

Artículo de reflexión

El espejismo de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador ¿por qué no es vinculante?

The mirage of prior, free and informed consultation in Ecuador, why is it not binding?

JACKSON VICENTE CONDOLO ACARO

Universidad Metropolitana del Ecuador, Ecuador

jacksoncondolo@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1495-0555>

ENRIQUE DAVID LUZURIAGA MUÑOZ

Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador

edluzuriaga@utpl.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-0152-096X>

RESUMEN

El presente trabajo trata el análisis sobre el espejismo de la consulta previa en el Ecuador, por lo que desarrollamos un estudio reflexivo y crítico sobre la aplicación y eficacia de este derecho en el contexto constitucional ecuatoriano, desde su aparición en la norma suprema, propiciando comprender las bases conceptuales y su importancia e implicación al prescribirlo como derecho constitucional. A partir de este análisis revisamos tres aspectos fundamentales en su entorno, es decir, la eficacia, aplicación y su aspecto vinculante en el contexto jurídico ecuatoriano, por lo que intentaremos dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿por qué el derecho a la consulta previa no es vinculante?

Palabras clave: Consulta previa, derecho constitucional, Ecuador, Constitución.

ABSTRACT

The present work deals with the analysis of the mirage of prior consultation in Ecuador, for which we develop a critical study on the application and effectiveness of this right, in the Ecuadorian constitutional context, from its appearance in the supreme norm, promoting an understanding of the conceptual bases and its importance and implication when prescribing it as a constitutional right. From this analysis we review three fundamental aspects in their environment, that is, the effectiveness, application and its binding aspect in the Ecuadorian legal context, so the answer we try to provide is to the following question: why the prior consultation is not binding?

Keywords: Prior consultation, constitutional law, Ecuador.

Revisado: 10/05/2023. **Aceptado:** 20/06/2023. **Publicado:** 14/03/2024.

Citado: CONDOLO ACARO, J. V., & LUZURIAGA MUÑOZ, E. D. (2024). El espejismo de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador ¿por qué no es vinculante?. *Juris Studia*, 1(1), 10–23.
<https://doi.org/10.52428/12345678.v1i1.1083>

INTRODUCCIÓN

Es necesario poner de manifiesto el urgente análisis jurídico y sociológico que tiene la problemática planteada en esta investigación, la misma que está vinculada no solo a la indagación del “¿por qué la Consulta previa, libre e informada no tiene carácter vinculante?”, sino también el propugnar desde este trabajo una concientización de la sociedad por la debacle que constantemente el ambiente y los derechos de la naturaleza padece.

En este escenario, se recalca el compromiso social, que tenemos como docentes inmersos en la academia e investigación jurídica, tratando de vincular al lector y a la sociedad, en estos temas que no solo deberían inmiscuir y ser responsabilidad de la sociedad civil, sino también del Estado mismo.

En tal virtud, instamos al análisis del panorama presentado alrededor de la institución jurídica denominada Consulta Previa, cuya importancia tiene rango constitucional; sin embargo, pese a declarárselo como derecho constitucional, resulta un espejismo su eficacia entorno a salvaguardar los intereses de los pueblos indígenas y por ende del medio ambiente donde estos pueblos habitan, lo que constituye la preocupación central de la investigación.

Haciendo énfasis en la Consulta Previa, se puede señalar que esta institución jurídica vincula una carga de garantía constitucional hacia los pueblos y su entorno ambiental; enfatizado lo anterior, habrá quien piense que la Consulta previa, libre e informada es una garantía capaz de salvaguardar los intereses de los pueblos y del medio ambiente donde habitan, sin embargo, la práctica puede demostrar que lo dicho sería un espejismo que tiene segada a la población.

