



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

Artículo profesional de alto nivel.

Consulta previa y su correcta aplicación, como derecho constitucional de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Autor: Abg. Carlos Vicente Saldarriaga Chinga.

Tutora: Abg. Julia Raquel Morales Loor. Mgs.

Portoviejo, 2021

CONSULTA PREVIA Y SU CORRECTA APLICACIÓN, COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS

PRIOR CONSULTATION AND ITS CORRECT APPLICATION, AS A CONSTITUTIONAL RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES AND NATIONALITIES

Autor: Carlos Vicente Saldarriaga, Abogado; Maestría de Derecho Constitucional, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador; carlossal@hotmail.es.

Resumen

En esta investigación se busca elevar conocimientos de los diferentes procesos de consulta previa que han existido en Ecuador y si se han aplicado correctamente; considerando que la Consulta Previa, es un Derecho Constitucional de los Pueblos y Nacionalidades indígenas. La metodología que se utilizó es cualitativa, busca el análisis de problemas jurídicos; se usó el método bibliográfico para el análisis de documentos oficiales, sobre sentencias que se han dado en el Ecuador. Se constató la vulneración de derechos constitucionales en los casos de la pre licitación de los bloques petroleros 20 y 29, en la aprobación de la Ley de Minería en el 2009 y la consulta realizada por el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables en 2012. Se estableció la metodología de la consulta previa, según convenio 169 de la OIT, que corresponde la fase de información sobre detalles del proyecto a consultar, la fase de identificación de impactos, concertación de medidas, protocolización de la consulta, la fase de sistematización y el seguimiento. Se concluye que, para evitar incumplimientos de derechos constitucionales, se emita un instrumento legal que normalice el procedimiento, se desarrolle un proceso que cumpla con el principio de territorialidad y justicia que garantiza la Constitución.

Palabras claves: Constitución; consulta previa libre e informada; comunidades indígenas; Derecho constitucional; normativa internacional.

Abstract

This research seeks to increase knowledge of the different processes of prior consultation that have existed in Ecuador and if they have been applied correctly; considering that Prior Consultation is a Constitutional Right of Indigenous Peoples and Nationalities. The methodology used is qualitative, it seeks the analysis of legal problems; the bibliographic method was used for the analysis of official documents, on sentences that have been given in Ecuador. The violation of constitutional rights was found in the cases of the pre-bidding of oil blocks 20 and 29, in the approval of the Mining Law in 2009 and the consultation carried out by the Ministry of Non-Renewable Natural Resources in 2012. The methodology for prior consultation was established, according to ILO Convention 169, which includes the phase of information on details of the project to be consulted, the phase of identification of impacts, agreement on measures, protocolization of the consultation, the phase of systematization and follow-up. It is concluded that, in order to avoid non-compliance with constitutional rights, a legal instrument should be issued to standardize the procedure and develop a process that complies with the principle of territoriality and justice guaranteed by the Constitution.

Key words: Constitution; free and informed prior consultation; indigenous communities; constitutional law; international regulations.

Introducción

En la actualidad, en el Ecuador, el proceso de consulta previa libre e informada, tiene dificultades para su correcta aplicación, como derecho constitucional que precautela los derechos de las comunidades indígenas. Esto se debe a que no existe un instrumento normativo adecuado, que exponga los parámetros, procedimiento, y metodología para el desarrollo de la consulta previa. Otro de los aspectos relevantes es el hecho de la información a consultar está elaborada de manera técnica, que resulta de difícil comprensión para las comunidades. Además, se presenta indicios de amenazas, coerción o presión por parte de las organizaciones para lograr sus intereses vulnerando la libertad de elección de las comunidades. En lo que respecta en el tiempo previo que se debe informar antes de la consulta se pasa por alto, lo que genera desconocimiento de los detalles del proyecto por parte de las comunidades.

Analizando esta problemática mediante esta investigación se busca elevar conocimientos sobre la consulta previa su aplicación en los diferentes procesos que han existido en Ecuador. Además, determinar la eficacia de la consulta previa en lo referentes a los participantes, reglamentos, características, y normativas, para su efectiva ejecución. Desarrollar un antecedente histórico sobre el desarrollo de la consulta previa libre e informada en el Ecuador. Identificar el mecanismo de acción de los sujetos de participación efectiva de la consulta previa, de esta manera se realiza un análisis bibliográfico de los puntos de vista de diferentes autores, y en la normativa establecida.

