidas provisionales para evitar la extracción de recursos en la comunidad indígena de Ngöbe, de la República de Panamá.

La solicitud se fundamenta sobre el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 27 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que requiere lo siguiente:

1. Proteger la vida e integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas Ngöbe correspondientes a los territorios Charco, La Pava, Valle del Rey, Guayabal y Changuinola Arriba.

2. Suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a AES-Changuinola a lo largo del Río Changuinola en la provincia de Bocas del Toro, hasta tanto los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos adopten una decisión definitiva sobre el asunto planteado en el caso del proyecto extractivista.

3. Abstenerse de restringir de forma presuntamente ilegal el derecho de libre circulación de los miembros de las comunidades indígenas Ngöbe en los territorios Charco, La Pava, Valle del Rey, Guayabal y Changuinola Arriba.

4. Proteger la especial relación de las comunidades indígenas Ngöbe en Charco, La Pava, Valle del Rey, Guayabal y Changuinola Arriba, con su territorio ancestral, en especial, proteger el uso y disfrute de la propiedad colectiva y de los recursos naturales existentes en ella y, adoptar medidas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que ingresen en el territorio del pueblo o que exploten los recursos naturales existentes en él, hasta tanto los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos hayan adoptado una decisión definitiva sobre el asunto (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, págs. 45-47). En ello, se tiene que la respuesta del Estado panameño en relación a la solicitud de la CIDH, sobre la comunidad indígena Ngöbe, establece lo siguiente:

a. que el 4 de agosto de 2009 se aprobó la conformación de una “Comisión de Alto Nivel” para atender las peticiones de las comunidades”, la cual quedó conformada por Altos

Funcionarios del Estado, representantes de las comunidades indígenas, y la Defensoría del Pueblo, como garante de los acuerdos que alcance la referida Comisión. Asimismo, indicó que el 26 de noviembre de 2012 se habría alcanzado un acuerdo tripartito entre las partes que permite una negociación individual entre la empresa ANAM y los residentes de las comunidades (Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá, 2014, págs. 56-57). Siendo así, la CIDH, emite la siguiente resolución: En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 27 y 31 del Reglamento de la Corte.

RESUELVE:

1. Desestimar la solicitud de medidas provisionales interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
2. Disponer a la Secretaría que notifique la presente Resolución a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la República de Panamá (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, pág. 98).

La República de Panamá ha manifestado que sí ha realizado una consulta a la comunidad indígena de Ngöbe, sobre los proyectos extractivistas de la empresa ANAM en los territorios ancestrales que este pueblo ocupa, por lo que, manifiesta que en cumplimiento de la Constitución de la República, en el artículo 86, el Estado reconoce la promoción integral de los derechos indígenas como parte del ordenamiento jurídico del Estado y de acuerdo a los tratados internacionales suscritos por el país, y de acuerdo a los artículos 104 y 120 que establecen la identidad indígena y la garantía de los derechos a participar dentro de los temas de políticas extractivistas que afecten a sus intereses, siendo así, acoge la resolución de la CIDH, sobre la solicitud presentada por la comunidad Ngöbe, como uno de los preceptos principales de la protección de los derechos indígenas e identificación y autodeterminación en la nación.

2.2.5.2. Medidas provisionales solicitadas por la CIDH: Caso pueblo indígena Sarayaku

El 26 de abril de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte, en virtud de los artículos 51 y 61 de la Convención, suscrita por el Ecuador en relación con el caso No. 12.465 sobre el pueblo sarayaku y la explotación de recursos no renovables en su territorio ancestral. La petición inicial fue presentada ante la Comisión el 19 de diciembre de 2003 por la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku. El 13 de octubre de 2004, la Comisión de la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 62/04, declarando el caso admisible. El 18 de diciembre de 2009, la Comisión aprobó el Informe sobre el Fondo No. 138/09, de conformidad con el artículo 50 de la Convención.

Según la Comisión, este asunto se refiere, entre otras cuestiones, a la concesión por el Estado de un permiso a una compañía petrolera privada para llevar a cabo actividades de exploración y explotación de petróleo en el territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku en los años noventa, sin consultarlos previamente y sin obtener su consentimiento. Así, la empresa comenzó la fase de exploración e incluso introdujo explosivos de alta potencia en varios lugares en territorio indígena, creando así una supuesta situación de riesgo para la población porque, por un tiempo, esto les impidió buscar medios de subsistencia y limitó sus derechos a la libertad de circulación y a la expresión cultural.

Además, este caso se refiere a la supuesta falta de protección judicial y al incumplimiento de las garantías judiciales, por lo que, sobre la base de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de:

- El derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21, en relación con los artículos 13, 23 de la Convención Americana, en perjuicio del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros;

- El derecho a la vida, las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 4, 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del pueblo y de sus miembros;
- El derecho a la libertad de circulación y de residencia reconocido en el artículo 22, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros del Pueblo;
- El derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 20 miembros del Pueblo Kichwa de Sarayaku;
- La obligación de adoptar medidas jurídicas internas establecidas en el artículo 2 de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, págs. 114-136).

Es por ello, que las medidas resolutorias adoptadas por la CIDH, establece una determinación histórica en la protección de los derechos de los pueblos indígenas de América, ya que es absolutamente vinculante en el derecho interno del país, y además acoge los preceptos constitucionales de protección y garantía de derechos a minorías y pueblos ancestrales, que en la época de los 90 no fue consultado sobre los proyectos extractivistas de recursos no renovables que generaron nefastos efectos en la vida y normal desenvolvimiento de dicha comunidad indígena. Siendo así, la CIDH ordenó al Ecuador la reparación inmediata de los efectos generados de la vulneración de los derechos de la comunidad Sarayaku, y con ello, se ve implícita la aceptación por parte del Estado.

2.2.6. Marco conceptual

En el marco conceptual de la investigación, se busca fundamentar los conceptos que sustentan la documentación presentada sobre la base de la consulta informada a los pueblos

indígenas de los proyectos extractivistas que afectan sus intereses económicos, sociales, culturales y políticos, dentro de los territorios que habitan:

2.2.6.1. Consulta

Se define como la búsqueda y difusión de consejos, información, y/o de opinión, por lo general implica una consideración o consenso entre sectores sociales que conforman una institución o Estado. Si está consultando institucionalmente, es más probable el consenso y tratamiento sobre un tema de interés común, en la orientación o información de una fuente social para obtener información sobre una situación que afecta a varios sectores sociales (Diccionario Jurídico Cabanellas, 2014, pág. 59).

2.2.6.2. Constitucional

El concepto de la palabra constitucional se describe en la gran mayoría de las constituciones contemporáneas, que describen los principios básicos del Estado, las estructuras y los procesos del gobierno y los derechos fundamentales de los ciudadanos en una ley superior que no puede ser modificada unilateralmente por un acto legislativo ordinario. Esta ley superior se refiere generalmente como una constitución. El contenido y la naturaleza de una constitución en particular, así como su relación con el resto del orden jurídico y político, varían considerablemente de un país a otro y no existe una definición universal e incontestable de una constitución (Gálvez, 2013, págs. 89-90).

2.2.6.3. Nacionalidades

El concepto de nacionalidad es importante, ya que determina las prestaciones a las que la persona puede tener derecho y la obligación, tales como el servicio militar obligatorio que deben realizar. El problema es que no existe una definición aceptada coherente de la nacionalidad en el derecho internacional y la descripción sólo presenta conflictividad bajo las diferentes leyes de los Estados. Por la virtud de su nacionalidad, una persona adquiere el derecho a una serie de derechos que van desde la obtención de un pasaporte válido que permite

desplazarse al extranjero, hasta la facultad de poder votar, y nacionales también tienen derecho a la protección de su Estado y de diversos beneficios que impone el derecho internacional (Alvear, 2014, pág. 27).

2.2.6.4. Minorías

El termino Adoptado por consenso en 1992, la sobre la Declaración de las Minorías de las Naciones Unidas en su artículo 1 se refiere a las minorías como función de la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística, y establece que los Estados deben proteger su existencia. No se acuerda definición internacionalmente en cuanto a qué grupos constituyen minorías. A menudo se hace hincapié en que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho y que cualquier definición debe incluir tanto los factores objetivos (por ejemplo, la existencia de un grupo étnico, idioma o religión compartida) y los factores subjetivos (incluyendo que los individuos deben identificarse como miembros de una minoría) (Rodas, 2015, pág. 53).

2.2.6.5. Comunidades

En el sentido clásico, la comunidad se define como un grupo de miembros que viven en una determinada localidad e interactúan entre sí mientras que comparten intereses o metas comunes. El concepto de comunidad se ha ampliado a lo largo de las últimas décadas, y se identifican generalmente tres tipos principales de las comunidades. Estas son las comunidades geográficas, las comunidades de interés y comunidades culturales (Antón, 2015, págs. 81-82).

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de Investigación

En la revisión del tipo de investigación, que se realizará, se establece que es de tipo exploratoria y descriptiva. Exploratoria porque brinda la información necesaria, es flexible y facilita la comprensión, también se desarrollará la investigación descriptiva debido a que se utilizará las técnicas de encuestas y observación dentro de las instancias de los organismos de justicia del país, y el cumplimiento de los principios constitucionales de protección a comunidades y pueblos indígenas del Ecuador.

3.2. Enfoque de la investigación

El enfoque de la investigación es cualitativa – cuantitativa, con el objetivo de entender las motivaciones y la aplicabilidad de la Ley, según lo estima el artículo 57 de la Constitución de la República, para obtener estos resultados se formulará una encuesta mediante la definición de 10 preguntas a una población indígena (Shuar), ubicada en la jurisdicción del cantón Naranjal, y posteriormente una entrevista de 4 preguntas a 5 profesionales del derecho en libre ejercicio, todo ello, para argumentar el objetivo de la investigación en base a los criterios expuestos por los profesionales del derecho, acorde a los resultados de la encuesta; luego, se procederá a cuantificar los datos y analizar lo obtenido de la muestra a la población de interés.

3.3. Técnicas de investigación

La técnica de investigación es la encuesta, la que servirá para la recolección de información.

- Encuesta: Instrumento a utilizar como herramienta de investigación.
- Observación: El instrumento a utilizar como guía de observación exploratoria y descriptiva.

3.4. Población y muestra

La población comprendida para esta investigación, se ha realizado dentro de la Comunidad Indígena Shuar, ubicada en el cantón Naranjal de la provincia del Guayas, sujetos de estudio en el presente año, y según ello, proceder a la confirmación de los datos proporcionados según las estadísticas actuales de causas que han sido ejecutadas de acuerdo a los principios de constitucionalidad y justicia social, en la protección de comunidades y pueblos ancestrales.

Tabla 2. Tabla de datos

Significado	Variables	Porcentaje	Valores
Valor a calcular	n:	?	?
Nivel de confianza	Z	95%	1,96
Probabilidad de éxito	p	50%	0,5
Probabilidad de fracaso	q	50%	0,5
Margen de error	e	25%	0,26
Población (Comunidad indígena Shuar)	N		1000

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

$$\begin{aligned}
 & \frac{N \cdot Z^2 \cdot P \cdot Q}{(N-1) e^2 + Z^2 \cdot P \cdot Q} \\
 & \frac{(1000) \cdot (0.5) \cdot (0.5) \cdot (1.96)^2}{(1000-1) \cdot (0.25)^2 + (0.5) \cdot (0.5) \cdot (1.96)^2} \\
 & \frac{960.4}{62.427 + 0.96} \\
 & \frac{960.4}{63.39} \quad n = 15,15 \text{ Muestra de la investigación.}
 \end{aligned}$$

Con ello, se tiene que la muestra de investigación, se define en personas seleccionados a encuestar para el presente documento.

3.5. Encuesta

Se procederá a revisar las preguntas de encuesta definidas para la investigación, por lo que, se procede a la revisión de las preguntas y posterior tabulación de la información.


3.6. Operacionalización de las variables

Tabla 3. Operacionalización de variables

Variable	Definición Conceptual	Dimensiones	Instrumentos de recolección de datos
Consulta informada para pueblos indígenas y acuerdo de intereses que beneficien al país	Corregir deficiencias en procesos inadecuados e inconstitucionales de la administración de justicia, para promover equidad y justicia social acorde al derecho constitucional y los derechos humanos.	Procesos/gestión	Información, proyectos extractivos actuales y encuestas para determinar el nivel de aplicación de la propuesta a presentar.
		Mejoramiento del sistema jurídico y administrativo público.	
Desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas para la administración de sus tierras. Intereses económicos y protección de derechos constitucionales.	Revisión de la doctrina jurídica y teorías acerca de la protección y garantía de los derechos constitucionales para comunidades indígenas, con el fin de aportar una sugerencia de mejoramiento en la administración de justicia, con igualdad y equilibrio en la explotación de recursos naturales no renovables.	Procesal, administrativo, constitucional	Encuestas

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 4. Encuesta

	ENCUESTA CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE LOS PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE AFECTEN A SUS COMUNIDADES
---	--

1. ¿Sabía usted que los miembros de una comunidad pueden participar en la creación de normas y planes para el debido cuidado y protección del medio ambiente?

Estoy informado,
No estoy informado,
Lo sé, pero no sé cómo participar.

2. ¿Conoce usted acerca de la consulta previa e informada que se realiza en los pueblos, comunidades de diferentes etnias de nuestro país?

Sí, conozco sobre la consulta previa,
No, no conozco.

3. ¿Usted estaría de acuerdo que se desarrollen proyectos extractivistas en territorio ancestral, sin la debida consulta para establecer la explotación de recursos?

Sí, mediante consulta previa inmediata,
No estoy de acuerdo.

4. ¿Usted cree que la extracción de recursos no renovables genere un conflicto social dentro de su comunidad?

Sí, debido a desacuerdos internos,
No, si existe consenso.

5. ¿existe un conflicto entre una empresa petrolera y su comunidad, como resultado de un posible proyecto extractivista? Indicar el nivel de concordancia, según lo siguiente:

- a) El Estado debe mantenerse al margen del conflicto, ya que es un asunto entre la empresa petrolera y la comuna.
- b) El estado debería de desarrollar un mecanismo para así llegar a un acuerdo que beneficien a las dos partes.
- c) El Estado debe intervenir y favorecer la iniciativa privada porque con ello se fomenta el desarrollo y la riqueza de la localidad y del país.
- d) El estado tiene la obligación de proteger los recursos naturales, comunidades, y prohibir el funcionamiento de aquella empresa que los afecten.

6. ¿En los últimos 5 años, cómo calificaría la situación ambiental en su comunidad?

- a) Mejorado
- b) Mantenido
- c) Empeorado

7. ¿Sabía usted que la naturaleza está sujeta de derechos?

Sí, hemos sido informados,
No, no conocemos sobre el tema.

8. ¿Sabe usted en qué consiste los proyectos extractivistas?

Sí/No

9. ¿Su comunidad ha percibido algún beneficio de estos proyectos extractivistas?

Sí/No

10. ¿Si usted tuviera la oportunidad de reformar el proceso de consulta previa, qué aspectos modificaría o agregaría para viabilizar de mejor manera este derecho en beneficio de su comunidad?

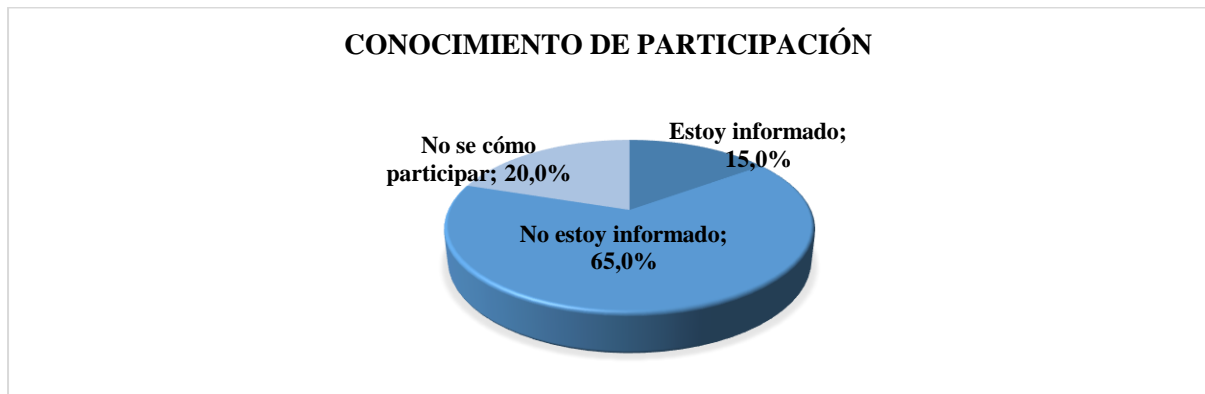
Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Habiendo definido las preguntas de encuesta, se realizará la revisión de cada una, y la tabulación de la información, para establecer el estado de información y conocimiento que la comunidad indígena posee sobre la consulta informada a los pueblos ancestrales, en relaciona a proyectos extractivistas que afecten su normal desenvolvimiento, y desarrollo de sus derechos constitucionales como sector de atención prioritaria.

1. ¿Sabía usted que los miembros de una comunidad pueden participar en la creación de normas y planes para el debido cuidado y protección del medio ambiente? Estoy informado/ No estoy informado/ Lo sé, pero no sé cómo participar.

Los miembros de la comunidad Shuar que habitan dentro de la jurisdicción del cantón Naranjal, han expresado lo siguiente:

Figura 1. Conocimiento de participación, creación de normas y planes de protección



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 5. Resultados de encuesta sobre conocimiento de participación consulta informada

Opción	Encuestados	Resultado
Estoy informado	2	15,0%
No estoy informado	10	65,0%
No sé cómo participar	3	20,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

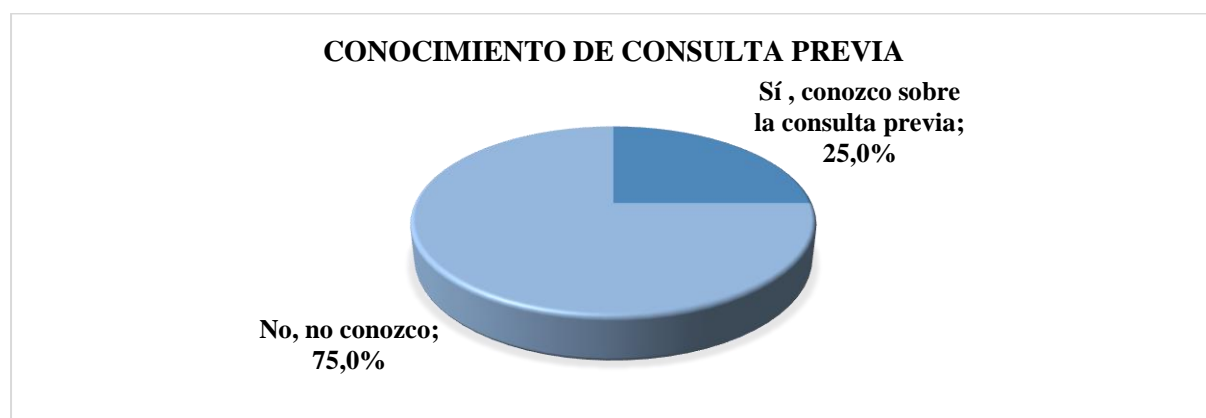
Análisis

El 65% de los miembros encuestados de la comunidad, han expresado no conocer sobre el acceso a la participación en la creación de normas y planes para el debido cuidado y protección del medio ambiente y los efectos sobre sus asentamientos, en 35% ha expresado desconocer los procesos que faculta la Ley, para activar una consulta previa sobre un proyecto o tema de interés comunitario, por lo que, se evidencia que es necesario socializar dicha legislación, para incentivar el crecimiento de la participación de las comunidades indígenas en temas de interés local y nacional.

2. ¿Conoce usted acerca de la consulta previa e informada que se realiza a pueblos y comunidades en el país? Sí, conozco sobre la consulta previa/ No, no conozco.

Sobre el conocimiento de la consulta informada que el Estado realiza sobre proyectos extractivistas que afectan a la vida de las comunidades y pueblos del Ecuador, los encuestados han emitido la siguiente respuesta:

Figura 2. Conocimiento de consulta previa e informada



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 6. Resultado de conocimiento de consulta previa e informada

Opción	Encuestados	Resultado
Sí, conozco sobre el tema	10	25,0%
No, no conozco	5	75,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Análisis

El 75% de los encuestados ha respondido que no conoce sobre la consulta previa e informada, y sobre los temas derivados del mismo, razón por lo que, es evidente que se necesita una sociabilización de lo que consiste y la iniciativa de la consulta previa e informada sobre proyectos extractivistas en áreas donde habitan pueblos y comunidades minoritarias y ancestrales del país, como parte de su derecho a participar de temas que afecten su futuro. El 25% manifestó sí conocer sobre la consulta previa, significando que una minoría de personas está al tanto de lo que trata dicho precepto constitucional.

3. ¿Usted estaría de acuerdo que se desarrollen proyectos extractivistas en territorio ancestral, sin la debida consulta para establecer la explotación de recursos? Sí, mediante una consulta previa inmediata/ No estoy de acuerdo.