Cabe manifestar que en la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), elaborada por los Asambleístas constituyentes de ese entonces, quizá de forma equivocada o perversa no plantearon de forma clara los efectos de la Consulta Previa, dejando este acto como una cuestión administrativa sin que se defina el valor de su realización, que por cierto desde la vigencia de la Constitución de Montecristi, no se ha incorporado en la legislación secundaria ninguna norma que permita tener claro este derecho.

En ese sentido, el presente trabajo se lo ha estructurado haciendo énfasis en el análisis conceptual de la Consulta Previa, es decir, tomando como referencia los antecedentes de la citada institución jurídica; seguidamente se cree conveniente analizar la Consulta previa, libre e informada desde la óptica de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dedicando una breve revisión sobre algunos casos que han sido conocidos y resueltos por dicha Corte, es decir, aquellos hechos que han tratado de vislumbrar el derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, como por ejemplo, es el caso de *Sarayaku vs. Ecuador*. Posteriormente, se realiza el análisis desde la óptica constitucional del derecho a la Consulta Previa, así como de la revisión de los actores que son beneficiarios de mencionado derecho.

En un segundo momento de análisis, resulta trascendental en nuestro trabajo, tratar de identificar la parte vinculante del derecho a la Consulta Previa, en esta parte se analiza las cuestiones centrales del por qué la Consulta previa, libre e informada no es vinculante y cuál es el fundamento del por qué debe ser obligatoria y particularmente vinculante en las decisiones de los pueblos indígenas.

Finalmente, el análisis en cuestión, plantea descifrar las ventajas y desventajas de la aplicación de la Consulta Previa, pero con una carga de vinculación en la decisión de los pueblos.

DESARROLLO

1.1. La Consulta previa, breve antecedente de su conceptualización

La Consulta Previa, libre e informada, es una institución jurídica que aparece como tal, en la Constitución de la República del Ecuador dictada y vigente desde el 20 de octubre del 2008, cuya figura no se encontraba en la Constitución Política de Ecuador (CPE, 1998), pero ya se hacía mención a que los pueblos indígenas negros y afroecuatorianos por mandato constitucional tendrían el siguiente derecho:

Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen (Art. 84).

Es importante recordar que debido a la oscuridad de la consulta establecida en la norma constitucional ecuatoriana de 1998, el Estado ecuatoriano no garantizaba adecuadamente este derecho a favor de los pueblos oprimidos, es decir, no se ejecutaba la Consulta previa, libre e informada con anterioridad a los actos que el Estado de forma arbitraria realizaba en los territorios indígenas; prueba de estos acontecimientos son los casos llevados a Cortes Internacionales como por ejemplo el caso llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, acontecimiento que posteriormente se lo analizará.

Por otro lado, la implementación de la figura jurídica, Consulta Previa, en la norma suprema del 2008, tiene una trascendencia imprescindible, no solo por su impacto presuntamente favorable para la protección del medio ambiente, sino también, debido a que por primera ocasión se hacía referencia a este derecho constitucional asignado de forma amplia a las “comunidades, pueblos y nacionalidades” (CRE, 2008, art. 56). Por lo tanto, en este análisis surge la pregunta ¿qué es la Consulta Previa, libre e informada? y sobre todo ¿qué connotación tiene para los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente?

Como es de conocimiento de todos, y sin mayor esfuerzo de análisis, la Consulta Previa, libre e informada, no es, sino la acción de preguntar o interrogar una determinada acción con anterioridad antes de ejecutarla; en el caso específico, se puede decir de manera general, que es la interrogante que el Estado debe realizar antes de adoptar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar a las comunidades o pueblos, indígenas, así también, dada la importancia de su concepción, es sustancial conocer el contexto de lo que concierne una consulta previa, es decir, por qué debe garantizarse este derecho fundamental plasmado en la Constitución, por lo que planteamos la siguiente: *interrogante ¿Qué derechos se vinculan a la ejecución de la Consulta Previa?*

Ahora bien, es importante regresar la mirada hacia los antecedentes de la Consulta Previa, libre e informada en otras naciones, de tal manera que, en países como Colombia, se identifica que este derecho se ejecuta a continuación de la adopción del Convenio 169 de la OIT, con la vigencia de la Ley 21 (Ley 21, 1991).