La consulta previa no es un proceso reciente entre los pueblos indígenas es habitual que ellos soliciten entre comunidades autorización, para cuando desean realizar actividades como la cacería, el tránsito por territorios de otras comunidades, cuando desean cortejar una mujer que no pertenezca ese pueblo, de esta manera acuden de forma solemne a las autoridades nombradas de cada comunidad (Amparo, 2017). Pero las relaciones entre comunidades indígenas y los gobernantes de turno son de carácter conflictivo, pues estas autoridades buscan imponer sus normativas sin realizar ninguna consulta previa para la implementación de una ley.

La expresión consulta previa tiene como origen en dos expresiones que generan compromiso, como son la participación y la autodeterminación, donde se establece un ambiente social y jurídico, en donde diversos sujetos entran en conflicto en el hecho de consulta y ser consultado, surgiendo disputas al momento de obtener el consentimiento de la temáticas que se consulta (Salinas, 2011). Poniéndose en tela de juicio la soberanía del Estado y de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que se busca el bien común de ambas partes, siendo importante recurrir a un dialogo intercultural (Abello, 2012). Teniendo la libertad de que las poblaciones consultadas tengan el derecho de no dar el consentimiento, cuando no se cumplan los parámetros establecidos y se ponga en riesgo los intereses culturales, territoriales, ancestrales y ambientales de las comunidades indígenas.

Por lo tanto organismos internacionales han buscado un mecanismo para el desarrollo de una jurisprudencia que regule el proceso de la consulta previa, con la finalidad de que se convierta en una de las principales herramientas que tienen las comunidades indígenas (Vega, 2014). Con el objetivo de proteger la identidad, la cultura, el territorio, el ambiente, frente a los proyectos de explotación y exploración hidrocarburíferos (Sotomayor, 2013). Aunque es importante la aplicación de la consulta previa en los ámbitos económicos, políticos y sociales, los ordenamientos jurídicos internacionales se caracterizan por presentar incertidumbres y notables distanciamientos, ahondando cada vez más los conflictos entre los pueblos indígenas y el Estado.

Siendo así que en el año 1957 la Organización Internacional del Trabajo propone el Convenio 107 que presenta de manera explícita un grupo de derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios en los que habitan durante muchos años, pero en este documento no se analizaba el tema de la consulta previa (Morris, 2009). Por lo tanto en el año 1989 la OIT presentó el Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales, donde se estableció la obligación de ejecutar una consulta a las comunidades (Salinas, 2014). En la que se presentó diversos campos de acción, como la adopción de medidas legislativas o administrativas, la elaboración, ejecución y diagnóstico de los proyectos que se van a desarrollar en los territorios de los pueblos indígenas, para su posterior aprobación.

Entre los antecedentes en lo referente a la consulta previa se puede establecer que en el Ecuador desde el año 1830 se han registrado veinte constituciones políticas, pero no se había tratado el tema de pluralismo jurídico en lo referente a los derechos de ejercer un sistema judicial indígena (Sánchez, 2018, p.6). Es así que en la Constitución de la República que se aprobó en Montecristi Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008, ratifica de manera explícita los derechos indígenas y la independencia jurídica al interior del Estado ecuatoriano.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 1 estipula: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Por lo tanto, se reconoce que en territorio ecuatoriano existen comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y afro ecuatorianas, que tienen sus propias tradiciones, idiomas, costumbres, y cultura. Se les reconoce como nacionalidades con el goce absoluto de sus derechos, como ciudadanos que forman parte del Estado ecuatoriano, garantizando el cumplimiento de sus derechos humanos.

En lo referente al pluralismo jurídico en el artículo 171 Constitución de la República del Ecuador (2008) estipula que:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

De esta manera el Estado garantiza el cumplimiento de la justicia indígena o el derecho indígena, que se refiere aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena (Ocampo, 2016, p.1). A través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros, que regulan los diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflictos que se desarrolla dentro de estas comunas.

Los derechos de los pueblos indígenas a ser consultados se encuentran como fundamento el derecho a la libre determinación, este derecho fue reconocido “por primera vez en la Carta de la

Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, entro en vigor el 24 de octubre de 1945” (Arévalo, 2014, p.26). Otra aportación que brinda a esta temática se encuentra “en el artículo 2 de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, adoptada por la Asamblea General del 14 de diciembre de 1960” (Salinas, 2014, p.37). “El cual influye en la redacción básica del primer párrafo del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976” (Hurtado & Chávez, 2011, p.15). Estos instrumentos legales son valiosos para el reconocimiento de la libre determinación como un derecho humano en el derecho positivo internacional, haciendo referencia a dos aspectos importantes la soberanía y la facultad de control y desarrollo propio de un pueblo.