Dado que la consulta previa informada fundamental para el consenso entre los intereses del Estado y el bienestar de los pueblos y comunidades del Ecuador, los encuestados han respondido de la siguiente manera:

Figura 3. Desarrollo de proyectos sin consulta previa



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 7. Resultado de encuestas: Consulta de proyectos extractivistas

Opción	Encuestados	Resultado
Sí, mediante consulta inmediata	13	95,0%
No estoy de acuerdo	2	5,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

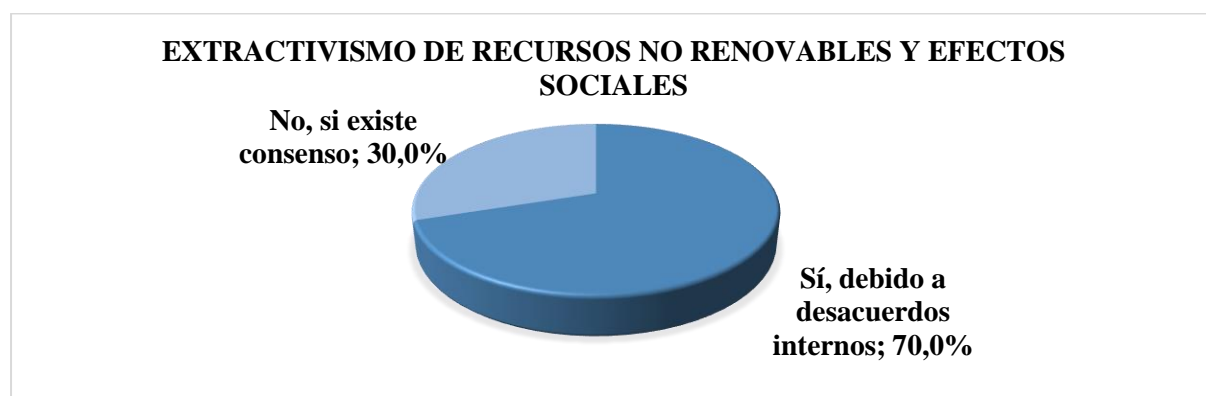
Análisis

El 95% de los encuestados ha manifestado un total desacuerdo que se realicen proyectos extractivistas sin previa consulta a sus comunidades y solo un 5% ha expresado no presentar importancia, ya que se han pronunciado confiados en la viabilidad y beneficios que emprende el Estado, al emprender proyectos de esta índole, argumentando que beneficiará en recursos a sus comunidades y al país.

4. ¿Usted cree que la extracción de recursos no renovables genera un conflicto social dentro de su comunidad?, Sí, debido a desacuerdos internos/ No, si existe consenso.

En el nivel de conflicto que se genera de la temática sobre la extracción de recursos y proyectos extractivistas en áreas de protección del Estado, se tienen los siguientes resultados de la tabulación de la información:

Figura 4. Extractivismo de recursos no renovables y efectos sociales



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 8. Resultados de encuesta: Extractivismo y conflicto social

Opción	Encuestados	Resultado
No, si existe consenso	10	70,0%
Sí, debido a desacuerdos internos	5	30,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

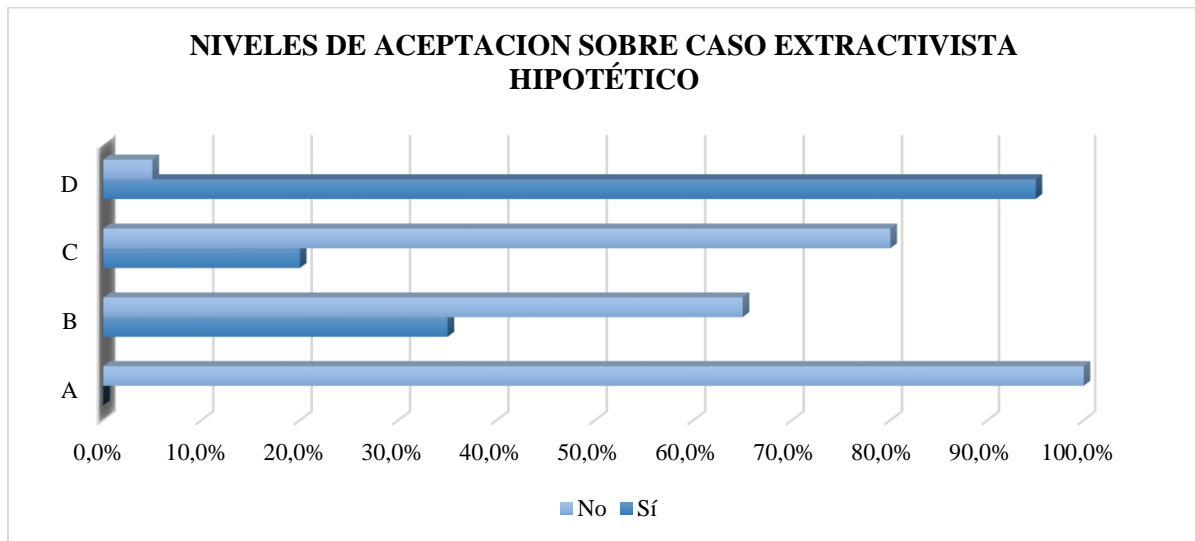
Análisis

El 70% de los encuestados han manifestado que la extracción de recursos no renovables genera un conflicto social dentro de sus comunidades, ya que existen opiniones y posiciones encontradas, entre los jefes de la comunidad y las autoridades estatales al momento de implementar proyectos extractivistas, pues unos manifiestan la necesidad de la implementación, sin considerar la afectación que esto genera en la comunidad, y algunos miembros de la comunidad simplemente deciden no participar de tales planes, exponiendo así a sus habitantes a efectos negativos de la extracción y explotación en sus territorios ancestrales.

5. ¿existe conflicto entre una empresa petrolera y su comunidad, como resultado de un posible proyecto extractivista? Indicar el nivel de concordancia, según lo siguiente:

- A. El Estado debe mantenerse al margen del conflicto, ya que es un asunto entre la empresa petrolera y la comuna.
- B. El Estado debería de desarrollar un mecanismo para así llegar a un acuerdo que beneficien a las dos partes.
- C. El Estado debe intervenir y favorecer la iniciativa privada porque con ello se fomenta el desarrollo y la riqueza de la localidad y del país.
- D. El Estado tiene la obligación de proteger los recursos naturales, comunidades, y prohibir el funcionamiento de aquella empresa que los afecten.

Figura 5. Nivel de aceptación sobre escenarios extractivistas



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

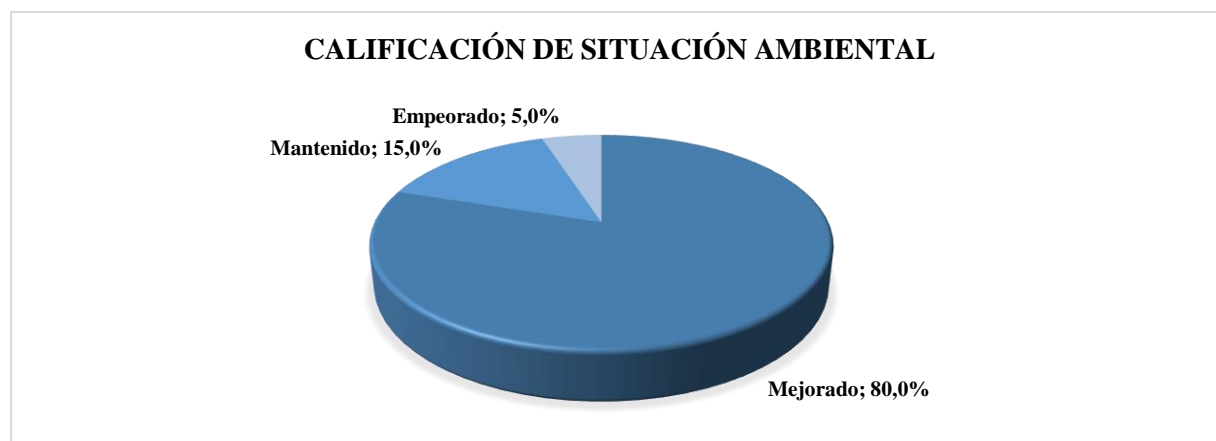
Análisis

Los encuestados se han pronunciado favorables sobre la obligación que tiene el Estado en la protección de recursos naturales y los proyectos extractivistas que tengan lugar en territorios de pueblos ancestrales, ya que el nivel del impacto ambiental debe ser analizado por el Estado y consultado a la comunidad ya que es su derecho constitucional el poder decidir sobre su futuro y beneficios, en concordancia con los intereses nacionales.

6. En los últimos 5 años, ¿cómo calificaría la situación ambiental en su comunidad?

De las tres opciones propuestas para la evaluación de la situación ambiental en su comunidad, como efecto de las políticas públicas del gobierno nacional en pueblos y comunidades del país, los encuestados han expresado lo siguiente:

Figura 6. Calificación de situación ambiental



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 9. Resultado de calificación de situación ambiental

Opción	Encuestados	Resultado
Mejorado	9	80,0%
Mantenido	4	15,0%
Empeorado	2	5,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

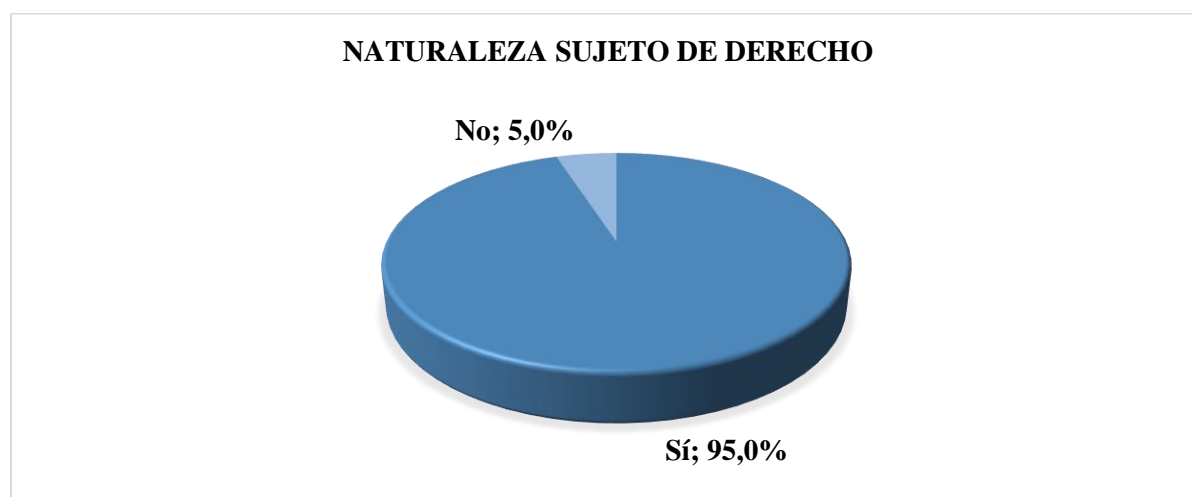
Análisis

El 80% de los encuestados ha dicho estar conformes con la situación ambiental en sus comunidades, ya que sus intereses han coincidido con las políticas públicas que promueven la preservación y cuidado de la naturaleza, en armonía con el desarrollo económico y social que se desarrolló en su interior. Un 15% ha manifestado percibir un mantenimiento de la situación, y un 5% ha dicho sentir que ha empeorado y espera mejores resultados de la política pública para el mejoramiento de la situación ambiental en su comunidad.

7. ¿Sabía usted que la naturaleza es sujeto de derecho, según la Constitución de la República vigente?, Sí, hemos sido informados/ No, no conocemos sobre el tema.

Los encuestados han respondido que sí están informados sobre los derechos de la naturaleza, ya que el Estado ecuatoriano ha sociabilizado esta implementación de derecho constitucional entre su comunidad desde el año 2010, por ello, se ha obtenido el siguiente resultado.

Figura 7. Naturaleza sujeto de derecho



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 10. naturaleza sujeta de derechos

Opción	Encuestados	Resultado
Sí, hemos sido informados	13	95,0%
No, no conocemos	2	5,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

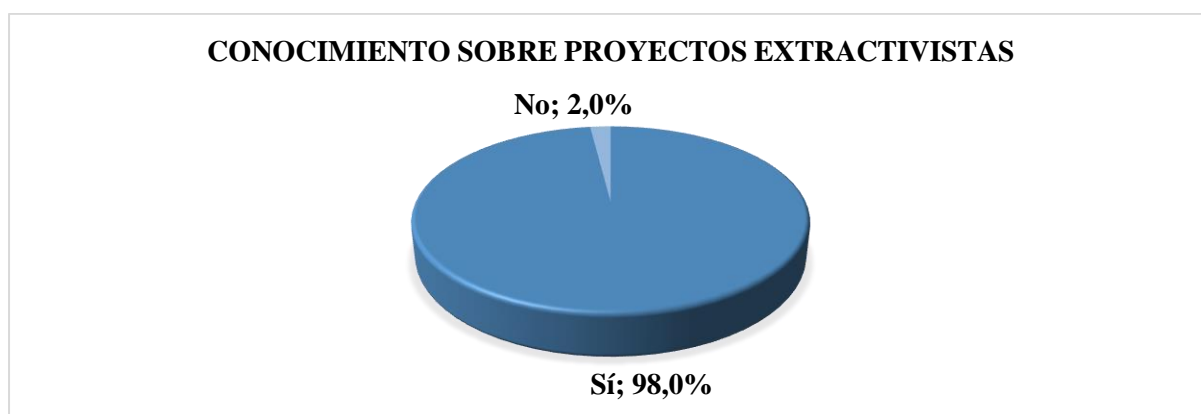
Análisis

La Constitución de la República, en el artículo 71, ha tipificado los derechos de la naturaleza como parte esencial de la vida nacional, estableciendo que todo pueblo ancestral podrá demandar su cumplimiento como parte activa del ejercicio de los derechos de la naturaleza, en complementación con el desarrollo de las comunidades indígenas que se desenvuelven en ella.

8. ¿Sabe usted en qué consisten los proyectos extractivistas?

La encuesta ha evidenciado que los indígenas se encuentran informados sobre la consistencia de proyectos extractivistas, y los resultados que ello se generan, por lo que, se ha respondido de la siguiente manera:

Figura 8. Conocimiento sobre proyectos extractivistas



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla II. Resultados sobre el conocimiento de proyectos extractivistas

Opción	Encuestados	Resultado
Sí	14	98,0%
No	1	2,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

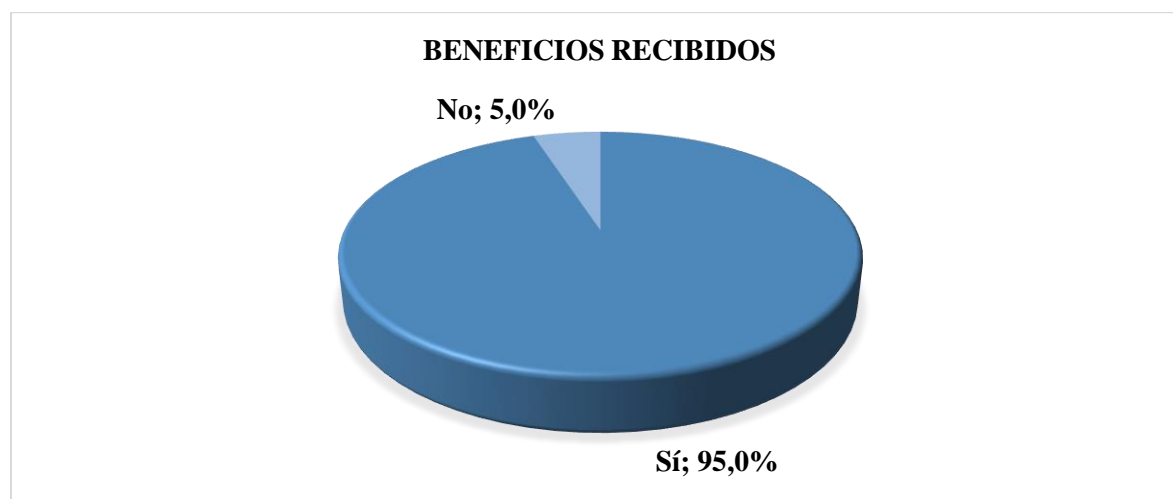
Análisis

Los resultados sobre el conocimiento de la consistencia acerca de proyectos extractivistas en territorios donde habitan comunidades indígenas es claro para un 98% de los encuestados, demostrando que se encuentran informados sobre los efectos que generaría la extracción de recursos en las zonas donde habitan, dado que esto causaría una afectación directa sobre su vida cotidiana y la armonía de coexistencia con la naturaleza, poniendo en riesgo su estabilidad física y emocional, además de dejar abierta la posibilidad de abandono de sus tierras, razón por lo que, es considerable que la consulta informada sea regulada mediante una ley especial.

9. ¿Su comunidad ha percibido algún beneficio de los proyectos extractivistas?

Los encuestados han manifestado que los proyectos extractivistas han tenido efecto en el desenvolvimiento de sus vidas, por lo que han respondido lo siguiente:

Figura 9. Beneficios de proyectos extractivistas



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Tabla 12. Respuestas de encuestados sobre beneficios de proyectos extractivistas

Opción	Encuestados	Resultado
Sí	13	95,0%
No	2	5,0%

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Análisis

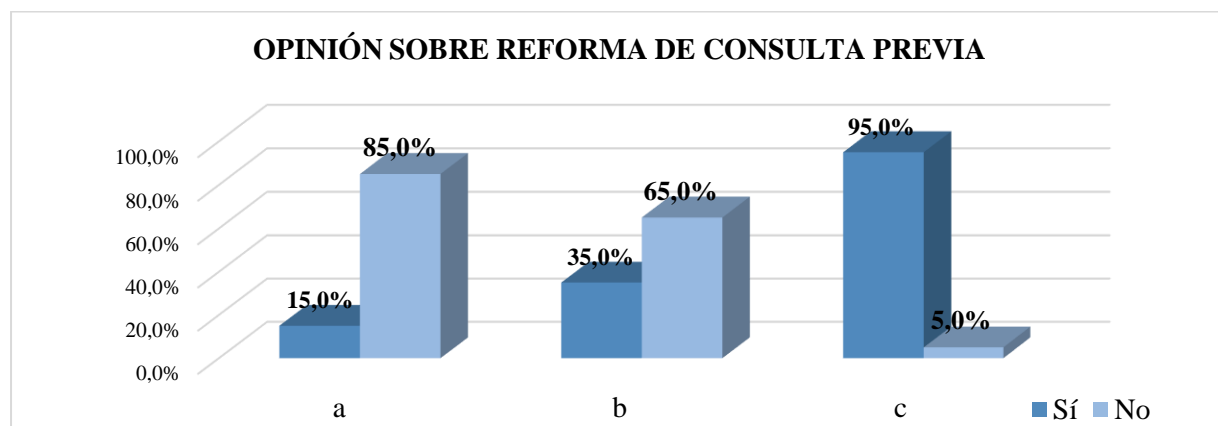
El 95% de los encuestados ha manifestado sentirse conforme con los beneficios recibidos de los proyectos extractivistas, ya que, a través de ello, han podido acceder servicios básicos que anteriormente no contaban, entre ellos, está el mejoramiento del acceso a la salud básica y servicios de internet, como un medio de educación para grandes y pequeños, además del mejoramiento de la infraestructura habitacional en su comunidad. Un 5% manifestó no considerar que exista un beneficio significativo, y se ha pronunciado por exigir mayores ventajas de los proyectos extractivistas y una participación más activa al momento de ser consultados.

10. ¿Si usted tuviera la oportunidad de reformar el proceso de consulta previa, qué aspectos modificaría o agregaría para viabilizar de mejor manera este derecho en beneficio de su comunidad?

a) Asambleas de discusión de proyectos extractivistas en Comunidades y Pueblos del Ecuador, b) Participación constante sobre temas de afectación directa, entre el Estado y la Comunidad, c) Reforma para ampliar la consulta previa, otorgando mayor participación y decisión a la comunidad.

Los miembros encuestados de la comunidad Shuar, expresaron mucha inquietud sobre la consulta previa e informada, manifestando que debería incrementarse su participación, razón por lo cual, respondieron lo siguiente:

Figura 10. Opinión sobre reforma para ampliar participación sobre la consulta previa



Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán


Análisis

El 95% de los miembros de la comunidad Shuar, se han manifestado a favor de la opción c, respecto a la reforma para ampliar la consulta previa, otorgando mayor participación y decisión a la comunidad sobre temas que afectan al desarrollo y desenvolvimiento de su pueblo, debido a los proyectos extractivistas entre el Estado e instituciones o empresas privadas, además pronunciándose favorables para que la consulta otorgue medidas de aceptación o rechazo en determinado proyecto, y con ello, anular tales planes que consideren dañinos para sí mismos o la naturaleza.

3.7. Entrevista

Se procederá a revisar las preguntas para la entrevista a los profesionales del derecho, en libre ejercicio, adheridos al Colegio de Abogados del Guayas, por lo que, se procede a la revisión de las preguntas y posterior análisis del criterio expuesto por las cinco personas entrevistadas.