Como se ha podido indagar la (Ley 21,1991), está encargada de garantizar los derechos de los pueblos indígenas colombianos, así como de su entorno ambiental y sus tierras, tanto así que la ley aludida, dispone el siguiente enunciado:

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan. (Art. 7)

Por su parte en Perú, se identifica que la Consulta previa, libre e informada, es reconocida desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en el año de 1995, sin embargo, es en el año 2011, se establece la “Ley del derecho a la Consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (Ley Consulta previa, 2011), que dentro de su articulado precisa:

Etapas del proceso de consulta

Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.

Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.

Publicidad de la medida legislativa o administrativa. Información sobre la medida legislativa o administrativa.

Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.

Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios. (Art. 8)

Como se aprecia tanto en Colombia como en Perú, existe legislación específica sobre el tema de la Consulta Previa, es decir, que los legisladores de los países vecinos, pusieron particular énfasis en estos temas, consecuencia de aquello se nota que la institución jurídica fue incluida en la legislación interna de Colombia y Perú basado en lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Como se puede dilucidar con esta breve descripción, en la legislación ecuatoriana la conceptualización de la Consulta Previa, tiene una prematura vigencia, sin embargo, más allá de esta preocupación, nos sería importante poner de manifiesto que han opinado los Tribunales internacionales sobre este trascendental derecho, por lo tanto, en el siguiente apartado revisaremos algunos pronunciamientos que se han emitido.

1.2. La Consulta previa, libre e informada en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como es conocido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos, cuyas atribuciones y facultades las ejerce

en argumento de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como de su reglamentación interna de funcionamiento.

La indicada Corte IDH, ejerce jurisdicción en los países que han ratificado la mencionada Convención, es decir, que puede emitir sentencias en contra de los países que ha infringido sus disposiciones.

En tal virtud, el Estado ecuatoriano como muchos estados, están bajo la jurisdicción de la Corte IDH, debido a ello, Ecuador ha recibido diversas sentencias que han tenido trascendental importancia; así, respecto de nuestro tema de estudio, la Corte IDH, ha emitido una significativa sentencia en el caso denominado Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. (Corte IDH, 2009)

El caso en mención, data de la década de los años 1990, donde el Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku, perteneciente a la Provincia de Pastaza (Amazonía del Ecuador) argumenta que el Estado ecuatoriano, en base a sus decisiones administrativas de exploración y explotación de petróleo, arbitrariamente incurrió en sus territorios, sin que para el efecto se haya efectivizado su derecho constitucional de haber sido consultados previo a dicho evento.

La Corte IDH, luego de realizar un análisis contextual de los hechos, en su estudio de fondo, en lo principal refirió lo siguiente:

La Corte, reiteró que el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Por ello, la protección de su derecho a la propiedad es necesaria para garantizar su supervivencia física y cultural y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. (Corte IDH, 2009)

En esta parte de la sentencia la Corte IDH, destaca lo importante que significa las tierras para los pueblos ancestrales, pero no solo ello, sino también lo que se asienta en dichas tierras, es decir, lo que se produce de ello, y no solo los recursos naturales, sino otros elementos cuya particularidad no es observable a simple vista, como por ejemplo el entorno ambiental, en este sentido más adelante la Corte precisa lo siguiente:

Si bien no estaba en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, la Corte consideró pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que aquél mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su “selva viviente” (Kawsak Sacha) y la relación íntima entre ésta y sus miembros, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual. (Corte IDH, 2009, par. 5)

Consecuentemente, la Corte precisa que el derecho a la Consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y tribales, está vinculado al respeto de su cultura e identidad propias, pero no solo aquello, sino que su derecho a la Consulta tiene estrecha relación a la participación democrática de estos pueblos, es decir, a la toma de decisiones que tienen en una nación y que afecten directa o indirectamente sus derechos. (Corte IDH, 2009, par. 6)