En el contexto internacional la consulta previa libre e informada forma parte de la normativa constitucional ecuatoriana, cuando el Ecuador confirmo el Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el 15 de mayo de 1998, entrando en vigor en el país desde el 15 de mayo de 1999 (Castro & Vásquez, 2020, p.622). Donde el Ecuador se compromete al reconocimiento de los derechos de los “pueblos indígenas a ejercer control sobre sus propias instituciones jurídicas y sociales, sus formas de vida, el desarrollo económico y el derecho a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, y religiones en el marco del Estado en el que viven” (OIT, 1998).

En el Ecuador se establece la consulta previa en la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 57 numeral 7 indica que:

“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 prejuicios 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” (p.32).

De esta manera se puede indicar que la consulta previa “es una forma de participación ciudadana en los procesos de desarrollo, constituyéndose un derecho que puede ser facultativo para cualquier comunidad, pueblos, nacionalidades indígenas, siendo el mecanismo que garantiza las exigibilidades de los derechos” (Amparo, 2017, p. 12). Siendo el objetivo de la consulta previa “garantizar los derechos colectivos de las comunidades indígenas, en especial de aquellos relacionados con el territorio, la autonomía, la participación y la identidad cultural” (Vallejo, 2016, p. 143). Además, la consulta previa encuentra su sustento en el principio del libre auto determinación de los pueblos.

Por lo tanto el propósito de la consulta previa es lograr acuerdos, resolver conflictos, alcanzas consentimientos entre las comunidades indígenas y el Estado, donde se alcance la autorización previa a los habitantes de los territorios donde viven los indígenas, mediante un proceso libre e informado (Vásquez, 2020). Esto ha generado un gran debate debido a que existe una pugna por la soberanía de los territorios y por el derecho de auto determinación de los pueblos indígenas (García, 2014). Es así que para solucionar los conflictos entre las partes, la consulta previa e informada debe regirse según las costumbres y tradiciones de las comunidades.

Además dentro de la consulta previa se presenta los sujetos de consulta que son el sujeto consultante que por lo general es el Estado, o las empresa que desea proponer un proyectos en los

territorios de las comunidades indígenas (Manzabanda, 2013). Los sujetos consultantes son los pueblos indígenas y tribales, que cumplan con el criterio objetivo que es que descendan de poblaciones que vivan en el país en la época de la conquista, la colonización, o el establecimiento de fronteras estatales (Hurtado, 2011). Deben regirse por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial. El criterio subjetivo es la autodefinición como pueblos indígenas o tribales, que se consideren como indígenas o afro descendientes.

En la actualidad algunos operadores de justicia confunden la consulta previa, la consulta ambiental y la consulta popular, “aunque son instrumentos diseñados para incorporar los criterios de los ciudadanos en las decisiones estatales, garantizando el ejercicio del derecho de participación se desarrollan en ámbitos diferentes” (Sotomayor, 2013, p. 30). La consulta popular “se realiza a la ciudadanía en general, mientras que la consulta previa e informada es un derecho cuyo titular es un segmento específico de una población” (Simbaña, 2012, p.04). La consulta ambiental busca incorporar los criterios de la comunidad en la gestión ambiental, lo que difiere de la consulta previa busca el consentimiento de la comunidad.

Una de las características de la consulta previa son los plazos previos que permite el tiempo de recopilación de información y para el pleno debate, lo que incluye la traducción a los idiomas tradicionales antes de que se inicie el proyecto (Antuash, 2009). Es importante que “no exista ninguna presión en la toma de decisiones, ni limitaciones temporales, no se puede continuar con ningún plan hasta que el proceso previo haya culminado” (Mantel & Vera, 2014). Estos plazos deben ser razonables, aunque según la norma se limitan en el caso de medidas legislativas, sin extenderse indefinidamente al momento de emitir un acto normativo.

La característica de libre en la consulta previa es primordial debido a que algunos procesos no se han llevado a cabo por ser ilegítimos, “debido a que las personas consultadas han sido coaccionadas de todo tipo, lo que ha impedido influenciar efectivamente en las decisiones que afectan sus intereses” (Hurtado & Chávez, 2011, p.15). Por lo que esta característica significa la ausencia de presiones exteriores, entre ellas los incentivos monetarios, a menos que formen parte de un acuerdo mutuo final, además las tácticas de división para ganar terreno, amenaza que el proceso se desarrolle de manera legal.