Tabla 13. Entrevista

	ENTREVISTA CONSULTA INFORMADA A LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE LOS PROYECTOS EXTRACTIVISTAS QUE POTENCIALMENTE AFECTEN A SUS COMUNIDADES
<p>Institución: Colegio de Abogados del Guayas, profesionales en libre ejercicio.</p> <p>Entrevistados: Abg. Ernesto Arellano, Abg. Cecilia Fernández, Abg. Teresa Nuques, Abg. Raúl Noguera, Abg. Carlos Estarellas.</p> <p>Área: Derecho constitucional.</p> <p>Preguntas de entrevista:</p> <ol style="list-style-type: none">1. ¿Considera usted pertinente el establecimiento de una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa?2. ¿Cree usted que el órgano legislativo debe crear una ley especial que regule los procedimientos de la consulta previa?3. ¿Está de acuerdo que las Comunidades y Pueblos indígenas del Ecuador intervengan de manera directa en los procesos legales de proyectos extractivistas en sus localidades?4. ¿Cómo califica usted el precepto constitucional sobre la consulta previa en la determinación de los términos para la sociabilización de los proyectos extractivistas?	

Elaborado por: Valeria Victoria Burgos Merchán

Las entrevistas realizadas a los profesionales del derecho se inician de manera personalizada, empezando por las argumentaciones del Abogado Ernesto Arellano y la Abogada Cecilia Fernández, en la que manifestaron considerar positivo el establecimiento de una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa informada, debido que establece un término de tiempo específico para que los pueblos y comunidades indígenas del país puedan conocer y presentar sus observaciones u objeciones respecto de proyectos extractivistas que afecten sus intereses personales y comunitarios, por lo que, ambos juristas consideraron como un argumento de aporta al derecho nacional.

En la pregunta sobre la necesidad de una ley especial que regule los procedimientos de la consulta previa, el Abogado Ernesto Arellano expresó que sí está de acuerdo, debido que beneficiaría a las comunidades y pueblos indígenas en la garantía y protección de sus intereses y sería un respaldo legal que trataría de manera clara y específica los temas relacionados con la consulta previa informada y los proyectos extractivistas, a lo que se sumó la Abogada Cecilia Fernández ya que considera fundamental para el desarrollo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Con ello, los juristas fundamentaron sus respuestas para las preguntas 4 y 5, sobre la intervención de los pueblos y comunidades indígenas de manera directa sobre las objeciones en proyectos extractivistas, ya que lo consideran parte esencial que afecta de forma tácita los intereses comunitarios, y en la pregunta final calificó de positivo el precepto constitucional de consulta previa y se mostró a favor de la sociabilización del tema en las comunidades para motivar a una mayor participación en el proceso de interés nacional.

La Abogada Teresa Nuques al momento de la entrevista, expresó su punto de vista sobre la temática expuesta, en conjunto con el Abogado Raúl Noguera, que presentaron como un argumento positivo en el establecimiento de una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa informada, siendo fundamental para la protección de los intereses sociales, culturales y de la naturaleza, que son el baluarte que mantienen los pueblos y comunidades

indígenas en sus tierras ancestrales, por ello, expresan la necesidad del establecimiento de un término de tiempo específico para que los pueblos y comunidades indígenas del país puedan conocer y presentar sus observaciones u objeciones acerca de proyectos de proyectos extractivistas que afecten de manera directa e indirecta a los intereses de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que, lo consideró como un elemento de aporte social, comunitario, nacional y jurídico, a ello se sumó las respuestas del Abogado Carlos Estarellas Velázquez, que considera la importancia del ascenso del derecho nacional en la protección de todos sus habitantes, y como factor especial, la consideración de los pueblos y comunidades indígenas en la garantía de sus derechos y deberes frente al Estado ecuatoriano y la protección de la naturaleza y la existencia de dichos pueblos.

En la pregunta sobre la necesidad de una ley especial que regule los procedimientos de la consulta previa, la Abogada Teresa Nuques respondió estar a favor, debido que beneficiaría a las comunidades y pueblos indígenas en la garantía y protección de sus intereses y sería un argumento explícito de la Ley, que trataría de manera clara y específica los temas relacionados con la consulta previa informada y los proyectos extractivistas, a ello se suman las respuestas de los abogados Raúl Noguera y Carlos Estarellas, que manifiestan de maneja conjunta su respaldo a dicha iniciativa que consideran un beneficio para el derecho ecuatoriano y un camino hacia el desarrollo de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador. Por tal razón, los juristas expresan sus respuestas en ambas preguntas finales en cuanto a la intervención de los pueblos y comunidades indígenas de manera directa sobre las objeciones en proyectos extractivistas, ya que lo consideran parte esencial que afecta de forma tácita los intereses comunitarios, y en la pregunta final calificaron de positivo el precepto constitucional de consulta previa y se mostró a favor de la sociabilización del tema en las comunidades como un precepto que debe ser tomado como ejemplo para el desarrollo de futuras políticas públicas que hagan participar a todo el conjunto social del país.

3.8. Análisis y discusión de los resultados

3.8.1. Análisis de la entrevista

Los entrevistados, abogados en libre ejercicio en la ciudad de Guayaquil, han respondido a la primera pregunta de la entrevista, sobre la consideración de la pertinencia del establecimiento de una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa, con un criterio positivo, debido a que la tardanza en poner en informar sobre proyectos extractivistas en las áreas donde habitan los pueblos y comunidades indígenas, podrían constituir un tiempo valioso que al no definirlo constitucionalmente, deja abierta la posibilidad de perjuicio a los intereses de dichos pueblos, pues en medida de lo avanzado que se encuentre el proyecto, estarían en juego los intereses de las comunidades, vulnerando así sus derechos fundamentales, los cuales deben ser garantizados por la Constitución de la República.

Sobre la segunda pregunta acerca de la creación de una ley especial que regule los procedimientos de la consulta previa, los profesionales del derecho han expresado su criterio exponiendo el beneficio que esto traería a todas partes involucradas, y en general a la población nacional, pues con ello, se establecería de una manera positiva a los procesos a seguir para la consulta previa y el tiempo adecuado y definido legalmente para que las comunidades y pueblos indígenas puedan participar de manera eficaz en la toma de decisiones, veedurías y respeto a sus derechos e intereses en cuanto a los proyectos extractivistas y de los recursos económicos que se genere de ello, razón por lo que, los abogados entrevistados han emitido un criterio favorable hacia dicha iniciativa.

Respecto al criterio recogido en la tercera pregunta, se tiene que los abogados entrevistados creen factible que las comunidades y pueblos indígenas intervengan de manera directa en los procesos legales de los proyectos extractivistas en sus localidades, ya que estos manifiestan efectos sobre sus poblaciones de manera implícita, motivo por el cual, los primeros informados e intervinientes en las adecuaciones normativas y contractuales que deben ser consultados,

serían de manera necesaria, las comunidades indígenas, para de esta manera garantizar sus derechos e intereses constitucionales, siempre de acuerdo a los intereses nacionales en proporción para todos los ciudadanos del país.

Los abogados entrevistados han calificado el precepto constitucional del artículo 57, inciso 7, como un texto general que deja espacio a la interpretación subjetiva de la Constitución de la República, vulnerando de esta manera los derechos fundamentales de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, razón por lo que, debería ser socializado y definido para dar paso en la Asamblea Nacional, a una nueva legislación que recoja todas las inquietudes y vacíos legales que han expuesto las comunidades y pueblos indígenas sobre la consulta previa y sus efectos en los proyectos extractivistas que surjan de ello.

3.8.2. Análisis de la encuesta

La encuesta desarrollada en la Comunidad Shuar, ubicada en la jurisdicción del cantón Naranjal, provincia del Guayas, ha dado como resultado que la figura jurídica de la consulta previa informada, fundamentada en el derecho constitucional de los pueblos ancestrales y comunidades minoritarias del Ecuador, tienen garantía en la protección y cuidado de sus intereses, y que los proyectos extractivistas que presentan ante el Estado, por parte de empresas públicas o privadas, nacionales y extranjeras, tiene un efecto directo sobre sus vidas habituales, ya que el impacto ambiental que genera la explotación de recursos no renovables es frecuentemente alto, debido a la dependencia y conexión de las comunidades indígenas con los territorios que habitan, ya que su alimentación, desarrollo y mantenimiento, depende exclusivamente de la armonía entre la coexistencia humana y la naturaleza.

Es por ello, que, en la recolección de los datos tabulados, se evidencia que los miembros de la comunidad, se han inclinado hacia una reforma constitucional sobre la consulta previa informada, que fortalezca dicha figura jurídica, y amplíe la participación de la comunidad, afianzando la toma de decisiones que surgen de los convenios de explotación de recursos entre

el Estado y la empresa. El artículo 57, inciso 7, sobre la consulta previa, libre e informada se presenta como un derecho ganado por parte de las minorías y comunidades indígenas, y, por lo tanto, debe ser ampliado para ir en ascenso de acuerdo a las corrientes del derecho que incentivan la amplitud y toma de decisiones sobre temas que afectan a sectores de la ciudadanía, en concordancia con los intereses nacionales, pero sin afectar a los intereses locales. Por tal motivo, se concluye el capítulo metodológico, con análisis de resultados que dan paso a la revisión del criterio expresado por los encuestados, sobre la consulta informada a los pueblos indígenas, ya que generalmente, los proyectos extractivistas afectan no solo a sus intereses territoriales y ancestrales, sino también, que tienen efectos directos sobre la salud, vida, preservación de sus habitantes y sobre la naturaleza, como daños irreversibles que pueden surgir de la afectación en la explotación de recursos no renovables. La vulneración del derecho constitucional en la protección y participación de las comunidades indígenas en estos temas que los afectan directamente, son esenciales a revisar y ampliar en derecho, como medida de desarrollo nacional y justicia social.

3.9. Implementación de propuesta

Creación de Ley que establezca un término de tiempo definido para el procedimiento de la consulta previa informada, fundamentado en el artículo 57, inciso 7 de la Constitución de la República, en beneficio de los pueblos ancestrales, minorías y comunidades indígenas.

En el proceso de consulta previa, orientados por los principios constitucionales y estándares internacionales se incorpora la información técnica acerca del alcance y las implicaciones de los proyectos de inversión y desarrollo en los proyectos extractivistas que se desarrollan en los territorios de los pueblos indígenas, es decir se les hace una explicación técnica del proceso de la extracción y sus consecuencias, por lo que es necesario realizar este proceso con todas aquellas comunidades que pueden verse implicadas en el proceso de desarrollo de determinada actividad de explotación de recursos no renovables.

La importancia de proponer que el proceso de consulta previa tenga carácter vinculante, se asocia con el respeto a todos los derechos que los pueblos y nacionalidades indígenas tiene a nivel constitucional en el Ecuador, en esta medida, su criterio ha de ser asumido y tenido en cuenta, al momento de aprobar cualquier actividad relacionada con recursos naturales que se hallen en las zonas habitadas por dichas comunidades, estableciendo un plazo real y fijo que sustituya la expresión razonable, debido a la consideración de vulnerabilidad de derechos que se expone de la misma.

3.9.1. Objetivo general

Proponer la creación de una Ley, que establezca y defina un término de tiempo mínimo para el procedimiento de la consulta previa informada, que establezca una fecha real y fija, para evitar la vulneración a los derechos constitucionales en el Ecuador.

3.9.2. Justificación de la propuesta

Se justifica la propuesta de creación de una Ley que establezca una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa, ya que en el momento que se llama a su realización debe especificar el plazo que debe ser realizada, con la finalidad de evitar que exista confusión o interpretación subjetiva de dicha normativa, considerando que el tiempo es un elemento fundamental para la aplicación de justicia, y su manipulación no establecida o definida, puede traducirse en vulneración directa de los derechos constitucionales de las comunidades y pueblos que deben ser consultados, con la finalidad de proporcionar la información necesaria sobre la generación distributiva de los recursos que se perciba, así como los derechos territoriales y culturales que se derivan de ello, la consulta previa, se justifica el documento propuesto como parte esencial en el establecimiento del derecho a poder decidir sobre temas y proyectos que tendrán una afectación directa sobre los destinos de las comunidades indígenas en el Ecuador.

Los beneficiarios del establecimiento de la presente propuesta, en principio son los pueblos ancestrales y comunidades indígenas, ya que al establecer un plazo real y fijo se evitaría dejar lugar para interpretaciones sobre la expresión razonable que puedan ser objeto de mediciones políticas para manipular la voluntad sobre el rechazo o aceptación en una consulta que debería ser previa e informada en un tiempo definido y oportuno para el conocimiento de proyectos; pero además, es beneficioso para el Estado, ya que evitaría confrontaciones y conflictos con las comunidades y empresas contratistas, pues no existiría lugar para alegar desconocimiento completo del proyecto, en el tiempo que ha establecido la ley, unificando de esta manera la interpretación y legalidad del texto constitucional y la consulta previa informada en el tratamiento de todas las partes involucradas.

El Ecuador ha establecido la consulta previa e informada como parte de su Constitución, como una normativa garantista y proteccionista de los derechos para las comunidades y pueblos ancestrales, partiendo desde la fundamentación jurídica del respeto y cuidado a la naturaleza y quienes la habitan como parte de ella. Es por ello, que el presente documento presenta una propuesta que busca crear una Ley que norme el precepto constitucional del artículo 57, inciso 7, como una medida que haga efectiva dicha protección y garantía constitucional, evitando que sus derechos sean vulnerados y con ello, aportar a la justicia social y al desarrollo de los principios jurídicos que buscan el cumplimiento eficaz de la Ley y la Constitución de la República.

3.9.3. Resultado proyectado

El resultado proyectado de la siguiente propuesta, es promover estabilidad y asertividad en el tratamiento sobre proyectos extractivistas que causan efectos en comunidades y pueblos del Ecuador, estableciendo un periodo fijo de tiempo para que las comunidades indígenas traten oportuna y adecuadamente el tema que se presente, dando como resultado un beneficio a sus comunidades en los recursos que se generen de ellos, mediante perspectivas claras de la

temática social, económica, política y ambiental, definiendo procesos y estableciendo una relación de respeto y de legalidad entre todas las partes que intervienen.

3.9.4. Desarrollo del proyecto

El análisis en las encuestas y entrevistas, y fundamentación teórica presentado de la investigación, ha demostrado de las diferentes experiencias una muestra a la imposibilidad de proponer una fórmula única, o incluso la fórmula más apropiada aplicable a las distintas realidades de las comunidades indígenas en el país. Esto se relaciona con la premisa fundamental de que existe la obligación de consultar con los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas en relación con la aplicación del derecho a la consulta, aunque sea mediante una ley general, pero estableciendo como premisa determinante, la fijación de un periodo oportuno de tiempo para abrir el debate e iniciar la consulta.

Por ello, este tipo de desafíos han surgido actualmente, ya sea por la ausencia total de procesos de consulta en la promulgación de leyes, la falta de legitimidad de la entidad decisoria, las asimetrías de representación en el proceso u otros factores. Del mismo modo, la adecuación del ordenamiento jurídico a las obligaciones internacionales implica no sólo el deber positivo de adoptar normas, sino también el deber de derogar las disposiciones incompatibles y abstenerse de adoptar normas contrarias.

El desarrollo legislativo y normativo y el desarrollo de jurisprudencia son procesos paralelos y no aislados, siendo así, los litigios constitucionales han sido, y continúan siendo, cruciales para desenredar los procesos políticos, especialmente cuando el debate regulatorio y el desarrollo se paralizan o se encuentran con la resistencia de ciertos actores. Del mismo modo, los procesos políticos desempeñan un papel importante cuando los tribunales de justicia muestran signos de regresión, en cuyo caso se discute el derecho a la consulta previa y su periodo de tratamiento en el ámbito político. Los desafíos señalados por los pueblos indígenas y las organizaciones de la sociedad civil están generalmente relacionados con la restricción del

contenido del derecho de consulta en las leyes nacionales, la adopción sin consultar textos legales contrarias a este derecho y la celebración de procesos de consulta en periodos de tiempo no establecidos, son mecanismos no efectivos para la garantía de derechos.

La realización de estudios previos de impacto social y ambiental en tiempo oportuno, es una de las garantías fundamentales que el Estado debe cumplir antes de autorizar proyectos de desarrollo extractivo e inversión en tierras y territorios indígenas y es esencial para llevar a cabo un proceso de consulta debidamente informado. Una de las garantías del derecho a la consulta se refiere al momento de su celebración y exige que se realice desde las fases iniciales de redacción o planificación de la medida propuesta, para que los pueblos indígenas puedan realmente participar e influir en el proceso de toma de decisiones. Aunque el momento exacto en que se inicia la consulta puede variar de acuerdo con el tipo de medida, actividad y/o sector en cuestión o los pasos requeridos para la aprobación, las normas internacionales proporcionan la directriz clara de que el momento de la consulta debe garantizar que los pueblos indígenas pueden tener un impacto efectivo en la toma de decisiones. Es evidente que existen dificultades para cumplir con esta garantía a nivel nacional, por ello, es oportuno realizar la propuesta de la presente investigación.

3.9.4.1. Propuesta de Ley

En base al precepto positivo expresado en la Constitución de la República, donde establece sobre la consulta previa informada lo siguiente:

Art. 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:

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 (Constitución de la República, 2008).

Partiendo de esta premisa constitucional, se da paso a la fundamentación para la creación de una Ley que regule los procesos y los plazos que deben seguir para la consulta previa, como normativa de garantía constitucional que debe ser legislada, ya que no se establece un plazo fijo para su presentación y revisión que posteriormente de lugar a la consulta; por ello, la nueva ley debe ser estructurada de acuerdo a los principios constitucionales y del derecho internacional, que protege a los pueblos ancestrales en América y el mundo, mediante la estructuración regulatoria que defina un plazo real y fijo, y que ciertamente resulte en una consulta oportuna, para así no dar paso a perjuicios sociales y futuros procesos legales en cortes nacionales e internacionales, razón por lo que, se expone el siguiente texto que sería el principio fundamental en la argumentación de la nueva Ley propuesta:

3.9.4.1.1. Ley para consulta previa informada destinada a la defensa de derechos fundamentales, principios e intereses de los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador.

Artículo 1.- El reconocimiento de los principios del derecho constitucional en la protección de todos los pueblos y nacionalidades del Ecuador, se reconoce la garantía de la participación en temas de especial interés para las partes involucradas en un periodo de tiempo establecido de la siguiente manera:

- a) La consulta previa, libre e informada para los pueblos y comunidades indígenas sobre proyectos extractivistas que se realicen dentro de las áreas donde habitan, se efectuaran en un periodo de tiempo de un mes posterior a la presentación del proyecto por parte de empresas públicas o privadas para la extracción de recursos, con la finalidad de garantizar la oportuna participación y conocimiento de los detalles de los proyectos que vayan a causar un impacto en la naturaleza sobre los recursos no renovables, y en afectación o beneficio a los intereses de la comunidad o pueblo ancestral que habita la zona.
- b) La presentación del proyecto extractivista, para su revisión, estudio y presentación de observaciones, por parte de la comunidad indígena se establece en un lapso de tiempo de un mes posterior a la puesta en conocimiento por parte de las empresas al Estado, y este a la comunidad, con la finalidad de participar de manera efectiva y 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; la consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria, oportuna y eficiente. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Estos dos argumentos legales para la Ley propuesta, deben ser los puntos fundamentales para la garantía de la consulta previa y la protección de los intereses de la comunidad indígena. Esta propuesta promueve en aquel texto, que exista un plazo fijo que brinde un periodo de tiempo previo para el estudio del proyecto extractivista, y puedan presentar observaciones sobre lo que se está proponiendo en su territorio ancestral, y cómo las comunidades indígenas puedan aprovechar de manera participativa, efectiva y razonable, los recursos que desean explotar; además, se establece un tiempo prudente de un mes para conocimiento, y un mes

posterior al estudio y presentación de observaciones, que se considera apropiado para la sociabilización de la Ley propuesta, que los pueda llevar a una oportuna consulta previa e informada, en pleno conocimiento de lo que se llevará a cabo y cómo afectará su vida diaria, creando así, espacios de confianza y legalidad entre el Estado, la empresa extractivista, y las comunidades indígenas.

3.9.5. Síntesis

En la propuesta presentada, se identificó factores claves para intervenciones exitosas en los procesos que se realizan de la consulta previa e informada en pueblos y comunidades indígenas, es por ello, que como síntesis se presentan a continuación, algunos elementos que se generarían de la creación de la ley que establezca una fecha mínima para el procedimiento de la consulta previa informada, aportando desarrollo a sus derechos y promoviendo el derecho a la participación ciudadana en ejercicio pleno para la toma de decisiones sobre temas que afectan su desarrollo y que se derivan de beneficios que promueve esta Ley, tales como:

- Fortalecer la integridad cultural en paralelo con las capacidades tecnológicas.
- Proporcionar los recursos adecuados para el desarrollo de capacidades en diferentes aspectos del desarrollo de proyectos.
- Implementación de proyectos directamente por la comunidad o pueblo indígena en su territorio ancestral.
- Asignación y ampliación de derechos indígenas a la tenencia de la tierra y/o acceso a los recursos.
- Respetar los propios procesos de toma de decisiones y la estructura de las autoridades tradicionales.
- Permitir flexibilidad en el tiempo y los procesos para llegar a un acuerdo sobre el diseño del proyecto.