Finalmente, en esta decisión la Corte termina su análisis estableciendo que la Consulta Previa, debe ser realizada con carácter previo; que esta debe ser establecida de buena fe

con el fin de llegar a un acuerdo, es decir que no exista fuerza o coerción en realizarla; que debe ser adecuada y accesible; y algo sobre particular para nuestro estudio, que la Consulta debe conllevar un estudio previo de impacto ambiental, al referirse a esta parte la Corte indica:

En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el (Convenio 169 de la OIT, 1989), establece que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. (Art. 7.3)

Como hemos apreciado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido enfática en algunos puntos, sobre todo en el aspecto del estudio previo de impacto ambiental, señalando que este estudio debe realizarse y que es un aspecto fundamental para la toma de decisiones; sin embargo, vemos que los estados al tener vinculación con estos estudios ambientales, posiblemente no tengan objetividad en los resultados finales, es decir, existe el riesgo de que se puedan vulnerar los derechos de los pueblos indígenas y consecuentemente del medio ambiente.

En este contexto, así como en el Estado ecuatoriano, la República de Surinam fue escenario de un caso de similares características, sin embargo, en esta ocasión de por medio estaba la defensa de las tierras por parte del pueblo Saramanka y la extracción de madera que se propugnaba dar por parte del Estado de Surinam, en el año 2000 aproximadamente; consecuentemente se presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso Saramaka vs. Surinam. (Corte IDH, 2007)

1.3. Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar “a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH, 2007, par. 42 y 43).

Como se aprecia en esta parte del análisis de fondo, la Corte IDH hace mención a un dato importante, es decir, la obligatoriedad de del Estado de Surinam de obtener el consentimiento del pueblo de Saramanka; por otra parte, la Corte respecto del impacto ambiental indicó:

b) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social

(...) La prueba presentada ante el Tribunal indica que no sólo el nivel de consulta al que se refiere el Estado no fue suficiente para garantizar al pueblo Saramaka su participación efectiva en el proceso de la toma de decisiones, sino que también el Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios de impacto ambiental y social antes de emitir dichas concesiones, y que, al menos, algunas de las concesiones otorgadas afectaron, de hecho, recursos naturales necesarios para la subsistencia económica y cultural del pueblo Saramaka. (...)

No sólo se les ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales, sino que además no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio. (...) (Corte IDH, 2007, par. 47, 48, y, 49)

En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal.

La Corte respecto del caso analizado advierte un impacto desfavorable para el medio ambiente, cabe destacar que el daño causado incluso conllevó a la carencia de recursos de subsistencia, esto debido al daño producido a la naturaleza.

Para finalizar este análisis presentamos otro de los casos trascendentes pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es *Awas Tingni vs Nicaragua*, cuyos hechos radican en la extracción forestal en la comunidad de Awas Tingi en Nicaragua, en marzo de 1992, en el caso aludido quizá no se expone categóricamente la Consulta previa, libre e informada, pero si se hace alusión a la protección del medio ambiente y de las tierras ancestrales de tales pueblos. (Corte IDH, 2001)

1.4. El derecho constitucional a la consulta previa, libre e informada

Para referirnos a la consulta previa, libre e informada como una parte del Derecho constitucional, es necesario vislumbrar el término antes enunciado y posteriormente verificaremos la importancia del derecho en mención; por lo tanto, cuando hablamos de derecho constitucional, desde nuestra óptica pensamos que seguramente estamos frente a un enunciado categórico y fundamental o como un mandato de optimización, que se encuentra plasmado en una normativa suprema denominada Constitución (Alexy, 1997).