En lo referente a que la consulta previa debe ser informada no se trata de la mera información o difusión pública de la medida, a través de talleres informativos o reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes, “sino más bien el acceso oportuno a la información integral de la temática que necesita ser consultada, los pueblos indígenas deben conocer a cabalidad toda la información de la consulta que se les propone desarrollar” (Castro & Vásquez, 2020, p.622). El incumplimiento de esta característica anula por completo la legitimidad del proceso, se deben agotar todos los recursos para que se informe de manera eficiente a la población.

En la región la consulta previa libre e informada se ha desarrollado en algunos países de Latinoamérica como Chile, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Perú, México, Colombia, aplican la normativa del Convenio 169 de la OIT (Vásquez, 2020). En el caso de México ha presentado un desarrollo en cuenta a la normativa interna mediante la expedición de una Ley de consulta previa y su reglamento (Guevara, 2021). Pero existe la necesidad importante que estos países desarrollen sus propias normativas infra constitucionales como un Código Orgánico de Consulta Previa, que regule temáticas como la finalidad de la consulta, procedimientos, metodologías, sanciones, entidades encargadas.

Por lo tanto, la consulta previa es un derecho que se reconoce en el Ecuador, pero no existe una Ley que garantice su real cumplimiento, por lo que la mayoría de los casos de implementación ha dependido de la interpretación que las instituciones realicen. Además, la consulta previa en el país “se encuentra limitada por su carácter netamente informativo, la participación de los pueblos y nacionalidades ha sido únicamente entendida en la recepción de información, mas no por procesos de discusión, evaluación y proposición de alternativas” (Defensoría del Pueblo, 2018).

El interés de diversos actores de promover la consulta previa libre e informada y la ambigüedad y divergencia en relación a su alcance, no puede ser explicada exclusivamente desde la perspectiva jurídica, “pues es necesario ubicar esta institución legal en el contexto histórico social, es decir en las contradicciones, conflictos y luchas sociales en que tiene su origen y se desarrolla, especialmente en su relación en los procesos de acumulación de capital” (Vargas, 2013, p.79). Cuando el modelo de acumulación de capital prevalece la forma del derecho de participación que subyace a la consulta, es despojado de su propósito original, se mantiene mediante una existencia formal perdiendo el verdadero interés en los pueblos indígenas.

Metodología

La metodología que se aplicó en la investigación es de tipo cualitativa que busca el análisis de casos y problemas jurídicos que afectan a las comunidades indígenas del Ecuador, para el desarrollo de la investigación se utilizó el método bibliográfico para el análisis de los documentos oficiales sobre sentencias que se han dado en el Ecuador sobre consulta previa, además se utilizó el método analítico para la identificación de la correcta aplicación de la normativa existente en cada caso que se aplicó la consulta previa, por último se empleó el método sintético para la elaboración de conclusiones luego del análisis de la información oficial sobre la temática de investigación.

Problema Jurídico a tratar

Luego de la aprobación del reglamento de Consulta Previa para actividades hidrocarburíferas en el año 2002, se aplicó el instrumento legal en el proceso de pre licitación de dos bloques petroleros 20 y 29, localizados en las provincias de Orellana, Napo y Pastaza, donde habitan 263 comunidades quichua, es decir 6492 familias compuestas por 32000 habitantes. Los actores fueron la empresa estatal Petroecuador, que contrató a la Universidad Politécnica Salesiana, las organizaciones indígenas y el Estado ecuatoriano (García, 2014, p. 71).

Se realizó la consulta donde los resultaron fueron 236 comunidades por el sí condicionado, veinticinco respondieron que no, y dos no tomaron ninguna decisión. Esta consulta tuvo algunas dificultades “como que la información fue incompleta, no fue asimilada por las comunidades, poco tiempo para la socialización del contenido sesenta días, además no fue transmitida la información en quichua” (Izko, 2004). Además, la decisión se vio influenciada por el hecho que la explotación fue presentada como una acción irreversible por el Estado, por otro lado, las observaciones hechas por los actores indígenas no fueron aceptadas por los ejecutores de la consulta (Grefa, 2005). Debido al descontento por la consulta se constituyó el Frente de Resistencia a la Actividad petrolera en marzo del 2004, que interpuso una demanda de nulidad del proceso de Consulta Previa ante el Tribunal Constitucional (Tomás, 2005).