Por otro lado, las principales razones por las que las intervenciones sobre consulta previa tienen más éxito en algunas partes del mundo que en otras, especialmente sobre pueblos indígenas en países de la zona andina. Estos puntos deben ser considerados para que la Asamblea Nacional reconozca la necesidad de una nueva legislación que establezca que beneficie a todos los pueblos y nacionalidades que conforman la nación, enriqueciendo la multiculturalidad del país y beneficiando a todos los sectores en la explotación de recursos no renovables y la promoción del desarrollo económico, social y productivo, como un elemento fructífero de la riqueza del suelo y sus recursos a disposición de los habitantes del Ecuador.

CONCLUSIONES

La presente investigación ilustra los desafíos que supone hacer que el derecho a una consulta y consentimiento previos, libres e informados sea un mecanismo que proteja los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas en materia de extracción e infraestructura sobre proyectos extractivistas, así como otras decisiones que afectan sus intereses. Aunque se han observado algunos avances, los diversos actores involucrados en el proceso de implementación necesitan tomar un conjunto de acciones si su intención es consolidar la consulta previa como un derecho que permita que los intereses gubernamentales y corporativos sean compatibles con los derechos humanos. Con base en este análisis, se hacen las siguientes conjeturas que promueven reforzar los esfuerzos para proteger el disfrute efectivo de los pueblos indígenas de su derecho a la tierra y garantizar su derecho a la propiedad colectiva y otros derechos conexos constitucionalmente.

Es por ello, que se deben tomar las medidas necesarias para identificar, mediante consultas efectivas con los pueblos indígenas, cómo incorporar las normas internacionales sobre el derecho a la consulta, consentimiento previo, libre e informado en el ordenamiento jurídico interno. Esto puede ser a través de leyes y reglamentos generales, aplicables a diferentes pueblos indígenas, teniendo en cuenta el Convenio 169 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, y las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, que promuevan modificar o eliminar las medidas legislativas, que impidan el pleno ejercicio del derecho a la consulta previa. Además, el Estado debe abstenerse de autorizar y adoptar medidas que afecten las tierras y territorios de los pueblos indígenas e impedir que terceros lo hagan sin respetar las garantías del derecho a la consulta y consentimiento. Esto incluye concesiones extractivas, planes de desarrollo o inversión o proyectos que restringen el disfrute de los recursos naturales por los pueblos indígenas o afectan su territorio.

RECOMENDACIONES

- Asegurar que todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas se sometan a consulta y, en su caso, a consultas previas, libres e informadas con la finalidad de evitar la vulneración de sus derechos constitucionales.
- Asegurar que la identificación de las personas con derecho a consulta sea consistente con las normas internacionales, tomando el tiempo necesario para determinar, junto con las comunidades o pueblos consultados, qué entidades representativas deben participar en los procesos de consulta.
- Asegurar que los estudios de impacto social y medioambiental cuenten con mecanismos de consulta y otorgamiento de licencias que estén diseñados con los más altos estándares. Este proceso debe contar con la plena participación de los pueblos indígenas y debe ser conducido por las instituciones estatales competentes o por entidades independientes y técnicamente capacitadas bajo estricta supervisión estatal.
- Asegurar que los pueblos y comunidades indígenas que han sido afectados por los proyectos de desarrollo sin una consulta previa adecuada tengan acceso a mecanismos efectivos de reparación que prevengan y mitiguen la violación de sus derechos.
- Tomar acciones para sistematizar las consultas que se han realizado y se llevarán a cabo, y poner esta información a disposición del público, para identificar y establecer indicadores públicamente accesibles y sistemas de monitoreo sobre la implementación de las leyes y políticas diseñadas para hacer efectivo el derecho a la consulta y consentimiento previos, libres e informados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvear, G. (2014). *Definición y conceptualización de la nacionalidad* (Vol. VII). Lima, Perú: Rimac.
- Antón, A. (2015). *Conceptualización del término Comunidades en el derecho internacional*. México, México D.F.: Guerrero.
- Arellano, A. (2015). *La constitucionalidad y la administración de recursos naturales y cogestión comunitaria: Explotación de recursos y sus efectos en comunidades indígenas*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil: UCSG.
- Beltrán, M. (2015). *Actualización de impactos y medidas temporales para minimizar los efectos de proyectos extractivistas en zonas de pueblos y comunidades indígenas* (Vol. II). Quito, Pichincha, Ecuador: Andinia.
- Brune, A. (2014). *Conservación de la diversidad biológica y mantenimiento de la resiliencia ecológica: Protección constitucional de pueblos y comunidades indígenas en el Ecuador*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Camacho, R. (2015). *Manejo de la biodiversidad y recursos no renovables en áreas de comunidades y pueblos ancestrales: Protección de derechos indígenas en América Latina*. Pontificia Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Comunitarias. Bogotá: PUCC.
- Castillo, R. (2013). *La consulta informada y los destinos económicos y sociales de las comunidades indígenas del Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Quito: PUCE.

- Celi, G. (2014). *Importancia de la gestión conjunta del Estado y los pueblos indígenas: El alcance del derecho indígena y la Constitución de la República*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Constitución de la República. (2008). *Artículo 276: Objetivos del régimen de desarrollo* (Vol. II). (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Artículo 395: Naturaleza y ambiente*. (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Artículo 57: Derechos colectivos*. (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Derechos de la naturaleza: Justicia social e interés nacional*. (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*. (A. Constituyente, Ed.) Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Forma de Estado y Gobierno: Artículo 1* (Vol. I). Montecristi, Manabí, Ecuador: CEP.
- Constitución de la República. (2008). *Prohibición del extractivismo en áreas protegidas y zonas intangibles*. Asamblea Constituyente. Quito: CEP.
- Constitución Política de la República de Colombia. (1991). *Artículo 86: Acción de tutela y consulta a las comunidades indígenas*. (A. Constituyente, Ed.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia.
- Constitución Política de la República del Perú. (1993). *Artículo 48: Propiedad Comunal sobre la Tierra: Consulta y sociabilización de planes extractivistas en territorios indígenas*. (C. N. República, Ed.) Lima, Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador: Sentencia de 27 de junio de 2012*. Resolución vinculante, CIDH, San José.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Medidas provisionales solicitadas por la CIDH a la República de Panamá*. Resolución, CIDH, San José.
- Cortes, E. (2016). *Consulta previa e informada: Protección de derechos constitucionales de comunidades y pueblos indígenas en el Ecuador*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Quito: PUCE.
- Diccionario Jurídico Cabanellas. (2014). *Conceptualización de Consulta* (Vol. IV). Madrid, España: Argos.
- Domínguez, M. (2015). *La consulta informada a los pueblos indígenas: Cierre de la consulta previa* (Vol. III). Quito, Pichincha, Ecuador: Andinia.
- Duque, M. A. (2016). *La defensa de los derechos de las minorías y comunidades indígenas, frente a la explotación de recursos naturales en zonas de protección nacional*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas . Guayaquil: UCSG.
- Echavarría, A. (2013). *Gobernanza territorial y la protección de derechos de las comunidades indígenas en América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y de la Política. Lima: PUCP.
- Egas, F. (2014). *Adhesión del Ecuador al Convenio No. 169 de la OIT: Protección de derechos de los pueblos indígenas* (Vol. IV). Quito, Pichincha, Ecuador: EPE.
- Escobar, V. (2016). *La consulta previa informada y los intereses del Estado ecuatoriano: Una revisión de constitucionalidad y garantía de derechos humanos*. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Quito: UCE.
- Estarellas, C. (2012). *Derechos y garantías constitucionales: Pueblos y comunidades indígenas y explotación de recursos naturales en áreas de protección nacional* (Vol. II). Guayaquil, Guayas, Ecuador: Argos.

- Fernández-Concha, C. (2015). *Desarrollo sostenible y protección ambiental: El extractivismo y el papel de las comunidades indígenas en la amazonía ecuatoriana*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Quito: PUCE.
- Franco, M. (2014). *El Estado y los pueblos indígenas: Conflicto jurídico de intereses nacionales* (Vol. III). Quito, Pichincha, Ecuador: Argos.
- Gálvez, C. (2013). *Constitucionalidad: Conceptualización de su figura jurídica en los fundamentos del derecho* (Vol. II). Madrid, España: EPE.
- Larrea, J. (2013). *El derecho constitucional y la naturaleza de protección y explotación de los recursos en previsión del futuro* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Platense.
- Leiva, I. (2015). *La Constitución de la República y Tratados Internacionales: El derecho a consulta previa en comunidades indígenas del Ecuador*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Ludeña, M. (2015). *Explotación de recursos no renovables en áreas de interés nacional y la consulta informada hacia asentamientos y comunidades indígenas*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Quito: PUCE.
- Marín, V. (2016). *Procesos legales para definir proyectos extractivistas en asentamientos de pueblos y comunidades indígenas*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Mendoza, R. (2015). *Derecho Comunitario: Preceptos jurídicos de la protección de los derechos de comunidades indígenas frente al Estado*. Universidad San Ignacio de Loyola, Facultad de Jurisprudencia. Lima: USIL.

- Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá. (2014). *Respuesta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Enunciado sobre pueblos y comunidades indígenas, Ciudad de Panamá.
- Moreno, E. (2015). *El derecho constitucional y las prácticas indígenas de conservación de recursos*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas. Quito: PUCE.
- Moyano, C. (2016). *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su incidencia en la consulta previa a comunidades indígenas del Ecuador*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Naula, A. (2014). *Desarrollo sostenible y beneficios económicos del extractivismo en áreas de protección nacional*. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Quito: EPE.
- Navarro, M. (2016). *Preacuerdos con pueblos y comunidades indígenas para sociabilización de los proyectos extractivistas*. Universidad del Pacífico, Facultad de Derecho . Quito: UP.
- Niola, A. (2015). *Procesos jurídicos para la regulación y reconocimiento de los pueblos indígenas y los recursos no renovables*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Quito: PUCE.
- Noguera, A. (2015). *La coordinación de la gestión comunitaria de los pueblos indígenas y el Estado ecuatoriano: Extractivismo y oposición de intereses sociales y económicos*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales y Ciencias Sociales. Quito: USFQ.
- Nuques, T. (2014). *Los derechos de la naturaleza y la evolución del constitucionalismo* (Vol. IV). Guayaquil, Guayas, Ecuador: EPE.

- Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Protección de derechos humanos (pueblos y comunidades indígenas), ONU, Nueva York.
- Organización de las Naciones Unidas. (2012). *Declaración de la protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Informe anual, ONU, Departamento de Protección y Cuidado de pueblos indígenas, Nueva York.
- Organización de los Estados Americanos. (2012). *Protección y cuidado de pueblos y comunidades indígenas en América*. Informe anual, OEA, Santiago.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Convenio No. 169*. Informe anual, OIT, Protección a los intereses económicos y laborales de los pueblos indígenas de América Latina, México D.F.
- Patño, I. C. (2016). *Los derechos y garantías constitucionales de los pueblos y comunidades indígenas en el Ecuador*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil: UCSG.
- Plan Nacional del Buen Vivir. (2013). *De la protección de las Comunidades Indígenas: Sociedad en armonía con la naturaleza y explotación de recursos*. (S. N. Desarrollo, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.
- Prieto, M. (2015). *Procesos jurídicos de protección de derechos indígenas en el Ecuador: Relacionamiento, sociabilización y caracterización*. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Quito: UCE.
- Redín, A. (2014). *El derecho indígena y el manejo del territorio ancestral*. Universidad Javeriana de Bogotá, Departamento de Investigaciones del Derecho Indígena. Bogotá: UJC.
- Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Solicitud de medidas provisionales interpuesta por la CIDH*. Resolución vinculante, CIDH, San José.

- Rocha, M. (2016). *Instalación y socialización de los procesos legales y los plazos para la consulta informada en pueblos y comunidades indígenas del Ecuador*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil: UCSG.
- Rodas, G. (2015). *Conceptualización del termino "minorías", según el derecho internacional*. Medellín, Antioquia, Colombia: Rio Negro.
- Salmon, C. (2015). *La protección de derechos constitucionales frente a la explotación de recursos en asentamientos de comunidades indígenas*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil: UCSG.
- Sanz, D. (2015). *La consulta informada a las comunidades indígenas y sus etapas y procesos legales*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales. Quito: USFQ.
- Sentencia No. 001-10-SIN-CC. (2014). *Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería y efectos posteriores*. Sentencia de constitucionalidad, Corte Constitucional, Quito.
- Sentencia No. T-379-14. (2014). *Derecho a la propiedad colectiva y control de territorios sobre la explotación de recursos naturales*. Sentencia de inconstitucionalidad, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá .
- Velásquez, R. (2015). *Constitucionalismo y extractivismo en áreas de protección estatal: El interés nacional y la consulta a comunidades indígenas (Vol. II)*. (U. S. Quito, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: USFQ.
- Vidal, A. (2016). *Consulta informada a los pueblos indígenas de proyectos extractivistas: Verificación y Certificación*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas. Quito: PUCE.

Zapatero, F. (2015). *Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y la consulta informada para la explotación de áreas de interés nacional*. Universidad San Francisco de Quito, Facultad de Artes Liberales . Quito: USFQ.

ANEXOS



En esta foto, se inició la encuesta a los habitantes de la comunidad Shuar, con uno de los integrantes de mayor edad, como se destaca en la foto. El encuestado fue designado por la propia comunidad para poder atender la encuesta, ya que es una de las personas más ancianas y con mayor experiencia dentro de su comunidad, expresando que en su ordenamiento social tiene gran importancia la persona que más experiencias ha ganado a lo largo de su vida para poder transmitir las al resto del pueblo, y con ello, aportar al crecimiento de su comunidad y sus intereses en protección de la naturaleza y para enseñanza de los más jóvenes.



La foto es la continuidad de la entrevista al habitante destacado de la comunidad Shuar, quien además de responder a la encuesta participada, también indicó relatos de su comunidad en temas de protección a la naturaleza y derechos de los pueblos indígenas a habitar en zonas que consideran como sus tierras ancestrales, por lo que, se manifestaba satisfecho con la existencia de políticas públicas que protejan y garanticen los derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador.



En esta foto el primer encuestado presentaba a la comunidad la exposición del tema objeto del presente documento, en ella, se manifestó la importancia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y la garantía que representa la consulta previa informada sobre proyectos extractivistas para sus intereses vitales, debido a la consideración de los derechos de la naturaleza como parte inalienable de sus intereses y derechos personales.



Esta foto es la continuación de la exposición del proyecto de investigación, donde se expone a la comunidad Shuar el objeto de la visita por motivos de encuesta para conocer sus perspectivas sobre la consulta previa informada sobre los proyectos extractivistas, que son de fundamental importancia para esta comunidad y todas las comunidades y pueblos indígenas del país, por lo que, se dio una breve introducción para que puedan responder la encuesta expuesta en este documento.



La comunidad Shuar, luego de conocer los temas de encuesta y los objetivos de la investigación de titulación, quiso brindar como parte de su recibimiento, una danza folclórica de su comunidad, que inició con la entrada de dos chicas Shuar para dar comienzo a la danza y dar a conocer parte de sus costumbres.



La danza folclórica de la comunidad Shuar continuó en su exposición como parte del agradecimiento por haber sido considerados para la elaboración de la investigación de titulación de derecho, y con ello dieron a conocer su satisfacción en el reconocimiento de los derechos indígenas y sus intereses en protección de los intereses de sus habitantes y la naturaleza como una unidad indivisible en la que se consideran parte vital para el desarrollo del país.



En la foto, el habitante de la Comunidad Shuar que dio la bienvenida y presentó el objeto de la visita por el proyecto de titulación, también da la despedida ya que es uno de sus jefes debido a la edad que posee y una de las personas de mayor conocimiento para los intereses de todos quienes conforman la comunidad en protección de los derechos de la naturaleza y la importancia de la consulta previa informada para la garantía del mismo frente al Estado.



cuarenta y ocho años - 481 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Quito, D. M., 18 de marzo del 2010

SENTENCIA N. ° 001-10-SIN-CC

CASOS N. ° 0008-09-IN Y 0011-09-IN
(ACUMULADOS)

JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE: Dr. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

JUECES CONSTITUCIONALES ADHERENTES: Dr. EDGAR ZÁRATE ZÁRATE Y Dr. ROBERTO BHRUNIS LEMARIE

LA CORTE CONSTITUCIONAL para el periodo de transición:

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Las presentes acciones de inconstitucionalidad fueron interpuestas ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 17 y 31 de marzo del 2009, respectivamente.

De conformidad con el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, dentro del caso No. 0008-09-IN, el Secretario General certificó que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada.

En providencia del 22 de abril del 2009, la Corte Constitucional avoca conocimiento de la causa N. ° 0008-09-IN y admite a trámite la acción, disponiendo que se proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de la misma.

El 30 de abril del 2009 se efectuó el sorteo correspondiente, de conformidad con lo prescrito en los 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, según consta a fojas 47 del expediente, en donde el presente caso signado con el N. ° 0008-09-IN, correspondió actuar a la Dra. Nina Pacari Vega como Jueza Sustanciadora.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante auto del 06 de mayo del 2009, avoca conocimiento de la causa N.° 0011-09-IN y admite a trámite dicha acción (de fs. 1424), disponiendo la acumulación a la causa N.° 0008-09-IN en virtud de la identidad de sujeto pasivo, objeto y de acción de las mismas, indicando que se remita el expediente a la Segunda Sala, que es la que previno el conocimiento de la causa mediante el sorteo correspondiente.

Mediante auto del 06 de mayo del 2009, la Segunda Sala avoca conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, disponiendo que se cite con el contenido de este auto al señor Presidente de la comisión Legislativa y Fiscalización, al señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador y al señor Procurador General del Estado, para que en el término de quince días emitan sus criterios sobre el contenido de la demanda; y de igual manera, que se remita al Registro Oficial un extracto de la demanda para su publicación, a fin de que en el término de quince días cualquier ciudadano emita su opinión respecto a la inconstitucionalidad de la Ley de Minería a la Corte Constitucional.

De la Solicitud y sus argumentos

Los legitimados activos: Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, conforme consta en el nombramiento que en copias certificadas adjunta; Carlos Pérez Guartambel, en su calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay fundamentados en los artículos 436 numeral segundo y 84 de la Constitución de la República del Ecuador, presentan esta acción.

El legitimado activo, Marlon René Santi Gualinga, comparece manifestando:



cuatro votos a favor y dos - 482 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

“Las autoridades que expidieron y sancionaron la norma impugnada son: la COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL, cuyo representante legal es su Presidente, Arquitecto FERNANDO CORDERO CUEVA y el Presidente Constitucional de la República, Economista RAFAEL CORREA DELGADO. El cuerpo normativo impugnado por la forma es la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009; y por el fondo los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316.

Las normas constitucionales supuestamente violadas por la Ley de Minería son los artículos: 11, numeral 2; 57, numerales 4, 7, 8, 11, 17; 66, numerales 4, 22, 26; 133, 316, 326, 408 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador. La mencionada Ley de Minería, adicionalmente, atenta normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); adicionalmente, los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2, numeral 1 del pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, la antes mentada Ley Minera es violatoria del Derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas; la Ley Minera afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; la Ley en cuestión atenta contra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, atenta contra el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal.

Adicionalmente, existe violación al principio de división y jerarquía de las leyes en la especie; la Disposición Final Segunda de la Ley Minera es inconstitucional y arbitraria, puesto que manifiesta que las normas de la Ley

Minera “*prevalecen sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines*”, argumentando el legitimado activo que “*es absurdo pretender que una ley, por más que beneficie a poderosos sectores involucrados con la actividad minera tenga ‘privilegios’ respecto a las otras leyes de igual o mayor categoría jurídica*”.

Que de acuerdo a la Constitución de la República, en su artículo 133, existen leyes orgánicas y ordinarias; de acuerdo a la materia que se trata, la Ley Minera es una ley ordinaria y como tal no podrá modificar ni prevalecer sobre leyes orgánicas. Tampoco podría hacerlo respecto a otras leyes ordinarias, sino de acuerdo a los principios generales del derecho, es decir, prevalecerá cuando sea especial respecto a otra ley general en relación a la materia de la que se trate. No hay fundamento jurídico para que esta Ley tenga un régimen sui generis y no se reforme como todas las leyes. Por disposición constitucional toda norma debe ser definida como orgánica u ordinaria, y más aún cuando el artículo 133 de la Constitución establece en qué casos es orgánica una ley.”

Según el legitimado activo “*el manejo político de la Comisión de Legislación y Codificación y del Presidente de la República, han impuesto inconstitucionalmente, que esta Ley de hecho sea orgánica y no se ajuste a los requisitos constitucionales para ser tal*”.

“A partir de lo que establece el texto constitucional, en el artículo 425, la Ley Minera obligatoriamente debe sujetarse al orden jerárquico para su aplicación; que al imponerse el carácter y jerarquía de la ley en la Disposición Final Segunda, en la que se menciona que “*sus normas prevalecerán sobre otras leyes*”, lo que se pretende es inventarse por fuera de las disposiciones constitucionales esta denominación que no existe y que no responde al orden jerárquico que establece la Constitución.

En virtud de aquello, al no haberse definido su carácter y orden jerárquico que establece la Constitución, debe quedar totalmente fuera del ordenamiento jurídico constitucional; que la Ley en cuestión atenta contra el respeto del bloque de constitucionalidad de los derechos, razón suficiente para que la totalidad de la Ley Minera sea declarada inconstitucional. Adicionalmente, que la Ley de Minería viola lo dispuesto en los artículos 133 y 425 de la Constitución y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional de forma.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, se atenta en contra del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, el mismo que se



cuarenta y tres-483-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución; que la Ley Minera vigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera.