Adicionalmente, podríamos quizá adelantarnos en afirmar que todo derecho que se encuentra ubicado en la Constitución, es un derecho que recibiría la categoría de fundamental; sin embargo, este carácter podría ser contraproducente en un momento oportuno y en un caso específico, puesto que un derecho constitucional podría perder su categoría de fundamental, he ahí el problema de nuestra afirmación.

Respecto a la problemática presentada en el párrafo anterior, Bernal Pulido (2007), ha precisado lo siguiente:

La idea central es que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Por su parte, las normas son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren (pp. XXIX-XXX).

Dicho de otra forma, los derechos fundamentales serían según el análisis de (Bernal Pulido, 2007) todas las disposiciones, sean estas establecidas mediante normas o posiciones, que se atañen a una Constitución; más adelante el referido autor indica: "Las normas de derecho fundamental son el más importante de estos tres elementos. Ellas prescriben el deber ser que las disposiciones de derecho fundamental establecen, así como confieren las posiciones de derecho fundamental" (pp. XXX).

Ahora bien, dado que todo derecho que se encuentre plasmado en una Constitución recibe la categoría de fundamental, deberíamos entenderlo así al derecho a la Consulta Previa, cuya disposición se encuentra prescrita en la (CRE, 2008), y que de forma categórica en la parte pertinente dispone:

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:

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. (Art. 57.7)

Conforme lo descrito en el artículo precedente, la Consulta previa, libre e informada forma parte de la gama de derechos constitucionales que el legislador constituyente ha proclamado, sin embargo, nuestra preocupación recae sobre la última parte de la norma citada, es decir, si dada la Consulta previa, libre e informada (derecho constitucional), el pueblo decide no dar el consentimiento al Estado sobre sus planes de acción, entonces ¿qué pasaría cuando se suscita este hecho?, al respecto la norma constitucional precisa que se estará a lo dispuesto a la Constitución y la ley, sin más.

Sin embargo, si analizamos la (CRE, 2008) en su contexto no se aprecia el procedimiento que aclare esta problemática, es decir, qué hacer en caso de no tener el consentimiento del pueblo, menos aún existe Ley que establezca los pasos a seguir cuando exista la negativa del pueblo. Por el contrario, en la (CRE, 2008) se establece lo siguiente:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (Art. 11)

Conforme se establece en la norma citada, los derechos constitucionales, primero para que los derechos sean debidamente justiciables, no se debe atribuir la existencia de anomías y justificar su desconocimiento; segundo, que los derechos constitucionales deben ser progresivos, por lo que se admite restricción de derechos por norma inferior; y tercero que estos derechos deben ser interpretados conforme a su contenido esencial, es decir, que garantice su efectivo ejercicio.

1.5. Perspectivas de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador: ¿quién se beneficia?

Como se analizaba en la parte inicial de este trabajo, el antecedente histórico de la Consulta previa, libre e informada en el Ecuador tiene la misma vigencia que la (CRE, 2008), por lo tanto, es desde entonces que su contenido literal es exigido y ejercido constitucionalmente por los pueblos indígenas; sin embargo, es preciso señalar que este derecho ya se establecía con anterioridad en el (Convenio 169 de la OIT, 1989).

Posteriormente analizábamos que el contenido de mencionado derecho, se desarrollaba en el artículo 57 de la norma constitucional (CRE, 2008), asimismo, se observa que el enunciado constitucional de referencia, está ubicado en el capítulo cuarto de la Constitución, cuyo título señala: Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Art. 57).

Ahora bien, es claro que conforme lo ha dispuesto el constituyente, los sujetos a quienes se dirige este derecho, serían solamente las comunidades, pueblos y nacionalidades, quedando fuera del alcance de este derecho las organizaciones sociales que no tengan esta categoría; esto quiere decir que el Estado tendría toda la potestad de introducirse a ejecutar sus acciones en cualquier otra parte del territorio sin siquiera ejecutar la Consulta Previa.