Así mismo en enero del 2009 se aprobó en la Asamblea Nacional la Ley de Minería en donde presento una vulneración en la aplicación de la consulta previa, y la práctica de minería de

cielo abierto, lo que desembocó que la CONAIE convocara un levantamiento nacional en contra de la aceptación de la Ley de Minería, presentando una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por no haber realizado la consulta previa pre legislativa (Serrano, 2014). De este modo el 18 de marzo de 2010 se emitió la sentencia 001-10-SIN, CC, donde se definió que la consulta pre legislativa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas.

Además, dentro de la sentencia de la Corte Constitucional también se determinó que debido a la ausencia de un cuerpo normativo que regule el proceso de la consulta pre legislativo, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad de la Ley de Minería (Machuca, 2014). Pero un logro importante es que se consideró la consulta pre legislativa de carácter sustancial para la aprobación de la ley (Abello, 2012). Donde se planteó que a partir de la fecha de la sentencia toda actividad minera que se desarrolle en los territorios, comunidades, pueblos y nacionales indígenas, afro ecuatorianas y montubias, deben someterse al proceso de consulta previa tal cual lo establece la Constitución en el artículo 57 numeral, se deben publicar los resultados para la aprobación de la ley.

El 19 de julio de 2012 se expidió el decreto ejecutivo 1247 publicado en el Registro Oficial el 2 de agosto de 2012, el cual reglamentó la consulta previa en procesos de licitación de áreas y bloques hidrocarburíferos (Manzabanda, 2013). Este instrumento establece que la Secretaría de Hidrocarburos del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables llevó adelante la consulta previa. La consulta se hizo desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2012 en diecisiete bloques y se consultó a 10469 habitantes, lo que corresponde a 7% del total que es 138544, se firmaron por acuerdos de inversión por \$115 millones de dólares (García, 2014, p. 71). No se pudo ingresar a otras comunidades por la oposición, pero el gobierno de turno con esta acción dio como cumplida el derecho colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Por lo tanto, las organizaciones indígenas involucradas presentaron las razones por las que esta consulta carece de legitimidad, primero los técnicos de la Secretaría de Hidrocarburos no utilizaron los procedimientos apropiados según el Convenio 169 de la OIT (Palacios, 2018). Segundo no se consultó a través de las instituciones representativas locales, zonales y regionales, tales como las autoridades de cada uno de los centros Achuar, de la NAE y de la Confeniae. Tercero tiene que ver con la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 1247, que indica que para la consulta previa requiere la aprobación de una ley orgánica, por lo tanto, la consulta realizada por los técnicos de la Secretaría de Hidrocarburos durante dieciocho meses carece de valor jurídico (Serrano, 2014).

El tribunal de Garantías Penales del Puyo el viernes 26 de abril de 2019 resolvió sobre la acción de Protección presentada por 16 comunidades Waorani de Pastaza, en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, el Ministerio del Ambiente y la Procuraduría General del Estado. Luego de que el tribunal realizó un minucioso análisis de la prueba presentada dentro del proceso por ambas partes, determinó la existencia de la violación de los derechos a la consulta previa, libre e informada, y la autodeterminación en el marco de las actividades lideradas por la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Ambiente en el año 2012 para la denominada XI Ronda Petrolera (Función Judicial, 2019). Como medidas de reparación de estos derechos el tribunal dispuso que:

1. Que el Estado realice la consulta previa, libre e informada, aplicando los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional ecuatoriana; y,

2. Se ordena al Ministerio del Ambiente y al Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, capacitar de manera suficiente a sus funcionarios respecto a los derechos de autodeterminación y consulta previa.

Los efectos del incumplimiento de la obligación estatal de realizar Consultas Previas es la responsabilidad internacional del estado, y en el ámbito interno, según lo ha determinado la Corte Constitucional Ecuatoriana en la Sentencia No. 001-10-SIN-CC Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados) sobre la inconstitucionalidad de la Ley Minera, la nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas; entendiéndose con ello que el Estado ecuatoriano a la fecha no puede licitar, concesionar, ceder, otorgar o entregar el denominado Bloque 22 a ninguna empresa pública o privada para la realización de actividades extractivas, en ninguna de sus fases, hasta no cumplir con lo ordenado por el Tribunal (Corte Constitucional, 2010).