En la Ley Minera se consagra la "*libertad de prospección*", por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en el territorio de las nacionalidades indígenas para realizar las actividades de prospección.

En el Ecuador, las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con los pueblos Sionas, Secoyas y Cofanes, afectados por la explotación petrolera, tras el paso, por treinta años, de compañías nacionales y extranjeras, cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco). No se conocen casos de una empresa minera o petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena, que lo haya inhabilitado para su finalidad.

Con la Constitución del 2008, el Estado ecuatoriano fue declarado como "*estado constitucional de derechos y justicia*", por lo que sus preceptos constituyen normas jurídicas vinculantes del más alto nivel jerárquico, y obliga a los órganos del Estado a respetar sus preceptos, incluida la función legislativa. Esta obligación del legislativo de respeto a la Constitución se encuentra expresamente recogida en el artículo 84 de su texto.

En la perspectiva de los pueblos indígenas, lo esencial es esa conjunción que abarca no solo la integralidad de su territorio, sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 de la OIT califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro, por lo que no es concebible la posibilidad del pago de una indemnización por la constitución de servidumbres a una nacionalidad indígena, cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio.

La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la indivisibilidad; la segunda razón de inconstitucionalidad es porque varios artículos de la Ley de Minería permiten que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son "inalienables" e "inembargables". Aquello permite el

desplazamiento forzado de las nacionalidades indígenas de sus territorios sin seguir el procedimiento excepcional señalado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, el conocimiento informado previo. Que estas normas han sido hechas bajo el supuesto occidental de intercambio comercial de bienes, lógica que no comparten las comunidades indígenas, cuyo territorio es irremplazable y mucho menos susceptible a valoración económica.

Que la declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley Minera establece para permitir que en esos territorios, libres de impedimento legal, se realicen actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, no solo que atenta contra el principio de consentimiento informado previo, sino que se contrapone al principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que forman parte del bloque de constitucionalidad, en observancia al artículo 3, en concordancia con el artículo 57 de la Constitución.

La tercera razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería es el hecho de que imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, atentando al texto constitucional, que manda a que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio. Que el uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos internacionales, por lo que el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas.

La cuarta razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería implica que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera *"tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales"*; consecuentemente pueden realizar aquella actividad en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. Que la libertad de prospección en estos términos atenta contra el derecho a la propiedad, protegido en el artículo 66, numeral 26 de la Constitución de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21; que, también atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 6, numeral 22 de la Constitución, y es discriminatoria, puesto que a las zonas



cuatrocientos ochenta y cuatro -484-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

urbanas y centros poblados sí se los protege, dejando a las zonas rurales en vulnerabilidad, violentando lo dispuesto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución.

Que, la materia que regula la Ley de Minería entraña sistemas complejos, en donde coexisten derechos de las nacionalidades indígenas y la naturaleza, la misma debió apegarse a los preceptos que consagra la Constitución, y que al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanada por la Corte Constitucional.”

Por otra parte, el Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, de igual manera deduce acción de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la Ley de Minería, y en la especie determina: “Que se ha violado el derecho a la consulta contenido en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República, adicionalmente violaciones al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, artículos 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El artículo 26 de la Ley de Minería ratifica la explotación en territorio ecuatoriano sin más que una simple autorización de la autoridad estatal (delegado del gobierno); y en la especie dejando vía libre para la concesión y luego explotación o agresión a la naturaleza y concretamente en fuentes de agua, como dispone el mismo artículo indicado en su literal f.

Que se evidencia la naturaleza de la Ley de Minería la misma que no respeta el agua; que, jamás se han hecho estudios serios y responsables de impactos ambientales; que, aquellos solo son modelos que se copian adaptando pequeños datos a la realidad concreta. Que para la concesión minera en lugares que alumbren el agua subterránea ni siquiera se requiere autorización, al tenor de lo que dispone el artículo 96 de la Ley Minera.

La Ley de Minería dispone, en su artículo 79, que todo cuerpo de agua debe ser devuelto al cauce del río o de la cuenca, de donde fue tomada libre de contaminación; que, en el artículo 80 de la Ley de Minería se permite la destrucción de la capa vegetal y tala de árboles, encontrándose una contradicción con otras disposiciones de esta Ley, que manifiesta que se protegerá el ecosistema.

Los articulados de la Ley de Minería son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza, y explícitamente elevarle al agua a la categoría de derecho humano; por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua.

La mejor garantía para la actual generación como para las siguientes es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que, se debe dejar prohibida expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos.

Existe violación al principio de excepción de la actividad privada en sectores estratégicos; que, los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería no definen en qué casos se podrá realizar esa delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad de cada concesión”; que, aquello implica que empresas privadas, extranjeras, transnacionales entren en igualdad de condiciones que empresas nacionales, estatales y pequeñas empresas asociativas o cooperativas; y por lo tanto, manifiesta que no puede haber igualdad entre desiguales.

Que el legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada, violenta el artículo 316 de la Constitución, por lo que estas normas deben ser declaradas inconstitucionales de fondo.

Que existe una violación al principio de división y jerarquía de las leyes al categorizar como orgánica la Ley de Minería, al disponer que las disposiciones de esta Ley *“prevalecerán sobre otras leyes y solo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines”*.

La Ley de Minería, por un lado, se extralimita, y por el otro, va en dirección contraria a la Constitución, que se pretende confundir a los ecuatorianos con una ley orgánica siendo en esencia una ley ordinaria, razón suficiente, según el legitimado activo, para que toda la Ley de Minería sea declarada inconstitucional.

Pretensión concreta

Con los fundamentos expuestos, y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 436 y el artículo 84 de la Constitución de la República del



cuarenta y cinco - 485-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Ecuador, los legitimados activos solicitan, de manera concreta, que se “declare la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Ley Minera, en especial de los artículos: 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley Minería, por ser violatorios a los artículos: 3, 10, 12, 14, 32, 57, numeral 17; 71, 133, 313, 318 y 425 de la Carta Magna; el artículo 6 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas”.

De la contestación y los argumentos

A fojas 49 y 68 del expediente constan las razones de las notificaciones realizadas por la secretaria de la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, a los legitimados activos y pasivos.

Contestación del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización

El Arquitecto Fernando Cordero Cueva, en su calidad de Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en lo medular manifiesta lo siguiente:

“Los demandantes alegan violación al derecho a la Consulta Previa de las nacionalidades indígenas, aduciendo lo establecido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, que establece el derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pudiese afectar sus derechos colectivos; empero, en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y la Ley de Propiedad Intelectual, según el Presidente de la Comisión “única que se refiere a ello”, establece que los derechos colectivos se registrarán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas.

El artículo 1 de la Constitución de la República determina que el Estado ecuatoriano es unitario; el artículo 120, numerales 6 y 7 determinan entre las facultades de la Asamblea Nacional el expedir, codificar, reformar y derogar leyes, así como crear, modificar o suprimir tributos, y el artículo 226 le atribuye competencia a la Asamblea Nacional, siempre que estén apegadas a la Constitución y la Ley.

d
cl La Comisión Legislativa y de Fiscalización asumió las facultades previstas para la Asamblea Nacional, de conformidad con lo que establece el artículo 17

del Régimen de Transición, encontrándose su actuación constitucional y legal justificada.

La Comisión Especializada de desarrollo Económico y Producción fue la encargada de efectuar los informes que determina la Constitución y el Mandato 23 para la aprobación de la ley de Minería, y que para ello recibió las observaciones de los distintos actores de la sociedad, entre ellos los de las comunidades indígenas y campesinas, aceptándose algunas argumentaciones y otras no.

Si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la unas sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas. Que la interpretación que debe darse a la Constitución debe ser de modo integral, conforme lo establece el artículo 427 de la Carta Fundamental. Que sería absurdo que leyes como el Código Civil, el Código Penal, los Códigos Adjetivos o las leyes económicas tengan que ser consultadas previamente porque pueden afectar cualquiera de sus derechos colectivos; eso sería atentar en contra de la unidad de la República.

La pretensión de los demandantes violentaría el principio de la generalidad de la Ley y que, establecería la igualdad ante la ley y la no discriminación; que, el concepto de Estado unitario presupone también el *sumak kawsay*, y el anteponer el interés general al particular.

Que el hecho de que hay leyes orgánicas y ordinarias no significa que las disposiciones de una ley ordinaria van a prevalecer sobre una ley orgánica, eso no es lo que dice la norma, sino más bien la especialidad y que para ello es necesario remitirse a lo que dispone el artículo 12 del Código Civil. La ley Minera es una Ley Ordinaria, puesto que si se la cataloga como orgánica debería haber constado como tal, y que no dice eso en el texto normativo de dicha ley; por lo tanto, no existe contradicción alguna ni violación al texto constitucional.

En cuanto a lo alegado por los accionantes respecto a la inconstitucionalidad de fondo de la ley de Minería, la Comisión manifiesta: respecto a la supuesta existencia de una violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, en la ley en mención se prevé el acuerdo con los dueños de conformidad con la Constitución y la Ley; si no existe el acuerdo con la comunidad o con la nacionalidad indígena no existe la servidumbre, como



cuarenta y ocho y más - 486-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

tampoco puede haber servidumbre de tránsito en áreas protegidas o en zonas declaradas como intangibles, puesto que el artículo 407 de la Constitución es claro; sin embargo, manifiesta que aquello no significa que en el resto del país no puedan establecerse las servidumbres de paso con el consentimiento de cada dueño del predio; que el derecho de dominio o propiedad también es un derecho amparado en la Constitución, y no es solo un derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Considerar todo el territorio del Ecuador como de nacionalidades indígenas es desconocer el derecho de propiedad de más del 90% de los habitantes del país, que por ende no existe afectación a la indivisibilidad, no es impositiva ni abusiva, pues el artículo 57, numeral 7 de la constitución les garantiza el derecho a la consulta previa.

Los demandantes no han considerado que la Ley de Minería es esencialmente un instrumento jurídico que posibilita la extracción de minerales y por ende la afectación es eminentemente ambiental; que, el hecho de la consulta previa no solo implica la afectación ambiental, sino económica, social, en qué va a beneficiar a la comunidad, o si ésta no es sustentablemente económica o ambientalmente.

Los demandantes pretenden que en todas las fases de la minería exista consulta previa; que siendo la norma constitucional la de mayor jerarquía, se aplica sin necesidad de que en cada momento se hable de esta consulta, sino cuando se requiera. Que, los demandantes han pretendido coartar el derecho constitucional de libertad de empresa que puede efectuar cualquier ecuatoriano o extranjero, pues si se cumplen los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley, no existe impedimento para que pueda efectuarse y desarrollarse las actividades mineras. No existe limitación al derecho a la información de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, pues es deber del concesionario informar en cada etapa de la concesión minera, por lo que no existiría violación al derecho a la consulta previa.

Respecto a la violación de la excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos como la Minería, excepcionalidad establecida en el artículo 316 de la Constitución, la Comisión manifiesta que toda actividad económica es plenamente válida en el país, pues son derechos y libertades: el comercio, la empresa y el trabajo; que, el Estado no tiene la capacidad de efectuar por sí solo todas las actividades, caso contrario, se estaría en un régimen totalitario.

Las normas de los artículos 27 y siguientes de la Ley Minera facultan la actividad minera a la iniciativa privada, y si el pensamiento sería como lo manifiestan los demandantes, ni siquiera las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas podrían realizar actividades en sectores estratégicos, ya que todo lo haría el Estado.

Se alega violaciones a los derechos de la naturaleza, al derecho humano al agua y el derecho al buen vivir, sin que se determine con precisión la presunta inconstitucionalidad, según la Comisión, argumentándose “criterios ambientalistas anti ley de una manera absurda, “ya que la Ley Minera tendría todos los controles ambientales posibles.”

Que en virtud de aquello alega la aplicación del principio de correspondencia y armonía, argumentando que la Constitución es un cuerpo jurídico integral y que en la interpretación debe excluirse cualquier interpretación que induzca a anular o privar de eficacia alguna de sus normas.

Adicionalmente, la Comisión de Legislación y de Fiscalización (fs. 104) presenta documentación en la cual constan los criterios y observaciones de las comunidades, pueblos indígenas de la amazonía, cooperativas y asociaciones mineras, cámaras de minería, entre otros; con lo cual se evidencia que el proyecto de la Ley de Minería tuvo conocimiento general

Finalmente, manifiesta la Comisión que, ante la evidente falta de sustento jurídico, se deseche la demanda por ser improcedentes e infundadas las solicitudes de los legitimados activos.”

Contestación del Procurador General del Estado

El Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, comparece dando contestación a las demandas de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de varios artículos de la Ley de Minería, y en lo principal manifiesta: se opone a la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 59, 67, 87, 88, 90, 96, 100, 103, 316 y la Disposición Final Segunda de la Ley Minera, publicada en el Registro Oficial N.º 517 del 29 de enero del 2009.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma señala:

“Las demandas de inconstitucionalidad planteadas manifiestan que la Ley Minera viola el derecho a la consulta previa pre-legislativa de las



CORTE CONSTITUCIONAL

casos acumulados 0008-09-IN y 0011-09-IN - 487-

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

nacionalidades indígenas, expresando que se atentaría lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; sin embargo, destaca que la Asamblea Nacional, a través de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción, realizó talleres de consulta en varias ciudades del país, en donde participó la CONAIE, conforme consta en el informe presentado al Presidente de la Comisión Legislativa en oficio N.º 057-CEDEP del 12 de diciembre del 2008, por lo que si la ley fue fruto de un acuerdo, reflejaría los puntos de vista y no violaría la norma constitucional ni los convenios internacionales a los que hace referencia la demanda.

En cuanto a la violación del principio de división y jerarquía de las leyes, expresado en la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería, expresa que el sentido que el asambleísta le dio a la Ley, es una jerarquía para que las normas constantes en la Ley Minera prevalezcan por sobre otras leyes, por ser una ley especial, según la clasificación de los artículos 12 y 39 del Código Civil.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo manifiesta: se afirma que se ha violado el derecho al territorio de las nacionalidades y pueblos indígenas contemplado en el artículo 57 de la Constitución, señalando que el artículo 83, numeral 7 de la Constitución establece como uno de los deberes fundamentales del Estado ecuatoriano *"promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular"*.

El Estado, al buscar el buen vivir de su población, y al ser el propietario de los recursos no renovables, tiene la obligación de buscar el interés general por sobre el interés particular, aunque esto signifique la declaratoria de utilidad pública de la propiedad donde se encuentren esta clase de recursos, y que aquello guarda relación con lo que dispone el artículo 1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que el Ecuador, como Estado soberano, puede disponer de sus riquezas naturales y recursos no renovables.

La Constitución, en su artículo 11, contempla el principio de igualdad ante la ley; que el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la propiedad privada, pero limitándolo por razones de utilidad pública o interés social, condicionando a recibir una indemnización justa, demostrándose que los Estados signatarios anteponen el interés general por sobre el particular.

El convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, establece: "1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres y derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir el derecho a los miembros de dichos pueblos a ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

Los accionantes manifiestan que el artículo 28 de la Ley de Minería permite irrumpir en territorio de las nacionalidades indígenas; sin embargo, a criterio de la Procuraduría, en aquello existe una clara salvedad relacionada con las áreas protegidas y las comprendidas dentro los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en áreas mineras especiales; que, en estas circunstancias, de acuerdo al artículo 29 de la Ley en cuestión, se deberá obtener la autorización administrativa.

Se menciona que los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 son inconstitucionales porque violan la indivisibilidad del territorio indígena, empero señala que la indivisibilidad e intangibilidad de un territorio solo se afectaría por excepción extrema, con la intervención y acuerdo de los representantes de los máximos poderes y luego de una consulta.

La Constitución y la Ley de Minería señalan que el Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural, que permite el acceso a los beneficios económicos de las actividades mineras de los pueblos y comunidades ecuatorianos. Que la Ley de Minería ha procurado garantizar un ambiente sano y ecológico, la sostenibilidad y el derecho humano al agua en forma segura y permanente; que la ley de Minería promueve también el uso de tecnologías ambientalmente limpias y no contaminantes, con lo que garantiza el derecho de los ecuatorianos al buen vivir.

La Ley de Minería, en su Capítulo II, que trata de la preservación del medio Ambiente, y en sus artículos pertinentes que van desde el 78 al 86, desarrolla una serie de normas sobre la elaboración de estudios de impacto y auditorías ambientales, entre las que aborda temas sobre tratamiento de aguas, de la



cuarenta y ocho - 488 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

revegetación y reforestación, acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos, conservación de la flora y fauna, así como las sanciones ante posibles daños ambientales.

Por su parte, el artículo 316 de la Constitución establece que el Estado ecuatoriano podrá delegar excepcionalmente a la iniciativa privada las actividades en sectores estratégicos.

Igualmente, el segundo inciso del artículo 1 de la Ley de Minería manifiesta que el Estado podrá delegar su participación en el sector minero a empresas mixtas en donde tenga el propio Estado mayoría accionaria, a la iniciativa privada y a la economía popular, con lo cual se determina que la Ley de Minería sí establece los casos de excepción en los cuales se puede delegar actividades mineras.

En las demandas se enuncia que los artículos 2, 22, 43, 67 y 96 de la Ley de Minería son inconstitucionales, pero que no se demuestra la manera en que se contraponen a la Constitución, y en virtud de ello, solicita que se rechace la demanda.”

Contestación de la Presidencia de la República

El Dr. Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, en su calidad de Delegado del Presidente de la República, en cuanto a la inconstitucionalidad por la forma, así como por el fondo de diversos artículos de la Ley Minera, manifiesta lo siguiente:

“La Ley de Minería debe mantener conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, y que, en efecto, la ley no violenta el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

Las demandas de inconstitucionalidad parten de supuestos erróneos; que los demandantes han procedido de manera infundada, que no se considera las disposiciones constitucionales en sentido amplio, ni su verdadero sentido en integralidad; y que no se han observado las disposiciones contenidas en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución en la especie, manifestando que los principios y derechos constitucionales son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; que el artículo 11, numeral 2 de la Constitución determina la igualdad de todas las personas a gozar de los mismos derechos y oportunidades.

Que, el inciso segundo del artículo 137 de la Constitución de la República es claro y explícito respecto al procedimiento a seguir para la formación de una ley, y aquel a través del cual las ciudadanas y ciudadanos, ya sea de manera individual o colectiva, pueden participar en la formación de la ley, acudiendo ante la Comisión de la Asamblea Nacional para intervenir en este proceso.

No son admisibles las alegaciones de los demandados en el proceso de consulta, al tenor de lo establecido en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, o el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Que, debe recordarse que la Constitución, conforme lo determina el artículo 424 en su inciso primero, es: *“la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”*; el inciso segundo del artículo precitado establece que: *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*.

El artículo 417 señala que los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador *“se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”*; por ende, no se ha violentado las disposiciones de los tratados internacionales, ya que se ha previsto el proceso de consulta previa en los términos establecidos en el artículo 398, y que se recogen de manera amplia en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Minería.

Consta en los archivos legislativos que la Comisión de Legislación y Fiscalización recibió muchos argumentos por parte de ciudadanos y ciudadanas, entre ellos la propia CONAIE. Que, resulta improcedente que los demandantes señalen que debía efectuarse una consulta dirigida de manera particular a los sectores por ellos representados.

Esta consulta supone una ley previa que regule dichos procesos, así como el establecimiento de las particularidades de la consulta que deben efectuarse a través de una ley, conforme lo dispone el artículo 398 de la Constitución de la República; que la Segunda disposición final de la Ley de Minería, conforme al mandato constitucional, no puede oponerse a una ley orgánica.

Que una ley jurídicamente prevalece sobre otra ley, en razón de la especialidad; así, las disposiciones de una ley ordinaria, que regula una



Cuarenta y ocho - 489 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

materia específica, y que prevalecen sobre otra que no regula esas especificidades, y que, las normas específicas sólo pueden ser derogadas cuando otra ley establezca regulaciones específicas sobre esta materia.

Que, con miras a una adecuada técnica legislativa se recomienda que la reforma o derogatoria de las normas se efectúe de manera expresa a través de otra norma, y si se trata de materias específicas, por intermedio de otra norma específica relacionada con la materia, que ante lo expuesto no existiría inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería.

En lo que se refiere a las inconstitucionalidades por el fondo, la Presidencia de la República manifiesta: En cuanto a la supuesta violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, contenida en el artículo 57 de la Constitución por parte de los artículos 15, 59, 100, 103 y 28 de la Ley de Minería, añade también que violentarían las disposiciones de los artículos: 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 4, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT; y 8, 10, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 29, 87, 88 y 90 de la Ley de Minería violentarían el artículo 57 de la Constitución de la República en sus numerales 1, 4 y 7, y que la consulta previa no es adecuada. Las disposiciones legales violentarían también el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los artículos 6, 10 y 15 del Convenio 169 de la OIT; 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; y 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley en cuestión violentarían el artículo 316 de la Constitución. No existe actividad humana alguna o derecho individual o colectivo que no se encuentre regulado, y que son estas regulaciones las que permiten la convivencia en sociedad.