Sin embargo, nuestra preocupación va más allá de identificar los sujetos constitucionalmente establecidos como receptores de este derecho o a quienes va dirigido, sino también, nuestro ideal se centra en señalar quién en la práctica se beneficia del contenido esencial del derecho a la Consulta Previa, dado que las acciones de exploración y explotación del Estado, no solo afecta a las comunidades, pueblos y nacionalidades, sino que su auge, tiene un impacto negativo para toda la población.

Adicionalmente es importante acotar un aspecto nuevo dentro de esta temática y que es nuestro deseo que sea analizado desde las investigaciones del derecho, esto es, que uno de los sujetos de derecho que también es beneficiado con el contenido esencial de la Consulta previa, libre e informada es la Naturaleza misma, puesto que de las acciones estatales es el primer perjudicado, es decir, que cuando no se ejecuta la Consulta previa, libre e informada la Naturaleza y por ende el medio ambiente son contundentemente afectados.

Como sabemos la Naturaleza recientemente concebida como sujeto de derechos, debe ser también considerada, pues su detrimento con estas acciones es inminente, por lo tanto, los primeros llamados a su defensa debería ser el Estado por medio de sus entidades en el caso del Ecuador por la Defensoría del Pueblo y así también debe ser protegida por las personas en general.

Es importante recalcar este debate jurídico, ya que al omitirse la implementación efectiva de la Consulta previa, libre e informada trae consigo daños colaterales a diversos sujetos y a sus derechos.

1.6. El aspecto vinculante de la consulta previa

Conforme hemos aludido en el presente análisis, si bien la consulta previa eminentemente es un derecho constitucional, sabemos asimismo que los derechos establecidos en la Constitución deben ser cumplidos y garantizados por la normativa interna; sin embargo, a este respecto nos preguntamos: ¿qué pasaría si la consulta previa tiene negativa a las acciones requerentes del Estado?

En esta parte de este trabajo nos centraremos al análisis de estas inquietudes que provenientes de la incertidumbre normativa; es conocido que el derecho aludido se ha cumplido en la mayor parte de casos, es decir, se ha consultado al pueblo sobre las acciones que van hacer ejecutadas por el gobernante en determinado sector de la población; ahora bien, las controversias se dan cuando los pueblos pronuncian sobre su negativa de la intervención estatal en sus territorios, para dilucidar sobre este tema es necesario indicar que la (CRE, 2008), precisa lo siguiente: Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Art. 57)

Consecuentemente la (CRE, 2008) establece:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Art. 398)

Como bien se define en la última parte de la disposición constitucional citada, la existencia de una oposición o negativa del pueblo consultado, no determina la decisión

del Estado para que este, no intervenga en el territorio, por el contrario, faculta al propio Estado resolver motivadamente la decisión.

La facultad constitucionalmente establecida a favor del Estado, contradice lo que la misma (CRE, 2008) que en un primer momento facultó a los pueblos, es decir, lo establecido en el artículo 57 que por ejemplo establece que algunos de los derechos de estos pueblos son:

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. (Art. 57)

En este contexto sabemos que cuando el Estado asume el rol de propietario de los recursos minerales del suelo ecuatoriano, no demuestra interés por la protección oportuna de los derechos establecidos y favorables a los pueblos, por el contrario, conculca los derechos aduciendo el cumplimiento de la consulta previa, sin importar el aspecto vinculante o no de la consulta.

1.7. El espejismo de la Consulta previa, libre e informada en el Ecuador, ¿por qué no es vinculante?

Una de las tareas de los enunciados que anteceden, fue primero identificar los sujetos que se benefician o a quienes va dirigido el aludido derecho, posteriormente, se atiende el aspecto vinculante, precisamente de la consulta previa; Ahora bien, lo que interesa estudiar por consecuencia, es enfatizar el análisis del por qué no es vinculante la consulta previa o por qué no se ha previsto la obligatoriedad de su decisión en norma constitucional ni infra constitucional, quizá las respuestas las encontramos entorno al análisis constitucional que hemos realizado, por lo tanto, los invito a dilucidar esta problemática en el siguiente análisis.