Como se pudo observar en estos tres casos analizados previamente no se desarrolló un proceso adecuado de la consulta previa, debido a que no existe una ley formal que especifica la forma correcta de proceder en el caso de consultar a las comunidades indígenas. En la actualidad en el Ecuador la Asamblea Nacional propone la creación de un proyecto de ley de consulta previa, pero las organizaciones indígenas sostienen que no han sido tomados en cuenta para la elaboración del documento, además solicitan que el gobierno respete el territorio y el derecho a la vida, debido a que estos proyectos hidrocarburíferos han causado un impacto negativo en las comunidades.

Para establecer el proceso adecuado de aplicación de la consulta previa es necesario que se apliquen los parámetros del artículo 6 del convenio 169 de la OIT, como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla1. Parámetros de la consulta previa, libre e informada

Parámetro	Detalle
El carácter flexible del procedimiento de consulta	Debe estar de acuerdo con derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.
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.
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.
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 OIT, la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.
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.

El deber de difusión pública del proceso	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.
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.
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.
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.
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 análogos.
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, sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.
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.

Fuente: (Machuca, 2014)

El procedimiento para el desarrollo de la consulta previa libre e informada que se propone según el convenio 169 de la OIT, corresponde a la intervención de organismo destinado a la certificación de la presencia de las comunidades indígenas o afro ecuatorianas, según su representación y ubicación geográfica, esta labor la debe desempeñar el Ministerio del Interior (Rodríguez y León, 2015). Luego es necesario la certificación de la existencia de territorio legalmente constituido, mediante las Circunscripciones Territoriales que administran el territorio de las comunidades indígenas (Vega, 2014). Otro organismo interviniente es el Ministerio de Ambiente teniendo en cuenta que algunos territorios indígenas son áreas protegidas, que son administradas y controladas por esta institución.

Además, la metodología para la aplicación del proceso de consulta previa, libre e informada que propone el convenio 169 de la OIT, corresponde a la “fase de información sobre los detalles del proyecto a consultar, la fase de la identificación de impactos, concertación de medidas y protocolización de la consulta, y la fase de la sistematización y el seguimiento” (Grueso, 2009), en la siguiente tabla se especifican las actividades de cada etapa.

Tabla 2. Fases de la consulta previa, libre e informada

Fase	Actividades
------	-------------

Fase de información	Socialización: acercamiento entre las instituciones del Estado, comunidades y particulares. Identificación de los actores que intervendrán en el proceso. Reuniones de trabajo: presentación del marco legal del proceso de consulta, papel y competencia de cada uno de los actores participantes. Exposición detallada del proyecto, intervenciones de la comunidad, acuerdos.
Fase de identificación, comentarios y protocolización	La definición y elaboración del estudio de impacto ambiental y cultural se debe llevar a cabo con participación de la comunidad y la empresa. Realizado el estudio e identificados los impactos se procede a concertación de medidas de manejo. Definidos los acuerdos, se procede a la citación y realización de la reunión de protocolización de la consulta.
Fase de sistematización y seguimiento	La información de la consulta se publica para que los actores que intervienen le den seguimiento.

Fuente: (Grueso, 2009)

Luego de establecer los parámetros, el procedimiento y la metodología de la consulta previa según el Convenio 169 de la OIT, se procede que elaborar el acta y se protocoliza el documento si existe acuerdo entre las partes. Caso contrario si no existen acuerdos respecto de las medidas contenidas en la planificación de manejo ambiental, se termina la reunión dejando constancia en el acta (Golte, 2011). El proceso de consulta será evaluado por la Corte Constitucional para la verificación de los parámetros pertinentes, donde después del análisis se toma la decisión final buscando que exista concertación entre las partes.

Por lo tanto para evitar la vulneración de los derechos constituciones de los pueblos indígenas, afro ecuatoriano y montubio, en lo referente a la consulta previa, libre e informada, es necesaria la aplicación de los parámetros, procedimientos y metodologías que propone el Convenio 169 de la OIT, pero es fundamental que para el cumplimiento eficaz se emita un instrumento legal que lo normalice, de esta manera se desarrolla un proceso que cumple con el principio de territorialidad y justicia que garantiza la Constitución de la República.

Discusión

En la investigación de la consulta previa, libre e informada mediante el análisis de las características y campos de acción que corresponden según el Convenio 169 de la OIT, se pudo percibir que algunos profesionales del derecho confunden con la consulta popular, aunque son procesos jurídicos en los se toma a consideración el criterio de los ciudadanos. En el caso de la consulta popular se toma a toda la población de un país, mientras que la consulta previa, libre e informada, a las comunidades indígenas específicamente en temas relacionados con el territorio, la cultura y el ambiente.

En el análisis de los casos de consulta previa en el 2004 en el proceso de pre licitación de dos bloques petroleros 20 y 29, se aplicó un proceso jurídico en los que intervinieron la empresa estatal Petroecuador, la Universidad Politécnica Salesiana, las comunidades indígenas y el Estado. Aunque se afirmó que la consulta fue legítima cumpliendo los parámetros correspondientes, se percibió vulneración de los derechos debido a que la información fue incompleta, “como que la información fue incompleta, no fue asimilada por las comunidades, poco tiempo para la

socialización del contenido sesenta días, además no fue transmitida la información en quichua según indico la investigación de (Izko, 2004).

En el caso de la aprobación de la Ley de Minería que aprobó la Asamblea Nacional en el 2009, las comunidades indígenas la impugnaron por no realizarse la consulta previa, libre e informada, pero en este caso la Corte Constitucional desestimó la demanda debido a la ausencia de un cuerpo normativo que regule el proceso de la consulta pre legislativo, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. Pero se logró que la consulta pre legislativa sea de carácter sustancial para la aprobación de la ley.

Otro punto de discusión se plantea en el análisis de la consulta previa desarrollada por la Secretaría de Hidrocarburos del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, ejecutada a 10469 habitantes, lo que corresponde a 7% del total en el año 2012, aunque según los organizadores la consulta era legítima, en el 2019 en el tribunal de Garantías Penales del Puyo determino la existencia de la violación de los derechos a la consulta previa, libre e informada, y la autodeterminación en el marco de las actividades lideradas por la Secretaría de Hidrocarburos y el Ministerio de Ambiente en el año 2012 para la denominada XI Ronda Petrolera.

Teniendo en cuenta el análisis de estos casos en referencia a los procesos constitucionales que se establecen en el Ecuador para la consulta previa, libre e informada, para la correcta aplicación es necesario el establecimiento de instrumento jurídico que regule este proceso, que contenga los parámetros, metodologías y mecanismos de acción, que estén alineados a las normas internacionales que se refieren al cumplimiento del derecho colectivo de las comunidades indígenas que estén adecuadamente implementadas en razón de la naturaleza de cada comunidad.

Conclusiones

En la investigación se analizó la problemática sobre la correcta aplicación de la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, que debido al no existir una normativa dedicada absolutamente a esta temática ha presentado vulneración de los derechos constitucionales. Teniendo en cuenta que el Ecuador en 1998 firmó el Convenio 169 con la OIT donde él se compromete a reconocer los derechos de los pueblos indígenas a ejercer el control sobre asuntos jurídicos, sociales y territoriales. Más adelante en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 se reconoce la consulta previa como un derecho colectivo.

Siendo los campos de acción de la consulta previa los pueblos indígenas en relación a la afectación del territorio, en los ámbitos ambientales y culturales, este proceso debe cumplir con características como los plazos previos que permiten la recopilación de información y la traducción a los idiomas nativos. Además, debe ser libre si las comunidades indígenas se sienten coaccionadas, obligadas o amenazadas la consulta previa resulta ilegítima. En el caso de que la comunidad debe ser informada es otro aspecto importante debido a que la difusión pública, se debe establecer mediante talleres informativos, reuniones, audiencias con los dirigentes de las comunidades indígenas.

Teniendo en cuenta las normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT se propone una metodología que permita la correcta aplicación de la consulta previa, libre e informada, que consta de fase de información sobre los detalles del proyecto a consultar, la fase de la identificación de impactos, concertación de medidas y protocolización de la consulta, y la fase de la

sistematización y el seguimiento. Además, cuando se aplican los parámetros, procedimiento y metodologías correctamente, se evitan conflictos constitucionales en relación a la consulta previa.

Referencias Bibliográficas

- Abello, C. J. (2012). Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales. *Trans-pasando Fronteras*, (2), 111-124.
- Amparo Rodríguez, G. (2017). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Editorial Universidad del Rosario. P.12.
- Antuash Tsenkush, A. (2009). La eficacia de la consulta previa en la realidad del mundo indígena amazónico del Ecuador (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador).
- Arévalo, A. A. (2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional (Vol. 76). Universidad De Deusto. p.26.
- Castro-Castro, E., & Vázquez-Martínez, D. S. (2020). Análisis sobre el cumplimiento a la Consulta Previa, Libre e Informada, en procesos extractivistas en el Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 5(11), 622-650.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito-Ecuador: Registro Oficial, 449, 20-10. P.32.
- Defensoría del Pueblo (2018). Consentimiento libre, previo e informado en el Ecuador: Aportes al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos.
- García Serrano, F. (2014). Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana. *Anthropologica*, 32(32), 71-85.
- Guevara Hernández, A. (2021). El derecho a la Consulta Previa de los pueblos originarios en México: Caso: Guerrero (Master's thesis, Universidad Autónoma de Guerrero (México)).
- Golte, J. (2011). El convenio 169 de la OIT, la constitución peruana y la ley de consulta previa. *Revista Argumentos*, 5(5), 1-6.
- Grefa, C. (2005). La consulta previa hidrocarburífera de los bloques 20 y 29 y su incidencia socio-organizativa en las comunidades Kichwas en la provincia de Napo.
- Grueso Castelblanco, L. (2009). El derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos.
- Hurtado, F., Vargas, E., & Chávez, D. (2011). La consulta previa, un derecho de participación. P.15.
- Izko, X. (2004). La consulta previa petrolera en los bloques 20 y 29 de la Amazonia ecuatoriana: entre el desafío y la nostalgia.
- Mantel, A., & Vera, M. (2014). Mujeres indígenas, participación política y consulta previa, libre e informada en el Ecuador.

- Mazabanda, C. (2013). Consulta previa en la décimo primera ronda petrolera: ¿participación masiva de la ciudadanía? Línea]. Disponible en < <http://amazonwatch.org/assets/files/2013-07-consulta-previa-en-la-11a-ronda.pdf> > [consulta: 22 de abril de 2018].
- Machuca Lozano, S. E. (2014). Análisis de la sentencia n. ° 001-10-SIN-CC. Casos n. ° 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores (Jurisprudencia).
- OIT. (1998) Organización Internacional del Trabajo C169 Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales ONU Organización de las Naciones Unidas CPR Constitución Política de la República.
- Ocampo, E. D., & Sánchez, A. F. A. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador.: El constitucionalismo en América Latina. *Derecho y Cambio Social*, 13(44), 1.
- Palacios, D. R., Narváez, I., & Fontaine, G. (2018). ¿Por qué persisten los déficits de control social?: La consulta previa, libre e informada en el marco de la política petrolera ecuatoriana. *Ciencia Política*, 13(25), 21-49.
- Reglamento de participación establecidos en la Ley Gestión Ambiental (2008). Publicada el 8 de marzo de 2008 en el Registro Oficial 332 mediante Decreto Ejecutivo 1040.
- Rodríguez, G. A., Albán Domínguez, D., & León Moncayo, H. (2015). Las rutas de la consulta: Una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos ILSA.
- Salinas, N. O. (2014). La consulta previa en Colombia. Documento de Trabajo ICSO, (3), 37.
- Sánchez, A. F. A., & Ocampo, E. D. (2018). El pluralismo jurídico y los derechos a la Pachamama. *DIXI*, (27), 6.
- Serrano, F. G. (2014). Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana. *Anthropologica del Departamento de Ciencias Sociales*, 32(32), 71-85.
- Sotomayor Moreira, C. C. (2013). El derecho de consulta previa, libre e informada, en el instructivo para la aplicación de la consulta prelegislativa (Bachelor's thesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). P.30.
- Simbaña, F. (2012). Consulta previa y democracia en el Ecuador. Chasqui. *Revista Latinoamericana de Comunicación*, (120), 04-08.
- Tomás, S. L. (2005). ¿El Instrumento de la Consulta Previa: ¿una Herramienta a Favor de qué y de quién? *Ecología política*, (30), 119-120.
- Vallejo Trujillo, F. (2016). El Proceso De Consulta Previa En Los Fallos De La Corte Constitucional Colombiana. *Estudios constitucionales*, 14(2), 143-182.
- Vargas Araujo, E. P. (2013). La consulta previa, libre e informada en el Ecuador: una lectura desde el pensamiento crítico (Master's thesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador). P.79.

Vázquez-Martínez, D. S., Erazo-Álvarez, J. C., Narváez-Zurita, C. I., & Pozo-Cabrera, E. E. (2020). La consulta previa, libre e informada en el Ecuador y la necesidad de su codificación. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(9), 135-159.

Vega, Y. T. H. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-11