En consecuencia, es necesario plantear la coexistencia de una propiedad y derechos estatales sobre los recursos no renovables que se encuentran en el subsuelo y de aquella relacionada con los derechos y propiedad de territorios indígenas.

Que, debe considerarse que constitucionalmente, a los recursos no renovables la Constitución les ha asignado la característica o calidad de estratégicos y su explotación se encuentra específicamente facultada en la Constitución.

Refieren que el artículo 57 de la Constitución de la República trata de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, determinando aquella disposición que es factible constitucionalmente, respetando los derechos de

aquellos, explotar y comercializar dichos recursos naturales no renovables, bajo los condicionamientos constitucionales y legales respectivos.

Corresponde al Estado el derecho a la propiedad y el derecho sobre los recursos no renovables, con el objeto de que las actividades mineras permitan satisfacer el interés general y, de ser el caso, dichas comunidades, pueblos y nacionalidades, conforme al artículo 83, numeral 7 de la Constitución, deben interponer *“el interés general al particular conforme al buen vivir”*.

Señala que respecto a la inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de la Ley de Minería, por principio general, en los Estados se garantiza la propiedad privada, encontrándose garantizados, entre otros, en los artículos 26 y 321 de la Constitución, estableciendo limitantes como que la propiedad debe cumplir con *“función y responsabilidad social y ambiental”*. Que, la utilidad pública constituye una medida prevista en todo ordenamiento jurídico, para que el Estado pueda, de acuerdo al interés colectivo, desarrollar diversas actividades.

La utilidad pública, en el caso de la minería, y en particular de los recursos no renovables, que por mandato constitucional son considerados estratégicos, tiende a que cumpla con todos los requisitos necesarios a fin de preservar los derechos de todos los habitantes del Ecuador, y que el interés común, interés general o función social requieren la adopción de medidas sobre ella. Que debe anteponerse el bien común y el interés general, tal como lo dispone el artículo 83, numeral 7 de la Constitución.

Que, el artículo 26 de la Ley de Minería determina que previo a efectuarse cualquier actividad minera deben haberse obtenido autorizaciones por parte de diversos organismos, con lo cual se pretende demostrar que a través de textos, estudios e informes se verifica que cumple con todos los requisitos exigidos para el efecto en la Constitución y leyes relacionadas con la actividad minera; y adicionalmente debe realizarse la consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Señala que el artículo 408 de la Constitución faculta la explotación de los recursos no renovables, siempre que para aquella se cumpla con los principios ambientales establecidos en la Constitución.

Que la Ley Minera, en el artículo 15, al tratar de las concesiones, establece que las mismas procederán con observancia de la prohibición y excepción contenida en el artículo 407 de la Constitución, es decir, que se prohíbe la



CORTE CONSTITUCIONAL

control de normas - 490-

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles, y que su explotación excepcional requiere una petición debidamente fundamentada del Presidente de la República y su declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, para cuyo efecto puede declararse una consulta popular. Las concesiones deben cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales pertinentes, en especial con los controles establecidos en el artículo 26 de la Ley de Minería que, de no producirse, no se concederá dicha concesión por parte del Estado, debiendo observarse de manera particular entre los controles los temas ambientales, previstos en el artículo 57, numeral 8 de la Constitución.

La obtención de la concesión faculta a realizar diversas actividades mineras, de acuerdo con lo que establece el artículo 27 de la Ley de Minería; que para obtenerla de forma previa se deben cumplir con actos administrativos establecidos en el artículo 26 de la ley en cuestión, entre los cuales se hallan establecidos la protección al medio ambiente, así como el uso y destino de recursos, como el agua, para preservar el derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano.

Para la realización de la prospección inicial se debe contar con la respectiva autorización de las comunidades, pueblos y nacionalidades para ingresar, de ser el caso, a los territorios; caso contrario sería un delito de violación de domicilio, asunto que se encuentra establecido en el Código Penal, y que esto no es objeto de la Ley de Minería, ni esta ley ha reformado el Código Penal; que debe observarse el sistema jurídico en su integralidad, y el hecho de que un aspecto no conste en una ley específica, no obsta ni puede convalidar el que aquel se incumpla y menos aún en materia penal.

El artículo 15, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT reconoce la coexistencia de la propiedad estatal y la referente a los pueblos indígenas, permitiéndose el aprovechamiento de recursos no renovables, que la actividad minera puede efectuarse si se cumplen los requisitos constitucionales y legales respectivos, lo cual tiene lugar conforme lo establecido en el artículo 26 de la Ley de Minería y el procedimiento de consulta previa, previsto en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Minería.

Las servidumbres no privan la conservación del derecho de propiedad de los recursos no renovables del Estado y que dicho gravamen jurídicamente no priva, de manera alguna, la conservación del derecho de propiedad del bien sobre el cual se imponen, y tampoco significa traspaso de dominio de la

propiedad, puesto que para ello se requiere de otro tipo de actos jurídicos de diversa índole.

Las concesiones no tienen una duración indefinida, y las nacionalidades, pueblos y comunidades pueden continuar ejerciendo actividades propias inherentes al derecho a la propiedad sobre sus territorios, con las limitantes necesarias impuestas por la Constitución y la Ley. Que, la coexistencia de propiedades y el aprovechamiento de los recursos no renovables fundamentado en el interés general por parte del Estado, se encuentra previsto y facultado en el ordenamiento constitucional vigente; en el caso de las servidumbres, éstas se encuentran determinadas y reguladas en los artículos 100, 101 y 103 de la Ley de Minería y pueden establecerse previo acuerdo con el dueño del predio, y de ser el caso, previa resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero, luego del pago por el uso y goce de las servidumbres y eventuales daños que se pudieren causar.

Para evitar que se atente contra el medioambiente, el patrimonio natural y la biodiversidad, en la Ley de Minería se establecen una serie de filtros y prohibiciones como los contemplados en los artículos: 9, literal *c*, 15, 16, 25, 26, literales *a*, *b*, *f* y *j*; 28, 29 a 44, 60, 78 a 86, 100 a 105, entre otros, en donde se establece que en forma previa a que se inicie una actividad minera se debe obtener la respectiva concesión minera, debiendo cumplirse para ello con actos administrativos previos, entre otros, el referente al medioambiente, y que en cada fase de las actividades mineras se deben obtener nuevos permisos con los respectivos sustentos técnicos y ambientalmente suficientes.

Que la explotación de los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Minería deben ceñirse a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la protección y conservación del medioambiente y de la participación y responsabilidad social, en donde deben observarse y respetarse el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas, que conformidad con aquello y a lo alegado por los demandantes respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 15 de la Ley de Minería, no existiría inconstitucionalidad de esta norma.

Respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 59 de la Ley de Minería manifiesta: la Constitución faculta el aprovechamiento de los recursos no renovables, y que para ello es necesario obtener la respectiva concesión, para lo cual deben cumplirse una serie de actos administrativos previos.



cuatrosientos noventa y uno - 491-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Conforme lo determina el artículo 88 de la Ley de Minería debe mantenerse adecuada y suficientemente informadas a las nacionalidades, pueblos y comunidades, y que en caso de que se inobservare lo pertinente, tienen acción popular para que se adopten las medidas necesarias. Que esta disposición precautela de mejor manera los derechos de los que tienen derechos en la parte superficial del inmueble, en cuyo subsuelo se encuentran los recursos no renovables, dando de esta forma cumplimiento a lo que dispone el artículo 57, numeral 6 de la Constitución; que para que se ejecuten las concesiones, la norma recomienda un acuerdo previo con el dueño del predio superficial.

Respecto a los artículos 100 y 103 de la Ley de Minería, al establecerse que las servidumbres deben celebrarse por escritura pública, se otorgaría solemnidad y transparencia a las mismas, y aquello ayuda a contribuir para evitar un uso inadecuado de las mismas.

El artículo 29 de la Ley de Minería tiende a establecer procesos de conocimiento general para transparentar la actividad minera y la participación, en igualdad de condiciones, de todos quienes deseen realizar actividades mineras.

En el artículo 87 de la ley en análisis se menciona que la Ley de Minería sí regía el derecho a la consulta, encontrándose en el capítulo III, Título IV de la mentada disposición legal.

El artículo 88 de la Ley de Minería manifiesta que en las diversas fases de la Ley Minera se debe obligatoriamente mantener informada a la comunidad para que aquella, conjuntamente con el Estado puedan adoptar las acciones pertinentes, disposición que garantiza que estas acciones cuenten con la suficiente información de sustento. Que el artículo 90 de la Ley de Minería que hace mención, no viola el derecho a la consulta.

El artículo 1 de la Ley de Minería hace referencia al marco de la ley, que por las particularidades propias el mismo no se puede agitar in extenso todos los aspectos regulados, y que no resulta procedente en un ley reproducir todos los mandatos, principios y regulaciones contempladas en la Constitución; lo contrario implicaría que toda ley tenga que, en un primer momento, reproducir la misma, lo cual conforme a su criterio sería contrario a toda técnica jurídica.

d
El artículo 22 de la Ley de Minería establece los principios bajo los cuales debe constituirse la Empresa Nacional Minera, mismos que se hallan contemplados en el artículo 316 de la Constitución.

El establecer que el título minero es un título personal, y que, por lo tanto puede ser objeto de los diferentes actos que señala la norma, no es inconstitucional y está expresamente permitido en el ordenamiento jurídico; precautela que dichos actos se efectúen con transparencia.

Corresponde a la autoridad estatal, conforme lo determina la Constitución y la ley, autorizar las concesiones mineras. El titular de las concesiones mineras puede efectuar todo acto que le permita el ordenamiento jurídico, así como ser beneficiario de sus resultados, de conformidad con el mismo. En las concesiones de no metálicos, por su naturaleza particular, la técnica recomienda que estén sujetos a un procedimiento especial, sin que ello implique que a la persona a quien se va a otorgar concesión, no cumpla con el ordenamiento jurídico y la normativa que garantice su idoneidad.

En referencia a la demanda planteada por Carlos Pérez Guartambel, en lo principal manifiesta que el artículo 26 de la Ley Minera violentaría los artículos 12, 14, 32, 71, 318 y 411 de la Constitución. Al respecto, la Presidencia de la República manifiesta:

Que el artículo precitado de la Ley de Minería determina que en forma previa a efectuarse cualquier actividad minera, deben obtenerse los actos administrativos previos contemplados en esta disposición, entre otros, destaca el informe del Ministerio del Ambiente, y según el literal *f* se requiere contar con la autorización expresa de la autoridad única del agua en lo relacionado a su uso, y dicho uso debe hallarse conforme a la Constitución. Para obtener una concesión minera deben cumplirse varias disposiciones, entre ellas las de carácter ambiental.

Según establece el artículo 78 de la Ley de Minería, en toda fase de la actividad minera, incluyendo la etapa de cierre, deben realizarse los correspondientes estudios de impacto ambiental para “prevenir, mitigar, controlar y reparar” los eventuales impactos ambientales y sociales que se pudieren ocasionar, así como no se podrán realizar actividades mineras sin la respectiva licencia ambiental, y se deberán realizar auditorías ambientales cada año y producir garantías suficientes para cuando sus actividades ocasionaren daños ambientales.

El tratamiento de aguas, de acuerdo con las normas ambientales, debe procurar la menor afectación posible de este recurso, y aquello se encuentra contemplado en el artículo 79 de la Ley de minería; que el artículo 80 de la



Cuarenta y dos - 492

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

mentada Ley trata de aspectos relacionados con la re-vegetación y reforestación; el artículo 81 de la acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos; el artículo 82 en lo atinente a la conservación de flora y fauna; el artículo 83 sobre manejo de desechos; el artículo 84 sobre protección de ecosistemas y el artículo 85 sobre el cierre de operaciones mineras, de lo cual colige que el accionante no ha realizado una lectura y comprensión integral del texto de la Ley de Minería.

De igual manera, el demandante afirma que los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería atentarían contra los artículos 313 y 315 de la Constitución, tópicos similarmente demandados por el accionante Marlon Santi Gualinga. Igual suerte corren los artículos 15, 28, 43 y 67. Respecto a los artículos 79 y 96 de la Ley de Minería, la Presidencia de la República menciona que el tratamiento de aguas, como ya había señalado en líneas precedentes, debe procurar la menor afectación posible de éstas; y en cuanto al artículo 96 de ley en análisis manifiesta que la ley es muy clara al manifestar que las aguas subterráneas pueden ser utilizadas única y exclusivamente cuando "quien las alumbró haya dejado de servirse de ellas, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos y el control ambiental respectivo. Frente a la demanda solicitada por los actores, manifiesta que ha quedado claramente argumentado que la ley de Minería no es inconstitucional por la forma, y que ninguna de las disposiciones de esta Ley son inconstitucionales por el fondo, que los argumentos planteados por los legitimados activos son infundados, y estos han realizado una lectura y argumentación no integral e insuficiente en relación al texto constitucional y al texto de la Ley de Minería.

II. COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, en ejercicio de las atribuciones establecidas en la Constitución de la República y la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 de 22 de octubre del 2009.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.

Problemas Jurídicos a resolver

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso, a partir de la identificación y solución de los siguientes problemas jurídicos:

Problemas Jurídicos

1. ¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa, y si se trata de un requisito de carácter formal?
3. ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?
4. ¿Es la Consulta Prelegislativa un derecho colectivo?; ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?
5. ¿Se produjo aplicación directa de las consultas previstas en los artículos 57 y 398 de la Constitución en el proceso de aprobación de la Ley de Minería?
6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la Consulta Prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?
7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos sobre territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos?
8. ¿Cómo debe entenderse el principio de conservación del derecho en el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de la Ley de Minería?
9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental, establecidos en la Ley de Minería?
10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que



cuatrocientos noventa y tres - 493-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?

11. La delegación de actividades mineras a la iniciativa privada contemplada en la Ley de Minería, ¿contraviene el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución?
12. Las disposiciones normativas previstas en la Ley de Minería ¿atentan contra los derechos constitucionales a la naturaleza y medio ambiente sano?

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. ¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores¹, los artículos: 11, numerales 3 y 5; 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio.

Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.

La Constitución del 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

La actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos

¹ Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición y publicada en Registro Oficial de 22 de octubre de 2008.

d

CC

públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución².

En ejercicio de dicho principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, podemos hacer alusión a distintos procesos en el ámbito ecuatoriano, entre ellos, la conformación de la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional para el período de transición, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, entre otros, todas ellas instituciones que encontraban como factor común la ausencia de un acto normativo infraconstitucional que permita el ejercicio de las atribuciones previstas en la Carta Fundamental, sin embargo, al amparo de los principios analizados, aplicaron directamente la norma suprema puesta en vigencia el 20 de octubre del 2008, lo que les ha permitido ejercer sus nuevas competencias constitucionales.

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa?, y ¿se trata de un requisito de carácter formal?

El primer problema jurídico sustancial que plantea la demanda es si la determinación de la **consulta pre-legislativa** prevista en la Carta Fundamental, constituye o no un requisito procedimental de carácter formal, como en efecto lo arguyen los accionantes o, por el contrario, se trata de un derecho de carácter sustancial.

² De Otto, I. *Derecho Constitucional sistema de fuentes* p. 76. Editorial Ariel, Barcelona 1997.



Centros Norte y Sur - 494-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo.

Para fundamentar esta aseveración, a continuación la Corte considera necesario desarrollar y conceptualizar determinados términos y frases incorporadas por el Constituyente en el Capítulo IV de la Carta Fundamental.

3. ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?

Una definición básica de derechos colectivos entiende que estos derechos son atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial, y no solo formal.

En el Ecuador, la Constitución Política de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio que abarcaba por lo menos tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad entre hombres y mujeres, igualdad de derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legitima, de manera exclusiva y preferente, como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador (artículos 57, 58 y 59 C.E).

Sobre la cuestión de la titularidad de estos derechos tenemos que a diferencia de los clásicos derechos individuales y colectivos, éstos recaen sobre un grupo humano considerado no como agregado de intereses individuales, sino como verdadero sujeto moral autónomo.

Esta clase de derechos colectivos se diferencian de otros derechos, como, por ejemplo, de los llamados derechos de grupo que las Constituciones modernas reconocen a los grupos de intereses, a los cuales les atribuye la posibilidad de ejercer acciones populares, acciones de grupo, o acciones afirmativas, sin llegar a reconocerles la calidad de sujetos colectivos de derechos.

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

Respecto de la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de estos derechos a través de la jurisdicción, mejor conocida como justiciabilidad de los derechos colectivos, tenemos que esta es la característica que diferencia a los derechos del resto de facultades y prerrogativas éticas y sociales que conforman los sistemas de control y regulación social. En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto de que a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, sólo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.

En resumen, los derechos colectivos reconocidos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas participan de los siguientes elementos que los diferencian de los clásicos derechos individuales en cualquiera de sus manifestaciones:

- a) Su titular es un sujeto colectivo autónomo, no una sumatoria de intereses y voluntades individuales;
- b) Su contenido es concebido como una garantía de realización de la igualdad material de los grupos étnicos y culturales respecto de los demás miembros de la sociedad;
- c) La condición que determina la existencia del derecho colectivo no depende de la acción u omisión de sus titulares, sino que depende de la existencia de un poder jurídico de actuación autónoma de estos en caso de incumplimiento.



Centros de datos y caso - 495

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Por otro lado, el reconocimiento de garantías, y particularmente “garantías jurisdiccionales” que hace el texto constitucional de derechos colectivos a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, materializa el pluralismo jurídico y el reconocimiento del Estado ecuatoriano plurinacional.

Esto, además, nos conduce a establecer que las denominaciones de *comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades* son las formas culturales de organización a las que la Constitución reconoce la titularidad de derechos colectivos. Actualmente en el Ecuador existen 15 nacionalidades indígenas y 16 pueblos distribuidos en las tres regiones del país³. En consecuencia, esta Corte señala que la Constitución ha delimitado con claridad quienes son los únicos legitimados activos para hacer efectivos los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades.

En este punto, es importante analizar el argumento de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, que sostiene: (...) *“en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y que, la Ley de Propiedad Intelectual, única que se refiere a ello, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas”*.

Para esta Corte es preciso dejar en claro que la Constitución ecuatoriana está dotada de fuertes instrumentos que garantizan la plena vigencia de los derechos reconocidos. Entre estos, los más relevantes para el presente caso son la directa e inmediata aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando éstos son más favorables a la vigencia de los derechos, aún a falta de ley (artículos 11, numeral 3 y 426 C.E.); y la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (artículo 424 C.E.). En tal sentido, a la luz de esta reflexión, el argumento expuesto por el representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional no es correspondiente a la nueva realidad constitucional.

4. ¿Es la consulta prelegislativa un derecho colectivo? ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17

³ Información pormenorizada respecto al tema, se puede consultar en www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230

del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en relación a la consulta previa, dispone:

[...] Los gobiernos deberán: 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; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; adicionalmente [...] 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.

A partir de lo expuesto, es evidente que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, constituye el marco genérico de regulación de las consultas previas a realizarse con anterioridad a la adopción de medidas legislativas o administrativas. En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación



casos autos y nis - 496 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...

Artículo 57. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Ahora bien, una vez definida la existencia de dos tipos de consulta en tanto derechos colectivos, esta Corte no puede dejar de clarificar, de manera breve, uno de los argumentos esgrimidos dentro del proceso por parte de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, y que resultará sustancial dentro del presente test de constitucionalidad:

(...) "si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la una sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas⁴".

Dicho argumento confunde distintos niveles de participación que existen en cuanto a la adopción de medidas legislativas o administrativas. Específicamente, confunde tres tipos de consulta: la consulta popular

⁴ Fs. 87 del proceso.

establecida en el artículo 104 de la Constitución como mecanismo de ejercicio de derechos de *toda la ciudadanía*; la consulta reconocida en el artículo 398⁵ – *consulta en materia ambiental dirigida a la comunidad en general sin especificación o diferenciación alguna*– y las consultas previas, propias de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades,⁶ que por el fondo y por la forma son totalmente diferentes a las consultas señaladas. En efecto, a partir de una lectura textual de los preceptos constitucionales en mención, es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que deben dirigirse, y como se dijo en líneas anteriores, en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la *ciudadanía en general*.

IV. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD

Control Formal

Como primera cuestión, esta Corte procede a efectuar el respectivo control formal de constitucionalidad de la Ley de Minería.

Los accionantes se encuentran legitimados para interponer la presente acción de inconstitucionalidad en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 la Constitución vigente, que expone: “*Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano*”. Cabe resaltar que el sistema constitucional vigente es más abierto en materia de justicia constitucional en relación a la Constitución anterior, dado que existe una ampliación de la legitimación activa.

Por otro lado, una vez efectuado un detenido análisis del procedimiento legislativo llevado por la Comisión de Legislación y Fiscalización para el

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 398: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente.”

⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 57 numerales 7 y 17: (...) “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada se procederá conforma a la Constitución y la ley. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.



constitución asat y p. Te - 497 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

conocimiento, debate y aprobación que dio lugar a la promulgación de la Ley de Minería, esta Corte determina que el mismo guarda conformidad con la Constitución de la República, concretamente con los artículos 132, 134, 136 y 137.