Conforme es prescrito en la (CRE, 2008) y conocido por ende por todos, el Estado ecuatoriano y a su vez el Gobierno de turno por medio de las autoridades, son los sujetos quienes deciden las estrategias en materia económica, así, por ejemplo, las funciones estatales son los rectores ejecutores de políticas públicas en las citadas materias, quienes, a su vez, deciden sobre la producción económica de los recursos minerales y la extracción de recursos no renovables. (Art. 261)

Consecuentemente en la referida (CRE, 2008), en lo que respecta a las facultades referidas del Estado efectivamente dispone que está bajo sus potestades elaborar la política pública respecto a la explotación y extracción de minerales que se encuentren en el territorio ecuatoriano, así literalmente la norma constitucional refiere:

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. Se prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles. (Art. 407)

Como se puede interpretar, la norma constitucional no es clara y más bien es poco coherente al prohibir en primera instancia y luego permitir excepcionalmente al Ejecutivo la actividad extractiva, se entiende entonces que la consulta previa no debe ser vinculante por cuanto puede existir una previa declaratoria de interés nacional. Argumento sin duda debatible pues en el artículo 1 de la norma aludida inclusive precisa: “Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible” (CRE, 2008, art. 1).

1.8. Consecuencias del aspecto no vinculante de la consulta previa

Una vez que hemos realizado un análisis de varios aspectos relacionados a la consulta previa y su actual situación jurídica, es necesario presentar algunas observaciones respecto a las consecuencias que pueden producirse por el aspecto no vinculante de la consulta previa.

Las consecuencias evidentemente recaen sobre la población donde se produce la actividad estatal, es decir, al dejar sin poder de decisión a estos pueblos inmediatamente sus derechos constitucionales son conculcados, así, por ejemplo, el derecho democrático de participación. Pues conforme lo entendemos, las personas no solo deben tener el derecho a participar directamente en los aspectos que los vinculen o sobre las actuaciones del Estado, sino, que su derecho se extiende a que las decisiones tomadas en base al ejercicio de participación debe ser respetado por la autoridad estatal, como vemos en la actualidad este derecho que es consecuencia de la participación desaparece al momento de que el Estado se adueña de las posturas del pueblo, haciendo caso omiso de lo que desea el pueblo.

Otro de los derechos que se afecta, es el de la autodeterminación de los pueblos afectados; es de trascendental importancia señalar la importancia de este derecho, pues como sabemos, toda actividad extractiva propone cambiar la situación de vida de la población, aduciendo pobreza en los sectores sociales, sin embargo, no es tan cierto la existencia de pobreza desde la cosmovisión de la población.

Adicionalmente, el derecho constitucional de vivir en un ambiente sano; este derecho se afecta inmediatamente una vez que el Estado ejecuta la actividad extractiva, sabemos que, para la realización de estas actividades, irremediablemente afectan el entorno ambiental de la población, donde se evidencia contaminación de ríos, tala de bosques, en definitiva, destrucción de la flora y fauna que es el hábitat de la población.

Asimismo, consecuencia de la vulneración del derecho citado, sin duda otro de los derechos que se afecta en estos escenarios, es el de la salud de la población; es sin duda alguna importante hacer esta reflexión, pues normalmente los pueblos se oponen a toda actividad extractiva cuando son consultados, argumentando precisamente la afectación a su salud, es conocido que toda actividad deja secuelas irreparables en la salud de la población, debido a la utilización de recursos químicos, al respecto existen varios reclamos judiciales sobre esta situación que no solo se ha presentado en Ecuador, sino que es problemática jurídica en algunos países de sur América.

Estas serían algunas de las consecuencias que nos hemos limitado a esbozar, sabiendo que existen aún más, sin embargo, nos realizamos la siguiente interrogante ¿es necesario propiciar un análisis jurídico del contenido esencial del derecho a la consulta previa?

Conforme se ha presentado el análisis sobre esta situación jurídica no solo que resulta importante revisar el contenido esencial, sino el alcance del derecho, ya hemos revisado que la jurisprudencia de la Corte IDH, ha generado algunos matices sobre la aplicación del este derecho, cuestión que aportaría a definir la importancia y alcance del derecho aludido.

Por lo pronto este estudio se limita a la revisión esporádica de esta cuestión no sin antes tener en consideración un estudio profundo sobre la temática relacionada al derecho a la consulta previa.

Finalmente, en lo que respecta a este trabajo presentamos en el siguiente apartado algunas conclusiones finales.

CONCLUSIONES

La consulta previa libre e informada, tiene su fundamento en los derechos de participación que tiene todo ciudadano, es decir, forma parte de los derechos constitucionales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador 2008.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia ha establecido algunas precisiones como, por ejemplo; que, por medio de la consulta previa, a los pueblos deben de respetarse su cosmovisión por lo que se deberá considerar sus decisiones cuando afecten sus derechos fundamentales.

Como se advierte en el análisis que antecede, el derecho a la consulta previa vinculante, no solamente beneficia a la población donde se consulta la actividad del Estado, sino toda la ciudadanía en general, esto debido a que se garantizaría el entorno natural y por ende el derecho a la salud.

En la actualidad el derecho a la consulta previa no tiene carácter vinculante, por el contrario, es un trámite netamente administrativo que, si bien es obligatorio su aplicación, no necesariamente la decisión del pueblo es considerada, por lo que el Estado tiene aún la facultad de realizar las actividades extractivas aun cuando no tenga el beneplácito del pueblo.

La consulta previa continúa siendo un espejismo para la población, pues si bien se establece como un derecho en la constitución, no se respeta el contenido del derecho, que sería no solamente la aplicación de una consulta, sino, el respeto de la decisión que nazca de ella.

Como se aprecia al no tener la consulta previa un aspecto vinculante ante el Estado, trae consigo consecuencias irremediables a los derechos constitucionales de la población, donde se afectaría principalmente la salud y vida de toda la población.

Es necesario los análisis minuciosos del alcance del derecho a la consulta previa, a fin de que se tenga en consideración su protección y garantía desde el espectro jurídico y político en las decisiones de las autoridades estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial N° 449*.

Asamblea Constituyente. (1998, 11 agosto). Constitución Política del Ecuador, *Registro Oficial N° 1*.

Bernal Pulido, C. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carmona C. (2013). Tomando los derechos colectivos en serio: El Derecho a consulta previa del Convenio 169 de La OIT y Las Instituciones Representativas de los Pueblos Indígenas, *Ius et Praxis*. Volumen 19, Issue 2, 301 – 334. DOI [10.4067/s0718-00122013000200009](https://doi.org/10.4067/s0718-00122013000200009)

Congreso de la República de Colombia. (1991, 6 de marzo). Ley 21, *Diario Oficial. N.º 39720*. URL: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7602.pdf>

Congreso de la República del Perú, (2011). Ley Del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios.

Gaceta N° 29785. URL: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7642.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Resumen de sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, p. 5. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, p. 42 y 43 Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pueblosaramaka.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas Disponible en, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-ima/documents/publication/wcms_345065.pdf

López Vyhmeister, R. y Mohr Aros, T. (2014). Susceptibilidad de afectación directa en la consulta previa del Convenio

169. Análisis de Normas Previstas y de su trato en la Jurisprudencia. ¿Una cuestión de derecho? *Revista de Derecho*. Volumen 27, Issue 1, 105 – 126. DOI 10.4067/s0718-09502014000100005

Vallejo Trujillo, F. (2016). *El Proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional Colombiana*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.