Control de Fondo

Una vez determinada previamente la existencia de tres tipos de consultas en el texto constitucional, es procedente que esta Corte, en virtud de los principios de aplicación directa de la Constitución, determine cuál de las consultas previstas en dicho cuerpo jurídico fue atendida en el trámite aprobatorio de la Ley de Minería; sólo de esa manera podremos establecer la existencia o no de la consulta prelegislativa garantizada en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que resulta ser medular dentro de las alegaciones esgrimidas por los accionantes.

5. ¿Se produjo aplicación directa de las consultas previstas en los artículos 57 y 398 de la Constitución en el proceso de aprobación de la Ley de Minería?

La consulta previa pre-legislativa y la valoración constitucional de la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

Corresponde a esta Corte efectuar la valoración constitucional de la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades y su aporte de observaciones al proyecto de Ley de Minería.

Previo a iniciar el análisis en cuestión, cabe identificar el contexto histórico en el que se desarrolló el procedimiento de consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, y la recepción de las observaciones planteadas por éstas en el proceso de elaboración de la Ley de Minería.

En este orden de cosas, es preciso recordar que el efecto directo de la entrada en vigencia de la actual Constitución fue la transformación del orden jurídico ecuatoriano, que produjo un cambio sustancial de circunstancias⁷. Como

⁷ David Fernández Puyana, "Régimen Jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas", en *Cuaderno Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 43/44, Actas del III Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental, Volumen Segundo, Carlos Flores Juberías (coord.)*, Valencia, primavera7verano, 2003

consecuencia de este cambio sustancial, el Ecuador atraviesa por un proceso de transición que involucra, entre otras cosas, una necesaria adecuación de la estructura institucional del país a los lineamientos contemplados en la Constitución vigente. En este contexto, la adopción de decisiones, y en especial la promulgación de una serie de leyes por parte de la entonces Comisión de Legislación y Fiscalización, así como de la actual Asamblea Nacional, ha tenido que someterse a los plazos previstos en las Disposiciones Transitorias contempladas en la Carta Fundamental.

Bajo esas circunstancias, como consecuencia de aquellos plazos, la Comisión de Legislación y Fiscalización debió apresurar los procesos de formación de leyes y debates para cumplir con tales objetivos y obligaciones constitucionales. Refiriéndonos al caso concreto, se evidencia la *ausencia* de regulación legal infra constitucional previa para la realización de la consulta prelegislativa prevista y garantizada en los artículos 6 del Convenio 169 de la OIT, y 57, numeral 17 de la Constitución de la República.

Por las razones antes examinadas y en virtud del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, a la Corte le corresponde hacer un juicio de constitucionalidad respecto a las acciones u omisiones de los distintos actores en el proceso de información y participación de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, previa la promulgación de la norma en cuestión. Con este propósito, esta Corte solicitó a la Asamblea Nacional, concretamente a la Comisión de Desarrollo Económico y Producción, la remisión de la información pertinente relacionada al proceso de discusión del Proyecto de Ley Minera.

A continuación se transcribirán, en orden cronológico, los fragmentos pertinentes de los oficios que han sido identificados por esta Corte Constitucional:

- A) **Con fecha 22 de octubre del 2008** (2 días después de la promulgación de la nueva Constitución), a través del Oficio Circular N.º 0022-DPG-DM- 218-SM-2008-0816799, el Ingeniero Derlis Palacios G, en su calidad de Ministro de Minas y Petróleos, señala: *“Me permito remitir a usted el proyecto de la nueva Ley de Minería, el mismo que ha sido desarrollado en el marco de un proceso participativo y de diálogo que se ha efectuado a partir del mes de abril del presente año... Sin lugar a dudas este es un documento perfectible y a partir de ese criterio, como*
-



cuatrocientos noventa y ocho - 498 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

un requerimiento interno y permanente de nuestro gobierno y como una obligación propia frente a nuestros mandantes, el Gobierno de la Revolución Ciudadana pone a su consideración el presente proyecto. Recibiremos sus observaciones y comentarios al correo electrónico: nuevalev@minasypetroleos.gov.ec o en la Subsecretaría de Minas, en la dirección Juan León Mera y Orellana esquina. Edif. MOP 4 to piso. (El subrayado es nuestro).

Dicho escrito está dirigido a una serie de funcionarios gubernamentales y ciudadanía en general, entre ellas, Marlon Santi, en su calidad de Presidente de la CONAIE, documento que cuenta con una fe de recepción de fecha 28 de de octubre del 2008.

A partir de lo expuesto, esta Corte constata que la entidad de la cuál provino la *invitación* al Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, fue el Ministerio de Minas y Petróleos. Dicha actuación, si bien no guardó conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que dispone que el órgano que debe realizar dicha consulta previa es aquél que cuente con potestad o atribuciones para la adopción de medidas legislativas, es decir, la Asamblea Nacional, sí guardó conformidad con el texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el mismo que dispone "*los gobiernos deberán: 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*".

Por otro lado, dicho proceso, llevado a cabo por el Ministerio de Minas y Petróleos, guardó plena conformidad con otro de los procesos previstos en la Constitución, aquél previsto en el artículo 398 de la Constitución, y que no forma parte de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a los que se refiere el artículo 57 de la Carta Fundamental. Dicho precepto establece, de manera clara, que en caso de eventuales perjuicios al medio ambiente, el sujeto consultante será el Estado.

Es así que si bien el proceso de consulta impulsado por el entonces Ministro de Minas y Petróleos guarda mayor conformidad con la disposición prevista en el artículo 398 de la Constitución, no cabe duda de que en cierta forma, el hecho de solicitar la participación de un sector de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, denota también una aplicación directa del artículo 57, numeral 17 de la Constitución.

B) Con fecha **2 de diciembre del 2008**, un extenso grupo de organizaciones sociales, entre ellos el señor Marlon Santi, en su calidad de Presidente de la CONAIE; Humberto Cholango, en su calidad de Presidente de la Ecuarunari; Domingo Ankuask, en su calidad de Presidente de la COFENAIE; Salvador Quishpe, en su calidad de Coordinador de la Asamblea de los Pueblos; Abel Arpa, en su calidad de Coordinadora del Jubones; Rodrigo Aucay, en su calidad de Presidente del Bangui; Carlos Lituma; en su calidad de Presidente de Defensa de la Vida Gualaquiza; Manuel Molina, en su calidad de Presidente de las Juventudes de Gualaquiza; Luis Segura, en representación del Municipio del Bangui; Isabel Curipoma, en representación del Frente Femenino del Bangui; Pedro Gonzáles, en su calidad de Presidente Saraguros; Grace Calle, en representación del Movimiento Mujeres Luna Creciente del Sur; Agustín Tene, en representación de la Asociación Saraguros de Loja; Mecías Córdova, en representación de FECAB-BOLÍVAR; Gloria Chicaiza, en representación de Acción Ecológica; Mónica Barsallo, en representación del Frente de Defensa Yantzaza; Francisco Yascaibay, en representación del Frente de Defensa del Cañar; Julio Gualán, en representación de CORPUKIS LOJA, mediante comunicación dirigida a la Dra. Irina Cabezas, Presidenta de la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo, señalan en lo pertinente: *(el subrayado es nuestro)*

“Conocedores del tratamiento que la Comisión Legislativa y de Fiscalización al Proyecto de Ley Orgánica de Minería, enviada por el Ejecutivo el pasado 14 de noviembre del presente año y amparados en el Art. 137, segundo inciso de la Constitución vigente, hacemos llegar a usted y por su digno intermedio a los señores y señoras Asambleístas miembros de la Mesa que usted muy acertadamente preside, los argumentos de inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica de Minería, razón por la cual pedimos el ARCHIVO correspondiente del proyecto indicado. Sin embargo, por tratarse de un tema muy complejo y necesario para el ordenamiento y el uso de los recursos naturales, entre ellos los metales y materiales de construcción, planteamos generar un verdadero espacio de diálogo entre todos los sectores sociales, académicos, indígenas, campesinos, medios de comunicación, profesionales del país, a fin de juntos evaluar y valorar la conveniencia o no de llevar a nuestro país a una etapa de minería a gran escala y luego dictar una ley para regular lo más conveniente para el país.



Centésimo novata y novena - 499-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Nota: La comunicación señalada se encuentra firmada por los representantes antes mencionados.

En este punto, cabe advertir que fueron los propios representantes de una serie de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes decidieron participar y exponer sus argumentos para demostrar ante la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo, presuntas inconstitucionalidades inmersas en el proyecto de Ley Minera. Por consiguiente, es claro que dicho proceder resulta ser una clara muestra de un proceso de información y participación de varios representantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aspecto que determina nuevamente una aplicación directa del precepto constitucional que regula y garantiza la consulta previa prelegislativa en tanto derecho colectivo.

- C) Con fecha **5 de diciembre del 2008**, vía oficio N.º 172 FSHZCH- P, dirigido a la Doctora Irina Cabezas, Presidenta de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Asamblea Nacional, el señor Rubén Naichap Yankur, Presidente de la Federación Shuar, en lo pertinente señala:

“Con fecha 1 de diciembre en la ciudad Quito, nuestra Organización provincial presentó al economista Rafael Correa, Presidente Constitucional del Ecuador una propuesta de reforma a la nueva Ley Orgánica de Minería, en los artículos 64 y 89, tomando en cuenta los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Con lo expuesto nos permitimos de la manera más comedida y respetuosa solicitar:

- 1. Que nuestra propuesta sea incorporada en los artículos mencionados como muestra de justo reconocimiento a nuestro pueblo que posee gran riqueza de recursos naturales dentro de sus tierras ancestrales, cuya copia con su respectiva fe de presentación le adjuntamos.*

Nota: En el documento consta la firma del señor Rubén Naichap Yankur, Presidente de la Federación Shuar.

El oficio citado demuestra nuevamente la *participación*, en este caso de la Federación Shuar, en el proceso de aprobación de la Ley de Minería.

D) Con fecha **18 de diciembre del 2008**, vía oficio N.º 050-LGG-AN, los señores Asambleístas de Pachacutik, Jorge Sarango, Gilberto Guamangate y Carlos Pilamunga, remiten al señor Arquitecto Fernando Cordero, las observaciones realizadas por el Movimiento Pachacutik "*MANIFESTACIÓN POLÍTICA PARTIDISTA DE GRAN PARTE DEL SECTOR INDÍGENA DEL PAÍS*" al proyecto de Ley Orgánica de Minería, a fin de que se disponga su tratamiento. Se trata de un documento de 10 hojas, en el que se exponen una serie de eventuales inconstitucionalidades del proyecto de Ley Minera.

Nota: En el documento constan las firmas de los asambleístas citados.

A partir de los argumentos y documentos analizados, esta Corte, para realizar su pronunciamiento, insiste en que el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Minería estuvo enmarcado en una situación excepcional que hace parte del cambio sustancial de circunstancias derivadas de la transición constitucional, lo que en el marco del Derecho Internacional se conoce como principio *rebus sic stantibus: cambio sustancial de circunstancias*⁸; situación excepcional que debe ser tomada en consideración en el presente juicio de constitucionalidad.

Conscientes del contexto histórico, las circunstancias en las que se desarrolló el proceso de aprobación de la Ley de Minería, y ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, esta Corte determina que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte.

Ahora bien, debe quedar claro que aun cuando esta Corte haya determinado, bajo estas excepcionales circunstancias específicas, propias de una transición constitucional profunda, la conformidad constitucional del procedimiento de

⁸ David Fernández Puyana, "Régimen Jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas", en *Cuaderno Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 43/44, Actas del III Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental, Volumen Segundo, Carlos Flores Juberías (coord.)*, Valencia, primavera7verano, 2003



Quinta - 500 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

información y participación atinente a la Ley de Minería, es también deber del máximo órgano de la Justicia Constitucional ecuatoriana, en tanto garante de la vigencia de la Constitución y de los contenidos axiológicos previstos en ella, precautelar y prevenir la eficacia de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y precisamente por ello, hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos mínimos que deberán cumplirse para los casos que requieran consulta prelegislativa.

6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?

Esta Corte determina que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que deberá llevar a cabo la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales.

1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.

3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

Establecidos los requisitos para el cumplimiento de la consulta previa prelegislativa, esta Corte establece el procedimiento mínimo que se deberá observar para garantizar la constitucionalidad del proceso consultivo respecto de los actores y las fases del proceso. Se insiste, estas reglas deberán aplicarse para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades

del Ecuador, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

I. De los actores

A quién se consulta

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa, en tanto derecho colectivo, está dirigida única y exclusivamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos, de manera práctica y real, por efectos de la aplicación de una ley.

La consulta prelegislativa respetará los procesos de deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, de conformidad con su cultura, costumbres y prácticas vigentes. Admitirá que los resultados de la consulta se expresen en los idiomas propios de cada entidad consultada.

La Asamblea Nacional identificará, previamente, a las entidades a ser consultadas, para lo cual requerirá el apoyo técnico del CODENPE o la entidad que haga sus veces, sin perjuicio de que pueda requerir el apoyo técnico de otras instituciones públicas, según el caso.

El resultado de la consulta estará suscrito por los representantes legítimos de las entidades consultadas, sin desmedro de que se adjunten listados de participantes en el proceso de deliberación interna, de conformidad con sus costumbres, tradiciones y procedimientos propios.

Quién realiza la consulta

La Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta, para lo cual podrá disponer la colaboración de distintas instancias estatales como el Consejo Nacional Electoral, el CODENPE o la entidad que haga sus veces, y otras instancias gubernamentales que considere pertinentes para un cabal cumplimiento de la consulta.

II. De las Fases de la consulta prelegislativa

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa se desarrollará en cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro,



quinto un- 501-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

información y ejecución; y fase de análisis de resultados y cierre del proceso. En todas estas fases se observará el principio de interculturalidad, y en tal virtud, la consulta se realizará en castellano, pudiendo receptarse pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados.

1. Fase de preparación de la consulta prelegislativa

En esta fase la Asamblea Nacional establecerá:

- a. Mediante acto administrativo, la agenda de consulta con identificación de los temas sustantivos a ser consultados, el procedimiento de consulta, los tiempos de la consulta y el procedimiento de dialogo y toma de decisiones.
- b. Definirá, conjuntamente con el Consejo Nacional Electoral, los documentos necesarios para la consulta que contendrá una papeleta de resultados y un sobre de seguridad.

2. Fase de convocatoria a la consulta prelegislativa

En esta fase la Asamblea Nacional establecerá:

- a. Mediante convocatoria pública, abrirá oficialmente la consulta prelegislativa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, que hubieren sido previamente identificados por el organismo público técnico especializado como posibles afectados en sus derechos colectivos.
- b. Abrirá una oficina central de información y recepción de los documentos de la consulta, en la ciudad de Quito y en las provincias que correspondan, para lo cual el Consejo Nacional Electoral brindará apoyo logístico y operativo.
- c. En cinco días laborables, contados desde la fecha de la convocatoria pública a la consulta prelegislativa, el Consejo Nacional Electoral receptorá la inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias que participarán en el acto ciudadano.

3. Fase de información y realización de la consulta prelegislativa

En esta fase la Asamblea Nacional garantizará:

- a. La entrega oficial de la norma consultada que se realizará en el acto de inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades participantes en la consulta prelegislativa.
- b. La entrega de los documentos para la realización de la consulta.
- c. La entrega de las normas que rigen la consulta prelegislativa, con información sobre los tiempos de realización del proceso.
- d. Las oficinas de información y recepción ofrecerán información acerca de la norma consultada, las reglas de la consulta y toda información que facilite y estimule la deliberación interna de las entidades consultadas.
- e. En veinte días laborables, a partir de la fecha de cierre de las inscripciones, las oficinas de consulta recibirán los documentos de la consulta debidamente sellados. En estos, a más de la papeleta oficial de resultados, se podrá adjuntar el listado de participantes en los procesos de deliberación interna de las entidades consultadas, así como las respectivas actas de reuniones o asambleas comunitarias. La discusión interna en los distintos niveles de organización de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que participen, se realizará en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones, sin que ninguna instancia ajena a éstas intervenga en el proceso interno. No obstante, las entidades participantes de la consulta podrán recabar opiniones técnicas y especializadas, si así lo requieren.

4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa

En esta fase la Asamblea Nacional garantizará:

- a. La instalación de una mesa de diálogo conformada, por un lado, por delegados de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades consultadas, previamente inscritos; y por otro lado, por una comisión legislativa ad-hoc conformada por el CAL. Esta mesa de diálogo tendrá una duración de veinte días laborables, contados a partir de la finalización de la tercera fase de consulta. No obstante, la Asamblea Nacional podrá extender este plazo a su consideración, si las circunstancias así lo exigen.
- b. La discusión pública de los resultados de la consulta y de las posiciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades respecto de las afectaciones objetivas de la ley a sus derechos colectivos.
- c. La suscripción de consensos, para lo cual será fundamental la buena fe de las partes, y de no llegarse a éstos, sobre uno o varios puntos, la



quinto dos - 502

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada.

- d. Una vez cerrada la identificación de los consensos y las discrepancias, el Presidente de la Asamblea Nacional hará la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la consulta.

Esta Corte, continuando con el análisis de los argumentos esgrimidos por los accionantes, procederá a analizar aquellos que guardan relación directa con los principios de interculturalidad y plurinacionalidad garantizados por la Constitución, a saber, los relacionados con las tierras y territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. En esa línea, los puntos centrales sobre los que se pronunciará esta Corte serán:

- a) La declaratoria de utilidad pública (artículo 15 de la Ley de Minería).
- b) El establecimiento de servidumbres de tránsito (artículos 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería).
- c) Libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias (artículos 28 y 31 inciso segundo y 59 de la Ley de Minería respectivamente).
- d) Consulta ambiental (artículos 87, 88 y 90 de la Ley de Minería).

7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos de territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos?

Tradicionalmente, se ha concebido al Estado y reconocido a los derechos exclusivamente desde una perspectiva liberal tradicional, donde los derechos tutelables solían ser los denominados derechos de libertad, particularmente, aquellos de dimensiones de exigencia individual y de fuente ex contractu. De esa forma, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios entre otros, se vieron desplazados históricamente del goce de sus derechos, entre otras razones, a causa de su categorización como grupos minoritarios, y de la homogeneidad identitaria que giraba alrededor de los conceptos de Estado – Nación unitario.

Empero, con el advenimiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de la Corte Constitucional, como principal órgano de garantía y control de la supremacía de la Constitución, establecer una

interpretación intercultural del marco constitucional a la luz de los aportes que nos brindan las nociones de las cuales son portadoras los pueblos y nacionalidades indígenas, para de ese modo hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos en sociedades pluriculturales.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Corte analizar si los contenidos previstos en la Ley de Minería respetan esa diferencia y la cosmovisión propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto a su territorio.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional colombiana, por ejemplo: “El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos (...). Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho. Inicialmente, en un Estado Liberal concebido como unitario y monocultural, la función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos (...). En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo”⁹.

En sentido similar, el artículo 1 de la Constitución vigente, al declarar el carácter del Estado como intercultural y plurinacional, establece el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. De ahí que este principio es desarrollado en los artículos 3, numeral 3; 10, 57, 60, 171, 242, entre otros. Es más, el artículo 57, numeral 9, al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, reconoce a los territorios indígenas así como las tierras

⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.



Quinto Fe-503-

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven los pueblos y nacionalidades indígenas.

En esa línea, es necesario resaltar, en el marco de esta normatividad, que para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos atinentes a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (artículo 11, numeral 2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10).

Por consiguiente, en opinión de esta Corte, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia.

En ese sentido, es importante destacar que para los pueblos indígenas el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos, en donde exclusivamente se tornan justiciables en la medida en que garanticen otro derecho, como por ejemplo, la propiedad privada. Veamos qué disponen algunas de las normas previstas en la Ley de Minería y que son parte de la controversia constitucional en el presente caso:

(...)Art. 15.- Utilidad Pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el Artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador.

Una lectura literal del texto, contrastado con la Constitución, alude a la prohibición de establecer servidumbres de tránsito en áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. No se refiere a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que están claramente previstos en el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución, según el cuál, se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros derechos colectivos, “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles”.

Por estas razones, no cabe hablar de una declaratoria general de utilidad pública que tenga como consecuencia la determinación del justo precio en los territorios indígenas. Consentir una interpretación distinta tornaría a la misma en inconstitucional, porque eventualmente acarrearía el desplazamiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades de sus tierras ancestrales, aspecto que devendría en la vulneración al artículo 1 de la Constitución de la República.

Lo mismo ocurre con las servidumbres que tratan los artículos 100 a); 101; 102; 103; 104 y 105 de la Ley de Minería, cuyas disposiciones sólo son aplicables a los territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.¹⁰ Estos dos últimos artículos, a pesar de que no forman parte de las alegaciones de inconstitucionalidad esgrimidas por los accionantes, han sido considerados por esta Corte Constitucional en vista de la conexidad que revisten con las servidumbres que tratan los artículos 101, 102 y 103 de la Ley de Minería.

En cuanto a los artículos 28, 31 y 59 de la Ley de Minería, atinentes a la libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias provenientes de un título de concesión minera, esta Corte, siguiendo la misma línea argumental expuesta

¹⁰ **Art. 100.- Clases de servidumbres.-** Desde el momento en que se constituye una concesión minera o se autoriza la instalación de planes de beneficio, fundición y refinación, los predios superficiales están sujetos a las siguientes servidumbres: a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera. El concesionario minero, deberá de manera obligatoria cancelar al propietario del predio, un valor monetario por concepto de uso y goce de la servidumbre, así como el correspondiente pago por daños y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y Control determinará ese valor.

Art. 101.- Servidumbres voluntarias y convenios.- Los titulares de derechos mineros pueden convenir con los propietarios del suelo, las servidumbres sobre las extensiones de terreno que necesiten para el adecuado ejercicio de sus derechos mineros, sea en las etapas de exploración o explotación, así como también para sus instalaciones y construcciones, con destino exclusivo a las actividades mineras.

Art. 102.- Servidumbres sobre concesiones colindantes.- Para dar o facilitar ventilación, desagüe o acceso a otras concesiones mineras o plantas de beneficio, fundición o refinación, podrán constituirse servidumbres sobre otras concesiones colindantes o en áreas libres

Art. 103.- Constitución y extinción de servidumbres.- La constitución de la servidumbre sobre predios, áreas libres o concesiones, es esencialmente transitoria, la cuál se otorgará mediante escritura pública y en caso de ser ordenada por resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero, se protocolizará. Estos instrumentos se inscribirán en el Registro Minero.

Art. 104.- Indemnización por perjuicios.- Las servidumbres se constituyen previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se causare al dueño del inmueble o al titular de la concesión sirviente y no podrá ejercitarse mientras no se consigne previamente el valor de la misma.

Art. 105.- Gastos de constitución de la servidumbre.- Los gastos que demande la constitución de estas servidumbres serán de cuenta exclusiva del concesionario beneficiado o del titular de la planta.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

para analizar la constitucionalidad de la declaratoria de utilidad pública y la constitución de servidumbres, considera que sería inconstitucional la aplicación de estas normas a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en razón de su carácter inembargable, inalienable e imprescriptible.¹¹

Ahora bien, respecto al proceso de consulta previsto en el artículo 90 de la Ley de Minería, al igual que los procesos de participación, información y consulta reconocidos en los artículos 87, 88, 89 y 91 del mismo cuerpo normativo, se constata que tampoco encuentran como destinatarios de su ámbito de regulación, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.¹²

La primera impresión que genera la norma en cuestión es la implementación de una excepción a toda actividad minera que se pretenda desarrollar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En efecto, es evidente que la voluntad del legislador fue dotar de un procedimiento especial a las consultas y actividad minera que se desarrolle en los territorios de las

¹¹ **Art. 28.- Libertad de prospección.-** Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Minerales Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley.

Art. 31 inciso segundo.- (...) El título minero sin perder su carácter personal confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.

Art. 59.- Construcciones e instalaciones complementarias.- Los titulares de concesiones mineras pueden construir e instalar dentro de su concesión, plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, depósitos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales, muelles y otros medios de embarque, así como realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones, sujetándose a las disposiciones de esta ley, a la normativa ambiental vigente y a todas las normas legales correspondientes previo acuerdo con el dueño del predio superficial o de haberse otorgado las servidumbres correspondientes, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República, la presente ley y su reglamento general.

¹² **Art. 90 Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.-** Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República. (el subrayado es nuestro)

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; sin embargo, esta intención adolece de un grave problema que podría acarrear una eventual vulneración a derechos colectivos. Primero, la ausencia de un acto normativo que desarrolle dicho procedimiento; y segundo, lo más grave, somete dicho procedimiento de consulta al artículo 398 de la Constitución.

Tal como lo mencionó esta Corte en líneas anteriores, la remisión que hace el artículo 90 de la Ley de Minería a la consulta prevista en el artículo 398 de la Constitución, es errónea, puesto que se trata de una consulta en materia ambiental atinente a la comunidad en general, y bajo ningún sentido se relaciona con los derechos colectivos y las consultas previas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución.

8. ¿Cómo debe entenderse el principio de conservación del derecho en el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de la Ley de Minería?

Ante las circunstancias descritas, es preciso que esta Corte Constitucional se refiera a la importancia del principio de conservación del derecho y a la categoría de sentencias atípicas que pueden existir en el control constitucional.

El control abstracto de constitucionalidad es una actividad relacionada con la revisión, verificación o comprobación de las normas jurídicas que se encuentran dentro de un marco de referencia: la Constitución, y por la cual se realiza el control de actos normativos (artículo 436.2.3 C.E.), así como de actos de aplicación (436.4 C.E.). Es un mecanismo que busca generar coherencia abstracta al interior del ordenamiento jurídico a través de la identificación de normas inconstitucionales por la forma o por el fondo. En este sentido, el control de constitucionalidad representa el mecanismo mediante el cual se garantiza la supremacía del texto constitucional, y en circunstancias extremas de crisis política o social puede favorecer a pacificar los conflictos.

En esa línea, para el ejercicio práctico del control de constitucionalidad, la jurisprudencia internacional ha desarrollado el principio de conservación de la ley como un axioma que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, *en aras de afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado*, evitando, de esta manera, sustituir al constituyente o al legislador. Es decir, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de



Quinto caso - 505 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable. Ese es precisamente el efecto conciliador, pacificador del conflicto social que conlleva el control abstracto de constitucionalidad, proceso a partir del cuál se propende a la armonización de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y no la expulsión indiscriminada de normas que podrían incentivar un conflicto social severo.

Esta Corte Constitucional, en fallos anteriores¹³, y en armonía con jurisprudencia constitucional comparada –como la peruana y colombiana– ha establecido la importancia y necesidad de considerar a la acción de inconstitucionalidad como de “*ultima ratio*”, precisando que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando se establezcan situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad, inconciliable”¹⁴ ¹⁵. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, tiene como máxima el respeto al principio “de la conservación del derecho, según el cuál los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático (Sentencia C- 100/96. Fundamento Jurídico N.º 10).¹⁶

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos, tal como lo señala el constitucionalista argentino, Néstor Pedro Sagüés, ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución de las reglas infraconstitucionales, también llamada de la “interpretación constitucional del derecho subconstitucional”, que propende “rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo¹⁷”.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002 – SAN - CC

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002- SAN- CC

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Expediente 102 / 1996. http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/datos_expre.jsp

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 065 /97, párr. 11. Disponible en Internet en <http://www.daffp.gov.co/leyes/3328.HTM>

¹⁷ Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 72 – 73.

La hermenéutica constitucional, en estos casos, puede hacer uso de mecanismos interesantes de control abstracto de constitucionalidad como son, por ejemplo, las sentencias atípicas modulatorias, que en el derecho constitucional comparado han servido como importantes herramientas para salvar fuertes inconsistencias normativas. Estos mecanismos constitucionales, a más de corregir toda irregularidad que pudiese existir en la promulgación y contenido de leyes o actos, y rescatar su conformidad con la Constitución, pretenden *pacificar y no recrudecer* los conflictos constitucionales que hayan podido generarse a partir de su emisión.

Lo señalado se confirma en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que reconoce en sus artículos 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero, el principio de conservación del derecho, indubio pro legislatore, y la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales, como mecanismo idóneo para garantizar la vigencia de derechos constitucionales y la supremacía constitucional. Es decir, la ley en cuestión, a partir de las disposiciones citadas, confirma la procedencia de la utilización de sentencias atípicas en la justicia constitucional.

8.1. ¿Cuáles son los parámetros que tornan posible la implementación de una sentencia constitucional atípica en el contexto ecuatoriano?

Tal como lo señala el profesor Néstor Pedro Sagüés: *“la legitimación de las sentencias atípicas, manipulativas, aditivas, sustractivas y mixtas no es pacífica, puesto que exhiben un alto grado de activismo judicial”. No obstante, es claro que dicha legitimidad dependerá del modelo constitucional y de la visión de la ciencia jurídica inmersa en él. Así por ejemplo, retomando las palabras del autor citado, “una visión más protagónica del activismo judicial, muchas veces apurado por reclamos sociales impostergables, acepta también que la judicatura constitucional haga todo lo posible para motorizar a la Constitución, especialmente en lo que hace a derechos humanos, tornándola operativa al máximo, aun ante los silencios del legislador común”¹⁸.*

Por otro lado, algunos autores, como Francisco Díaz Revorio, aceptan este activismo y la emisión de sentencias aditivas, si se trata de efectivizar valores y derechos constitucionales que no admitan demora en su funcionamiento.¹⁹

¹⁸ ibídem p.77

¹⁹ Javier, Díaz Revorio, “La interpretación constitucional”, citado en, Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 75.



Quintus - 506 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

En sustento de lo dicho, resulta evidente, tal como lo determina Sagüés: *“que el Poder Judicial imaginado por Montesquieu, ni la Corte Constitucional diseñada por Kelsen, estarían habilitados para emitir esas sentencias. No obstante, ellos fueron pensados en momentos en que la Constitución era vista más como un documento político saturado de cláusulas programáticas, que como una norma actuante y operativa, exigible ante los tribunales. Esa transformación en el concepto mismo de Constitución hace que un sano activismo jurisdiccional –muy consciente de sus límites, desde luego– esté hoy autorizado axiológicamente para que, en lo sensatamente realizable, efectivice los mandatos constitucionales mediante prudentes sentencias aditivas, sustractivas o sustitutivas²⁰”*,

8.2. ¿Cómo y qué tipo de sentencia atípica es aplicable en el caso sub judice?

Dentro de la categoría de sentencias atípicas –que evitan limitarse a expulsar una disposición normativa– se constata la existencia de una especie en concreto que servirá de plena utilidad para el caso sub judice: las “sentencias interpretativas”. Como su denominación lo expresa, se trata de sentencias a partir de las cuales el juez constitucional interpreta de un modo determinado una regla infra constitucional para tornarla compatible con la Constitución. Dicho en otras palabras, el juez constitucional condiciona la constitucionalidad de la disposición infraconstitucional siempre y cuando sea leída y entendida de una manera determinada. Cabe señalar en este punto, que esta figura jurisprudencial modulativa no es novedosa en el ámbito constitucional ecuatoriano, puesto que ha sido esta misma Corte Constitucional la que en fallos anteriores ha hecho uso de la misma.²¹

Ahora bien, con respecto al efecto de dicha interpretación constitucional, como no puede ser de otra manera, se torna vinculante para autoridades y personas naturales o jurídicas.

9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e

²⁰ Op., cit P. 77

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0002- SAN-CC

instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental establecida en la Ley de Minería?

A partir de lo expuesto en el considerando precedente, esta Corte deja en claro, en uso de una sentencia constitucional condicionada, que las normas examinadas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y la consulta ambiental, son constitucionales siempre que no se apliquen los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En tal virtud, esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.

10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?

Esta Corte, tomando como base a la Constitución de la República, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en la materia y jurisprudencia nacional e internacional, procederá a identificar algunos estándares relevantes y provisionales para dotar de eficacia y aplicación práctica a la consulta prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Carta Fundamental, ante la ausencia de norma infraconstitucional en la materia.

En ese sentido, ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta?



Quemados Neta - 507 -

CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Tanto el convenio 169 de la OIT como la Constitución vigente no definen, de manera clara, cuáles son los parámetros que debe cumplir el proceso de consulta previa en sus dos modalidades para poder ser considerado legítimo.

En el caso de la normativa infra-constitucional, no existe, hasta donde esta Corte tiene conocimiento, ninguna ley o reglamento que regule de alguna manera el proceso de consulta previa.

Aun así, no faltan otras fuentes que permiten establecer a esta Corte los parámetros mínimos necesarios que debe cumplir todo proceso de participación para que pueda dársele el nombre de 'consulta previa' en los términos del numeral 7 del artículo 57 de la Constitución. Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C - 161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte de lo que se conoce como *soft Law*²², y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.

Una consideración general importante es la ratificación del carácter sustancial y no solo procesal de la consulta previa como derecho colectivo, así como el reconocimiento del carácter medular del artículo 6 del convenio 169 de la OIT, dentro del núcleo esencial del Convenio citado.

Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son:

- a. **El carácter flexible del procedimiento** de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.

²² Por *soft law* se conoce en el derecho internacional aquella serie de actos que a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan ser jurídicamente relevantes.

- b. **El carácter previo de la Consulta**, es decir que todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera.
- c. **El carácter público e informado de la consulta**, es decir 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.
- d. **El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida**, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT²³, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.
- e. **La obligación de actuar de BUENA FE** por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes.
- f. El deber de **difusión pública** del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes.
- g. **La 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.
- h. **La definición previa y concertada de los sujetos de la Consulta**, que son los pueblos y comunidades afectadas de manera real e indubitable por la decisión.
- i. **El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados**. El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados.

²³ James Anaya pone el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 donde se mantuvieron reuniones y audiencias ante el congreso federal con representantes indígenas, que si bien permitieron a sus representantes expresar ciertas opciones sobre el proyecto de reforma, en la medida en que dichas audiencias no fueron sistemáticamente organizadas, no se pueden catalogar de consultas en los términos del convenio 169 de la OIT.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

- 90 minutos oho-508-
- j. **El carácter sistemático y formalizado de la consulta**, es decir, que las consultas deben desarrollarse a través de procedimientos más o menos formalizados, previamente conocidos, y replicables en casos análogos²⁴.
 - k. En cuanto **al alcance de la consulta, siendo** que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (cercana a aquella que tiene el *soft law* en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.
 - l. Respecto a los **efectos del incumplimiento de esta obligación estatal**, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.

11. La delegación de actividades mineras a la iniciativa privada ¿contraviene el artículo 316 de la Constitución?

Los accionantes sostienen que los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería contravienen el principio de excepcionalidad de la participación privada en sectores estratégicos, reconocido en el artículo 316 de la Constitución de la República; toda vez que, a su criterio, no se definen los casos en los que procedería dicha delegación, dejando así abierta la posibilidad de interpretaciones arbitrarias que convertirían a la excepción en la regla. La consecuencia de ello sería que las empresas privadas, extranjeras, transnacionales entren en igualdad de condiciones con las empresas nacionales, estatales y pequeñas empresas asociativas o cooperativas.

Al respecto, esta Corte realiza las siguientes precisiones:

Primero, el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución de la República, tal como lo reconocen los accionantes, determina que el Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada el ejercicio de actividades inmersas en sectores estratégicos²⁵, en los casos que establezca la ley. Como

²⁴ El Relator aconseja la aprobación de leyes o reglamentos generales que regulen los distintos casos de consulta.

²⁵ Constitución de la República, Artículo 313: (...) Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la

consecuencia de este reenvío normativo, es preciso que esta Corte Constitucional identifique si las disposiciones previstas en la Ley de Minería guardan conformidad con la excepción constitucional citada.

A partir de una lectura integral de la norma objeto de análisis, se colige que si bien no se determina en los artículos 1 y 2 de la Ley de Minería el carácter excepcional de la participación privada en el sector Minero, los artículos 21, 22, 30 y 31 confirman expresamente, que al tratarse de un sector estratégico, la administración y gestión es una competencia exclusiva del Estado. En efecto, por un lado, el artículo 21 de la Ley de Minería determina en lo pertinente que: “(...) el Estado ejecuta sus actividades mineras por intermedio de la Empresa Nacional Minera y podrá constituir compañías de economía mixta”; es decir, deja en claro que la regla general será que las actividades mineras se ejecutarán a través de una Empresa Estatal, aspecto que denota la conformidad con el inciso primero del artículo 316 de la Constitución de la República. En esa misma línea, el artículo 22 de la Ley de Minería señala textualmente que (...) “la obtención y el ejercicio de los derechos mineros de la Empresa Nacional de Minería se sujetarán al régimen jurídico establecido en la presente ley y de acuerdo a lo determinado en el artículo 316 de la Constitución vigente”. Finalmente, para confirmar su conformidad con el texto constitucional, los artículos 30 y 31 de la norma objeto de análisis, disponen expresamente que “(...) El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones”, y más adelante “(...) El Estado otorgará excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República.

Por otro lado, las disposiciones citadas, junto con aquellas previstas en el Capítulo II de la Ley de Minería “DE LA CONCESIÓN MINERA”, regulan detalladamente el proceso de concesión. Es así que las propias disposiciones normativas que califican los accionantes como inconstitucionales, evidencian el respeto y conformidad con el artículo 316 de la Constitución de la República, en concreto, con el carácter excepcional de la participación privada en el sector minero.

Todo lo dicho, es decir, la participación de la Empresa Nacional de Minería y del Ministerio sectorial en el otorgamiento de concesiones mineras, en los

refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

C
cc



CORTE CONSTITUCIONAL

Quince mil novecientos noventa y nueve - 909-

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

términos previstos en los artículos 22 y 29 de la Ley de Minería, denotan que se trata de un sector estratégico que no pierde su calidad de tal, por el hecho de ser objeto excepcionalmente, de una delegación a la iniciativa privada. En efecto, la figura de la “concesión” se traduce en que el Estado no pierde su potestad de control y regulación respecto a dichas actividades.

No obstante, esta Corte deja en claro que el Estado debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el artículo 316 de la Constitución de la República, esto es, la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, del ejercicio de estas actividades.

12. Con respecto a otras alegaciones de inconstitucionalidad

El Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, más allá de las disposiciones normativas de la Ley de Minería a las que ya se refirió esta Corte en líneas anteriores, determina que los artículos 26, 79, 80 y 96 “ (...) son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza y explícitamente al agua, por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua”... y más adelante, “que la mejor garantía para la actual generación como para los que vienen es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que se debe dejar prohibido expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos”.

Al respecto, esta Corte, sujetándose a los argumentos esgrimidos en las consideraciones anteriores, determina que son las mismas disposiciones normativas que cita el accionante las que determinan, con claridad, que la Ley de Minería establece una serie de parámetros y requisitos que deben ser cumplidos de manera previa al otorgamiento de una concesión minera en aquellos territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y que precisamente propenden a evitar una vulneración a los derechos de la naturaleza y la generación de daños ambientales. Para ello, una serie de disposiciones normativas contemplan estudios de impacto ambiental, tratamiento de aguas, revegetación y reforestación, conservación de flora y fauna, manejo de desechos, protección del ecosistema, entre otros.

Finalmente, con respecto a la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles como humedales, fuentes de agua y páramos, el propio artículo 15, analizado previamente, se remite a la excepción y prohibición prevista en el artículo 407 de la Constitución, es decir, *“la prohibición de la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal”*. Y por otro lado, cabe resaltar que el propio texto constitucional, en el artículo 408, determina que *“excepcionalmente dichos recursos podrán ser explotados a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular”*.

Es decir, mal podría la Ley de Minería establecer una prohibición a la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, cuando el propio texto constitucional establece excepciones a la misma, recordándose que dichas excepciones deben seguir el procedimiento expreso reconocido en el artículo 408 de la Constitución.

Finalmente, esta Corte constata que Ley de Minería, *–respecto a los territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades–* respeta y previene vulneraciones a los derechos de la naturaleza y medio ambiente; tanto más si se reconocen expresamente procedimientos de información, participación y consulta en los términos previstos en el artículo 398 de la Constitución.

Con respecto a otras acusaciones de inconstitucionalidad esgrimidas por los accionantes, esta Corte desestima las impugnaciones de inconstitucionalidad por carecer de argumentación jurídica, y en aras de fortalecer y desarrollar los mecanismos de impugnación constitucional, se recuerda a los accionantes que toda demanda en esta materia debe estar suficientemente sustentada en razonamientos constitucionales.

Al haber agotado el análisis en cuestión, esta Corte emite la siguiente:

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:



CORTE CONSTITUCIONAL

Quinto día - 540

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

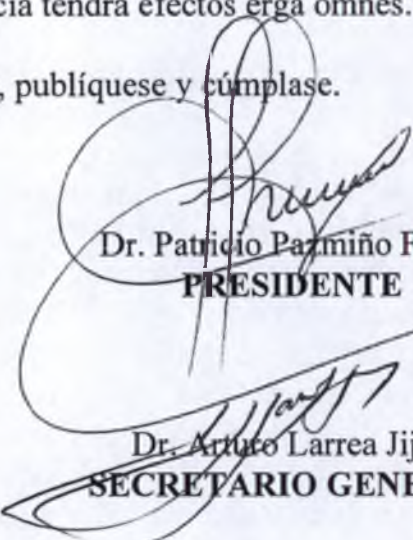
SENTENCIA:

1. Declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería.
2. Que la consulta prelegislativa es de carácter sustancial y no formal.
3. En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Es decir, serán constitucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera:
 - a) Son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.
 - b) Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley.
4. Esta Corte, de conformidad con el numeral 5 del artículo 76 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en respeto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, deja en claro que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá

Handwritten signature

efectuar o aplicar una interpretación distinta a la citada en el numeral precedente.

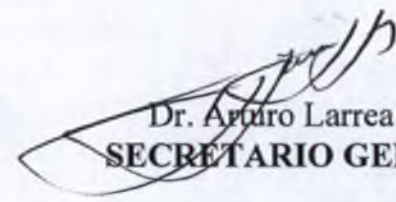
5. Desechar las impugnaciones de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos que no han sido objeto de la declaratoria de constitucionalidad condicionada expuesta en esta sentencia.
6. Esta sentencia tendrá efectos erga omnes.
7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón.- Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, y un voto salvado de la doctora Nina Pacari Vega, en sesión ordinaria de jueves dieciocho de marzo del dos mil diez. Lo certifico.



Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL