

# 54

Fecha de presentación: septiembre, 2022

Fecha de aceptación: noviembre, 2022

Fecha de publicación: enero, 2023

## LOS DERECHOS COLECTIVOS Y EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LA CONSULTA PREVIA

### COLLECTIVE RIGHTS AND THE NON-BINDING NATURE OF PRIOR CONSULTATION

María Isabel Cortés Moya<sup>1,2</sup>

Email: [mariacortes@uti.edu.ec](mailto:mariacortes@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8444-7931>

Luis Renato Mora Hidalgo<sup>1,2</sup>

Email: [renatomora@uti.edu.ec](mailto:renatomora@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4615-1010>

<sup>1</sup>Tribunales de la República del Ecuador.

<sup>2</sup>Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

#### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Cortés Moya, M. I. & Mora Hidalgo, L. R. (2023). Los derechos colectivos y el carácter no vinculante de la consulta previa. *Revista Universidad y Sociedad*, 15(1), 514-522.

#### RESUMEN

El término Estado-Nación guarda relación con diversos tipos de gobierno dentro de una circunscripción determinada, siendo objeto de derechos y deberes, además de fijar como principal encomienda estatal, la convivencia respetuosa entre cada uno de los individuos que lo integran. La celebración histórica de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, considerada como garantista, debido al gran catálogo de derechos que promulga, introdujo preceptos como la interculturalidad y la plurinacionalidad, plasmados como reflejo de la lucha histórica de grupos vulnerables. El irrespeto estatal del carácter no vinculante de la consulta previa frente a los Derechos Colectivos será analizado en el presente trabajo mediante una modalidad investigativa cualitativa, con empleo de métodos científicos como el de revisión bibliográfica documental, analítico e inductivo. Con lo que se logra concluir que los derechos colectivos y la consideración de los resultados de la consulta previa de manera obligatoria, no es considerada por parte del Estado ecuatoriano, mostrándose urgente la necesidad lograr una tutela efectiva del mencionado derecho, así como, de integrar el carácter vinculante real dentro del proceso consultivo.

**Palabras clave:** Derechos Constitucionales, Consulta Previa, Derechos Colectivos, Neoconstitucionalismo

#### ABSTRACT

The term Nation-State is related to various types of government within a given constituency, being subject to rights and duties, in addition to establishing as the main state assignment, the respectful coexistence between each of the individuals that comprise it. The historical celebration of the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008, considered as a guarantee, due to the great catalog of rights that it promulgates, introduced precepts such as interculturality and plurinationality, reflected as a reflection of the historical struggle of vulnerable groups. The state's disrespect for the non-binding nature of prior consultation against Collective Rights will be analyzed in this paper through a qualitative research modality, using scientific methods such as documentary, analytical and inductive bibliographic review. With which it is possible to conclude that the collective rights and the consideration of the results of the prior consultation in a mandatory manner, is not considered by the Ecuadorian State, showing the urgent need to achieve an effective protection of the aforementioned right, as well as, to integrate the real binding character within the consultative process.

**Keywords:** Constitutional Rights, Prior Consultation, Collective Rights, Neoconstitutionalism.

## INTRODUCCIÓN

El presente análisis investigativo se desarrolla en el procedimiento doctrinario, jurisprudencial y normativo de los Derechos Colectivos y la vulneración de los mismos, cuando el Estado no respeta los resultados que la Consulta Previa en cuestión, con lo cual se evidencia la falta de tutela estatal, así como, por una parte, la ausencia de norma jurídica al respecto, y, en otras, la falta de claridad de la norma existente.

Storini (2017) delimita al neoconstitucionalismo como: El producto final del constante conflicto social entre lo jurisprudencial, lo político y lo sociológico y no como algo inmóvil o rígido, siempre en relación al reconocimiento constitucional de derechos y deberes para cada uno de los habitantes de un Estado.

En concordancia a lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), que estipula que, "...las poblaciones donde se ha desarrollado un grupo determinado de individuos constituyen un patrimonio tangible e intangible para la humanidad".

Grijalva (2019), define los derechos colectivos, de una manera análoga a los derechos humanos, con la singularidad de que pueden ser reclamados solamente por un determinado grupo de personas con características puntuales y define a estos derechos como inherentes a los pueblos y nacionalidades indígenas en un sentido estricto al desarrollo histórico de sus territorios y en defensa de sus recursos naturales.

En este orden de ideas, la consulta previa nace como un derecho de tercera generación, exigible de la misma manera que los derechos colectivos y como un mecanismo de protección, aplicable solamente, por un grupo étnico específico y dentro de un fenómeno puntual. Al ser la consulta previa un derecho, nace o se aplica bajo los principios de lealtad, practicidad y buena fe, teniendo como principal misión, permitir, consentir y tener un efecto vinculante y obligatorio para las partes.

Para Carrión (2012) el reconocimiento del Estado de la consulta previa, particularmente, en el carácter internacional, es considerado una evolución importante en el desarrollo del derecho, así como, del nuevo constitucionalismo en el Ecuador, que ha pretendido no solo detallar el catálogo de derechos, sino también, de las garantías para precautelar los mismos. La trascendencia de alcance del carácter no vinculante que tiene el proceso consultivo en el Ecuador, tiene que ver principalmente con el ámbito histórico y moral, basado en el descontento del grupo indígena quienes se han sentido relegados, maltratados y considerados solamente en contiendas políticas.

Es por tal razón que, nace la importancia de analizar el derecho a la consulta previa de las comunidades, pueblos y nacionalidades, por cuanto, actualmente, en Ecuador, el mencionado derecho se encuentra garantizado dentro de la Constitución. No obstante, no existe una normativa que regule los parámetros exactos de la consulta previa como derecho constitucional, regulando y aclarando el carácter vinculante de la misma, por ende, de no determinar la obligatoriedad de dicha consulta, se evidenciaría la falta de tutela y respeto por parte el Estado ecuatoriano, a los derechos colectivos.

## DESARROLLO

### Derechos Fundamentales

Es necesario fijar la definición clara de lo que son las reglas, principio y derechos, el término regla, por ejemplo, nace del latín *regula* o recurso de fijación, materializado contemporáneamente en el campo del derecho con el positivismo y las sentencias emanadas por órganos judiciales competentes. En el segundo caso, los principios, es de decir que estos, padecen una ambigüedad en el sentido de su aplicación. Esto es, como fuente del derecho o también, como recurso universal en el ámbito legal. Y, finalmente, los derechos, que tiene su origen en la palabra *directus*. El nacimiento del derecho ha sido segmentado desde el punto subjetivo y objetivo, el primero, conformado por la normativa jurídica vigente y aplicable y el segundo, acorde a los lineamientos o facultades en los que se desarrolla el individuo en un contexto jurídico"

Hasta hoy, no existe una definición legal sobre cuáles son los derechos que pueden ser calificados como fundamentales. A pesar de esto, varios profesionales de la filosofía, el derecho y la sociología, establecen directrices para su reconocimiento. Es por ello, que se demanda que, la progresión teórica de los derechos fundamentales, deba ser estudiada cronológicamente, iniciando con el Estado Totalitario, donde las clases políticas eran los únicos beneficiados de decretos y leyes, siendo sus líderes autócratas dictadores, mientras que, en el Estado liberal surgen los derechos fundamentales, y predomina la democracia, otorgándose el título de mandante, al pueblo, revistiéndolo de una protección constitucional y legal.

De acuerdo a Barba, et al. (2019) "...tanto los derechos como los deberes fundamentales, responden a un desarrollo propio de la Justicia como mecanismo de regulación y control social".

Ferrajoli (2007) señala que los derechos fundamentales son iuspositivistas y axiológicos. En el primer caso, por abordar derechos como la independencia tanto de poderes, como de los sujetos que la integran. Otro derecho

es la libertad, tanto de acción, como de opinión, siempre que se encuentre apegada a la ley, y, finalmente, también es fundamental el derecho a la educación, la que debe responder a la realidad y necesidad social del momento.

Dentro de un determinado grupo de personas gobernados bajo un modelo estatal liberal, los derechos fundamentales, como es el caso de los derechos humanos, son considerados notablemente y se encuentran escritos en leyes, normas y reglamentos y principalmente, en la Constitución respectiva. Los derechos fundamentales ofrecidos por los candidatos y representantes políticos de los diversos poderes del Estado contemporáneo a pesar de encontrarse positivizados no han logrado ser singularizados, así como tampoco interpretados o aplicados por quienes los poseen de una manera correcta y efectiva, sufriendo un fenómeno de inaplicabilidad jurídica.

En el Ecuador, estos mismos autores, pero en un trabajo del año 2005, abordan que: los derechos fundamentales guardan relación inmediata con la deontología jurídica, además, desde su nacimiento como consecuencia de un enfrentamiento bélico hasta la actualmente en nuestro país se han forjado conceptos dentro de estos como son los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas, derecho a la consulta previa libre e informada, derechos de la naturaleza entre otros; mismos que se encuentran plasmados positivamente en los diferentes cuerpos normativos tanto nacionalmente en la Constitución de la República como internacionalmente en Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Se puede colegir entonces que, dentro de la normativa positiva de los derechos fundamentales, estos, tienen como objetivo la clara identificación de derechos individuales y colectivos, además, la ley no es rígida ni tampoco perfecta, su principal objetivo no es fijar lineamientos y parámetros en la convivencia de la sociedad intachable, al contrario, la creación de la norma debe responder a características de validez, eficacia y factibilidad.

### Estado Constitucional

La Primera Guerra Mundial dejó como consecuencia histórica en el aspecto jurídico, el surgimiento del Estado Constitucional, los opositores a este neo constitucionalismo, presentes en esa época, manejaban la teoría de que el poder, debería estar centralizado en los grupos burgueses, quienes manejaban las riendas del país, menospreciando la voluntad del pueblo, a quien, en la actualidad, debe considerarse como el soberano.

De hecho, el Estado Constitucional nace como antecedente del Estado de Derecho, siendo este, una forma de gobierno en el que todos sus integrantes, deben ser

considerados o respetados como iguales, tanto en sus derechos, como en sus obligaciones, y tiene su primera aparición, con posterioridad a la segunda guerra mundial.

De acuerdo a Bovero & Valadés (2016), la Ilustración francesa, con sus singularidades, como el laicismo, los valores propios del ser humano y el respeto a los recursos naturales, fueron el punto de partida para el origen de preceptos como son, el razonamiento jurídico y estatal, ambos utilizados hasta la actualidad, y propios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde la Constitución, es la norma suprema con la que las otras leyes o reglamentos deben guardar armonía. Surgen también, las garantías jurisdiccionales para la judicialización de los derechos, en caso de que, sus titulares, los consideren violentados.

Con respecto a la división de poderes y a la instauración del Estado Constitucional, la descentralización, distribución y segmentación de los poderes del Estado, colaboran a erradicar los modelos anteriores como el Estado Absoluto, Estado Policial, Estado Totalitario y Estado Militar, en los que la formulación y promulgación de leyes eran enfocadas primordialmente para la jerarquía de las fuerzas armadas y policiales.

El Estado Constitucional de Derecho, a través de la historia y hasta la actualidad, guarda características como la división de poderes, a partir de la segmentación de los poderes, legislativo, ejecutivo, judicial. Específicamente, en el caso ecuatoriano, está presente también, como característica, la función electoral y de transparencia y control social.

La categorización de la Constitución Nacional como la norma legal de mayor importancia, y que únicamente, están a su nivel los tratados internacionales de Derechos Humanos, permite que, la práctica y ejercicio de derechos y obligaciones en instituciones que formen parte de la red estatal, deben guardar armonía con los principios y preceptos constitucionales y, finalmente, pero no menos importante, se encuentra la anexión de garantías constitucionales, desarrollado como una herramienta para el ejercicio de la rigidez constitucional.

En Ecuador, la Constitución celebrada en la ciudad de Montecristi en el 2008, que por cierto, es la número 20 dentro de la historia republicana del país, fue la puerta de entrada al Estado Constitucional y la finalización del Estado Legal o también conocido por varios tratadistas, como el Estado de Derecho. Esta, que, además, fue denominada como Constitución de la República del Ecuador, sostiene la democracia participativa, y representativa del pueblo como único mandatario. (Constitución del Ecuador, 2008)

## Neoconstitucionalismo

La definición del neoconstitucionalismo nace después de la Segunda Guerra Mundial, en torno a ello, Ferrajoli (2017), precisa que "...el constitucionalismo contemporáneo emerge como secuela del irrespeto legal y la nula coexistencia social entre los países que formaron parte de este enfrentamiento en los siglos XVII, XIV, e inicios del XX, con consecuencias irreparables a nivel mundial"

Consecuentemente, Vallejo (2017), fija el nacimiento del neoconstitucionalismo europeo en Alemania, Italia, España y Francia y en el continente americano en Argentina, Colombia y Chile, respondiendo a un fenómeno social propio de la posguerra, así como, el iuspositivismo o la distinción entre lo legal y lo moral. Esta corriente surge de una manera demasiado amplia y, por ende, inexacta, tanto en su sentido filosófico, como hipotético. Es por esto que, su aplicación se remitió solamente como una de las muchas fuentes del derecho que existen y que pueden ser tomadas como modelo de crecimiento gubernativo y público.

Respecto al neoconstitucionalismo menciona que la Constitución o carta magna debe ser la única y exclusiva norma legal dentro de una circunscripción determinada, a la cual, debe resguardar el resto del ordenamiento jurídico vigente, integrando los principios, derechos y garantías jurisdiccionales que permitan su plena aplicación, vigencia y consideración ante organismos judiciales, sean estos nacionales o internacionales.

Además, para García (2014), "...la Constitución debe poseer características de rigidez y firmeza, cuando mencionada corriente es aplicada como un modelo estatal además de ejercer influencia y control directa sobre toda la normativa judicial existente y contrastar la utilización de las mismas"

En Latinoamérica según Celi (2017), el nuevo constitucionalismo como se conoce también al neoconstitucionalismo:

Fue construido con el aporte de varios escritores y tratadistas que lo forjaron en el aspecto doctrinariamente, citada variedad de criterios dio paso a que su aplicación posea poca efectividad procesal y se dependa directamente de la voluntad estatal para su perfecta utilidad, teniendo como característica en común la fijación de pesos y contrapesos entre las funciones estatales la apreciación y la relevancia constitucional y la inserción de gran cantidad de derechos.

En el Ecuador, el fenómeno político que abrió las puertas del neoconstitucionalismo fue plasmado en la Asamblea Nacional Constituyente en la ciudad de Montecristi en el año 2008, catalogada como el inicio del modelo neoliberal

ecuatoriano y un resurgimiento de la política en el país. Además de constitucionalizar una gran cantidad de derechos, se instauraron cambios marcados en los poderes del Estado y también de la creación de nuevos derechos. De la misma manera, en el aspecto económico y social, como lo menciona Celi (2017):

La categorización de muchos derechos, como constitucionales y el nacimiento de las garantías jurisdiccionales en el Ecuador, fueron los cimientos para la contundente apertura, tratamiento y el gran consentimiento popular del proyecto constitucional promulgado por los actores políticos de ese entonces.

Es relevante analizar de manera detenida las garantías constitucionales debido a que son la característica más predominante y tangible del neoconstitucionalismo ecuatoriano. Son definidas como mecanismos de custodia de derechos a la cual todos podemos aplicar cuando veamos vulnerados los mismos se dividen en garantías normativas, garantías políticas y garantías jurisdiccionales y se encuentran define claramente tanto en la carta política como en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El término neoconstitucionalismo, estudia las ventajas de una Constitución rígida, misma que tiene como objeto el garantizar derechos fundamentales dentro de un Estado, y, otorgar a los jueces el poder de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Las constituciones actuales, integran al sistema jurídico un catálogo de derechos y principios, fundados en la ética y la moral, que supeditan y controlan la coherencia de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y, por ende, determinan la validez o no de las mismas (Buriticá & Garay, 2020).

En Ecuador, es importante dejar claro que, el control de constitucionalidad lo realiza únicamente la Corte Constitucional, por cuanto es el máximo órgano de administración e interpretación constitucional, lo que quiere decir que, a pesar de que los todos jueces sean considerados constitucionales, no pueden inaplicar una norma por considerar que es contraria a la Constitución, si no que, de ser el caso elevarán en consulta a la Corte Constitucional.

## Derechos Colectivos

Para un análisis adecuado de los derechos colectivos es importante el estudio previo de los derechos fundamentales y la trascendencia histórica en el desarrollo normativo constitucional. En el año 1977, Karen Vasak realizó la primera categorización de los mencionados derechos considerando criterios de varios jurisconsultos

contemporáneos, y como lo menciona Fraguas (2015) "... con la injerencia de valores como Libertad, Igualdad, y Fraternidad y dividiéndolos generacionalmente como de primera, segunda o tercera generación"

Los derechos a la vida, al ambiente sano etc, son los categorizados como derechos de primera generación, que fueron el principal antecedente para el nacimiento de los derechos civiles, políticos entre otros. Los derechos inherentes a la sociedad, educación y cultura fueron llamados como derechos de segunda generación y guardan la singularidad de la tutela gubernamental para su desarrollo y efectivo gozo. Fraguas (2015), ubica dentro de esta esfera, a los derechos de la naturaleza y a los normativos sociales.

Como se puede evidenciar en líneas anteriores, los derechos colectivos emergen conjuntamente con los derechos humanos, sin embargo, según Grijalva (2009), estos derechos deben ser analizados desde un punto de vista cronológico tanto de manera local como mundial, en ambos espectros concordante con los pueblos y nacionalidades indígenas.

La normativa nacional e internacional tienen como meta el reconocimiento, la socialización, el empleo y el acatamiento, tanto de los derechos individuales, como grupales o colectivos, lo referido es el resultado de la lucha indígena, como consecuencia de la desigualdad e indiligencia gubernamental.

La Organización de las Naciones Unidas en el año 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) constituyen los primeros instrumentos donde se incluyen los derechos colectivos de manera positiva y de igual manera principios y preceptos como el del *ius cogens* o de no segregación que guarda relación con la importancia de la reglamentación internacional debido a la legalización de conceptos como los de determinación independiente y la prohibición discriminatoria.

En el entorno de los derechos colectivos la celebración de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo denominada OIT constituye universalmente el reconocimiento más importante para pueblos y nacionalidades indígenas debido que se incluyen políticas estatales de protección, así como las obligaciones de los países suscriptores de su respeto y promulgación. (ONU, 1989)

Este convenio como la materialización de la lucha social de los pueblos autóctonos, de poseer propiedad sobre su territorio, así como, de formar parte activa sobre los proyectos o procesos que se realicen sobre ellos.

En el ámbito local, Chuji, et al. (2010), conceptualizan a los derechos colectivos dentro del entorno político y articulado, pero, a pesar que el Estado ecuatoriano es parte de los convenios y tratados internacionales mencionados en párrafos anteriores no existe el respeto proactivo hacia estos grupos vulnerables lo cual instituye un peligro permanente hacia la supervivencia de citado grupo.

Al Ecuador formar parte como suscriptor del Convenio 169 de la OIT es imperativo y obligatorio que se respeten los acuerdos y resoluciones del Sistema de Monitoreo del Convenio 169 OIT, además de la modificación de la norma constitucional existente, así como, la creación de un nuevo articulado en la norma máxima que facilite el pleno ejercicio de los derechos colectivos.

En el año 1998 en la ciudad de Riobamba, se celebra la Asamblea Constituyente en la que los constituyentes responden al clamor indígena de más de ocho años e incluyen en su texto, el articulado que abarca los derechos y deberes de los pueblos y nacionalidades indígenas en él, por primera vez.

Ulteriormente, en la ciudad de Montecristi, se instaura una nueva Asamblea Nacional Constituyente que, según Chuji et al. (2010), la coacción de movimientos y grupos indígenas sociales y políticos, se vio reflejada en la concesión de derechos como la plurinacionalidad, la interculturalidad, el agua y la naturaleza, como titulares de derechos, además del Buen Vivir (*Sumak Kawsay*), entre otros.

La Constitución del 2008, vigente en el Ecuador, otorgó nuevos derechos y recursos legales aplicables para minorías étnicas históricamente olvidadas. La carta magna celebrada en la ciudad de Montecristi y su articulado es el resultado de la pelea histórica y constante entre la clase social alta representada políticamente por la derecha y la clase política baja representada políticamente por la izquierda a través de obreros, minorías étnicas.

De acuerdo a LLasag (2019) en el Ecuador, la necesidad del reconocimiento no solo de derechos, sino también, de deberes sobre grupos y colectivos indígenas, no han sido materializados correctamente tanto en la Constitución de 1998, como en la carta magna del 2008. Esto, lamentablemente, ha estado complementado con la negligencia y falta de tutela estatal. La declaratoria de territorio plurinacional, así como, el derecho a la libre determinación. Tanto nacional, como internacionalmente se invita a los países suscriptores de las normas mencionadas a que inicien la conversión hacia una convivencia plena, teniendo como pilares de la misma, preceptos como el respeto, la deferencia y la legalidad.

## La Consulta Previa

La Consulta Previa debe ser entendida como un mecanismo para el resguardo de los derechos colectivos y para un pleno uso y goce de los mismos, erróneamente, es definida por algunos tratadistas como una elección, informe o consejo, la consulta previa nace como un instrumento práctico y aplicable, que tiene como objetivos, la protección, cuidado, reconocimiento y conservación de las minorías étnicas y pueblos que se encuentran en situación de vulnerabilidad”

Grueso (2019), califica la Consulta Previa, como dual, esto, debido a la peculiaridad de ser tanto un derecho, como un mecanismo de cumplimiento, que busca proteger y formar parte de su independencia, gobierno y educación, así como, resolver sobre el rumbo que pueden tomar.

Dentro del contexto geográfico americano, Perú, fue el primer país que, a través de sus representantes, suscribió de manera voluntaria y afirmativa, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, así como, la Declaración de las Naciones Unidas en lo que concierne a los derechos de los pueblos indígenas. La suscripción de tratados y convenios internacionales en el hermano país no llegaron a ser elementos para la materialización de proyectos y procesos en los que se busque la inserción y respeto de los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas

Bolivia, posee la particularidad de ser el país americano, con más población definida como indígena de la región, característica por la que, Carrión (2012), menciona que el nombrado país, es considerado por varios tratadistas, como el fundador de la legislatura nacional y que guardan similitud con la norma internacional que regulariza de manera positiva, la consulta previa, concediendo a la misma, la facultad vinculatoria cuando exista amenaza de explotación de sus territorios.

En el Ecuador, la consulta previa libre e informada, dentro del contexto de aplicación de los pueblos y nacionalidades indígenas, goza del reconocimiento Constitucional a partir del año 2008, con la celebración de la veintava constitución nacional, sin embargo, posee varios vacíos en lo referente a su aplicabilidad y exigencia, fenómeno que da lugar a una limitación u obstáculo en el goce de este derecho.

La evolución social dio lugar a la conformación de nuevas agrupaciones que nacen y se desarrollan con características como la identidad, unidad, circunscripción entre otros. La consideración de los derechos colectivos y consecuentemente, de la consulta previa, nacen a finales del

siglo XX, como reacción a la petición de minorías sociales que contaban con alguna fortaleza en el poder legislativo, así como, voluntad en el poder ejecutivo.

Cronológicamente, el respeto de los derechos colectivos, además de la consulta previa, es un propósito inconcluso por parte los representantes gubernamentales de turno y de igual manera, a los pueblos indígenas. De acuerdo a Carrión (2012) durante la elaboración de la Constitución que se encuentra vigente en el Ecuador, el neoconstitucionalismo contemporáneo tuvo gran influencia en la incorporación de derechos, como son colectivos, así como, la concepción de la consulta previa como pre legislativa.

La falta de políticas públicas y la poca, o ninguna, voluntad por parte de todos los representantes gubernamentales y políticos en el Ecuador, frente a estos grupos vulnerables, constituye una deuda social o una clara falta de tutela de derechos por parte del Estado hacia los mencionados colectivos. De hecho, la categorización de la consulta previa como vinculante, guarda concordancia con el derecho a la libre determinación que tienen los pueblos dentro de un Estado.

Contemplar, considerar y conceder los parámetros de la Consulta Previa de manera positiva o escrita, acarraría un cambio de la imagen que tiene el pueblo hacia los grupos de poder. Los que carecen de credibilidad y no responden a las demandas de los grupos sociales necesitados, a los que acuden solamente, durante procesos de elección democrática.

Carrión (2012), acota que la Consulta Previa debe ser entendida, forjada, aplicada y considerada, como un procedimiento con características importantes como son la participación, licitud, intervención e implicación. El Estado ecuatoriano tiene la responsabilidad legal, internacional y constitucional, de, a través de sus instituciones y organismos, acatar la voluntad de los consultados y respetar el principio de autonomía de los pueblos.

Según Iborra (2020), en Honduras, el intento de reglamentar la consulta previa dio inicio a intentos de despojar a las comunidades, pueblos y nacionalidades de sus territorios, cuando la idea de la consulta, va encaminada a la protección de la autodeterminación política, de estos pueblos que son afectados por la explotación de recursos naturales no renovables, acciones que generan daños ambientales dentro de estos territorios, así como, el reconocimiento de la diferencia cultural existente dentro del país. Inclusive, varias comunidades fueron exentas de la consulta a la que tienen derecho, vulnerando este derecho del que incluso Honduras forma parte por firmar y ratificar el Convenio 169 de la OIT.

En Ecuador, es visible la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada, a pesar de que se ha pretendido reglamentar dicho derecho, se ha dejado a un lado, las indemnizaciones a las que deberían ser acreedores estos grupos sociales, en caso de daños ambientales, sociales, y culturales. El problema de la consulta ha traído a colación conflictos de intereses políticos que han originado como resultado la falta de legitimidad dentro de los procesos de consulta previa, problemas burocráticos que ponen en riesgo la democracia directa, y, por último, dejar sin efecto el carácter vinculante de la consulta previa, lo que transgrede los procesos democráticos y la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Vela & Torres, 2021).

Asimismo, las autoras, explican que, a pesar de los problemas antes mencionados lo positivo de la problemática tratada, es que, las comunidades, pueblos y nacionalidades han adquirido influjo político, pudiendo poner en conocimiento de instancias internacionales la situación real del Ecuador, fortaleciendo de esta manera, la autodeterminación de los pueblos, basados en los principios del buen vivir y la garantía de habitar dentro de un estado plurinacional.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 57, numeral 7, garantiza el derecho de las comunidades pueblos y nacionalidades, a la consulta previa, libre e informada, la misma que tiene que darse en un tiempo prudente y adecuado, antes de que se cometan actos de expropiación, prospección y comercialización de recursos de carácter no renovable que se encuentren localizados en tierras que pertenecen a estos grupos sociales y que, por ende, impacten ambiental y culturalmente.

Además, es importante recalcar que, de ser el caso, las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen derecho a gozar de los beneficios y recibir indemnizaciones con el objeto de resarcir los daños provocados, se debe destacar que, el derecho a la consulta previa es de carácter obligatorio y se debería realizar con un tiempo prudente de anticipación para su respectivo análisis (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Asimismo, la norma suprema del Ecuador en el artículo 398, estipula que en los casos de afectación al medio ambiente se debe realizar la consulta previa a la comunidad afectada por dicha decisión o autorización que va a tomar el Estado, el mismo artículo hace alusión a que se regulará mediante ley la consulta previa y sus parámetros y plazos a seguir dentro de dicho procedimiento, en donde el Estado debe considerar la opinión de la comunidad consultada para tomar una decisión, hecho que en la actualidad se ha dejado a un lado vulnerando

este derecho fundamental de las comunidades pueblos y nacionalidades.

### Efectos de la Consulta Previa

La consulta previa contemporáneamente, debe ser adaptada como una herramienta consolidada en la jurisprudencia y doctrina que tiene como objetivo la autorización o licencia que otorgan los consultados hacia los consultantes que por lo general son empresas extractivistas de recursos naturales o a su vez el mismo Estado.

Cordero & Navas (2013), definen a la Consulta Previa como punto de partida de importantes conceptos tales como: la independencia, el preámbulo jurídico y la responsabilidad para las partes consultadas y consultantes, quienes tienen la obligación de acatar el resultado de la misma y finalmente, el consentimiento. De lo analizado en líneas anteriores, puede decirse que la relevancia de la Consulta Previa radica en la correcta aplicación, así como, al finalizar el procedimiento, el respeto para las partes consultadas por parte de las partes consultantes, sobre los resultados que refleje.

Toda consulta tiene como conclusión un resultado final, el mismo que pueden ser favorable o desfavorable, de acuerdo a los actores y los intereses que estos representen de la misma, considerando y respetando el fin mismo de la consulta, que, en definitiva, es ponderar la voluntad indígena sobre los deseos extractivistas de empresas particulares o en su defecto, de multinacionales. El producto de este proceso debe guardar armonía administrativa, competencia judicial, y deberá concluir entonces, que ultimen con un efecto vinculante o no vinculante.

En un contexto obligatorio o vinculante el carácter vinculante de la consulta previa debe ser aplicado bajo conceptos de eficacia y adición en el ejercicio de los derechos colectivos como una herramienta para respetarlos dentro de un territorio determinado, y en el segundo caso de acuerdo a Vallejo (2017), la consulta previa como un derecho fundamental exigible por selectos individuos que de acuerdo a la Constitución ecuatoriana, a pesar de lo mencionado la aplicabilidad de este instrumento implica el reconocimiento de grupos o colectivos que nunca han sido considerados y que son titulares de derechos constitucionales como la pluriculturalidad, los derechos del medio ambiente o de la naturaleza entre otros.

Los colectivos indígenas por varias ocasiones a través del tiempo, han manifestado a las autoridades correspondientes la imperativa necesidad del reconocimiento legal de la Consulta Previa. Finalmente, en el año 2008, la Constitución de la República del Ecuador celebrada el 24 de Julio del 2008 y con la ratificación por una gran

cantidad de votantes el 28 de septiembre del mismo año, eleva a un carácter constitucional, el derecho de citados grupos sociales, a pesar de no contar con leyes o reglamentos que permitan su ejercicio pleno.

## DISCUSIÓN

Ecuador, es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, lo que quiere decir que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe un amplio catálogo de derechos reconocidos en la Constitución, pero además de ello, se reconocen garantías constitucionales. Entre ellas, puede encontrarse a las garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales, las que han sido normadas como mecanismos e instrumentos que pretenden proteger los derechos reconocidos en la Constitución. Es así como, de ser el caso, al evidenciar una vulneración de derechos se podría hacer efectiva alguna garantía jurisdiccional, requiriéndose cesar la vulneración en cuestión, e incluso, solicitando una reparación integral.

El irrespeto de los derechos colectivos, así como, la errónea ejecución de la Consulta Previa, ha sido materializada emblemáticamente en el caso "*Sarayaku* vs Ecuador", autodefinido como *kichwa* y con una densidad poblacional de 1,500 personas realizaron un reclamo al Ecuador, por la adjudicación y posterior concesión del contrato, para la explotación petrolera a la empresa Compañía General de Combustible "CGC". Una vez que se agotaron todas las vías judiciales y constitucionales, en Ecuador, las comunidades a través de sus representantes presentan formalmente, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el 27 de Julio del 2012 y una vez que se otorgó medidas cautelares se estableció el incumplimiento del debido proceso, respeto de los derechos colectivos y transgresión de la consulta previa ejecutiva, procedimental y aplicativamente.

Para Vallejo (2017), "el desarrollo normal de un pueblo, debe estar regido por leyes que han de gozar de características como, la singularidad, titularidad, positividad y respeto al mismo tiempo de ser aplicables para todos sus habitantes sin excepción alguna". El Derecho Internacional Público establece normas y principios de respeto hacia los Estados y a sus integrantes les entrega la potestad de autodefinición y autodeterminación mismos que poseen los mismos derechos e independencia respetando el principio de convivencia.

La tutela y control del ejercicio de derechos por parte del Estado, a través de instituciones y ministerios de gobierno, es fundamental, así como, la mediación el diálogo y la

deferencia en el caso de conflictos entre colectivos que forman parte activa de su población.

La consulta previa surge como derecho fundamental que cubre a grupos étnicos dentro de un territorio determinado y que otorga la facultad consultiva necesaria e imperativa el momento que se realicen actividades extractivistas en su territorio procurando conservar su creencia ancestral, así como el desarrollo de su vida, educación y doctrina histórica y ancestral.

La lealtad judicial, así como, la anticipación procesal, son principios que rigen a los derechos colectivos, así como, a la Consulta Previa, ambos catalogados como fundamentales, o de tercera generación. La obligatoriedad para las partes, de los efectos de la Consulta Previa, debe ser invariable, no acatar la voluntad del consultado es una imprudencia política que tiene como principal conclusión, el descontento, desprotección y enfado de los mencionados grupos.

Carrión (2012), menciona que contemplar la consulta previa como instrumento legal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es una muestra de progreso, esto guarda concordancia con la misma la norma suprema nacional del 2008 donde se reestableció y fortaleció instituciones gubernamentales de protección de derechos de pueblos y nacionalidades indígenas.

Es imperativo que no solamente se incluyan a los derechos colectivos, así como a la Consulta Previa de manera positiva o escrita, tanto en la Constitución, como en tratados internacionales en los que Ecuador, se encuentre suscrito, al contrario, se debe fijar de manera clara y puntual el respeto que todas las partes deben tener a los resultados que el proceso consultivo refleje especialmente, cuando el citado mecanismo sea activo, en defensa tanto de territorios ancestrales, como de recursos naturales.

Actualmente, las paralizaciones que se realizaron en el 2022, dentro del Ecuador, son el resultado el descontento de la las comunidades, pueblos y nacionalidades frente a varias inconformidades que tienen que ver con la vulneración de derechos, es así que es importante destacar que uno de los puntos a solicitar por parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador era en base al derecho a la consulta previa que se debía realizar antes de dar inicio alguna acción que tenga que ver con la explotación de recursos naturales no renovables, no obstante de aquello, el Estado ecuatoriano ha emitido decretos enfocados en el extractivismo, sin haber ejecutado la Consulta Previa a los pueblos que se ven

afectados ambientalmente, frente a esta vulneración de derechos.

Por ello que, en la reunión de la CONAIE con el Estado ecuatoriano, se explica dentro de su exposición que, se ha vulnerado el derecho a la consulta previa libre e informada, así como, el consentimiento previo libre e informado de las comunidades, pueblos y nacionalidades que habitan en aquellos territorios en donde se ha dado inicio a procesos de minería (Conaie Comunicación, 2022, 37m 39s).

## CONCLUSIONES

Actualmente, se garantiza dentro de la Constitución de Ecuador, el derecho a la consulta previa, empero, así mismo, se verifica la vulneración y falta de tutela por parte del Estado, ya que hasta la actualidad han pasado catorce años desde la regulación del prenombrado derecho. No obstante, no existe ley alguna que norme el procedimiento y los parámetros a seguir en lo que tiene que ver a la Consulta Previa, y no menos importante, que determine la obligatoriedad del cumplimiento al momento de obtener los resultados de la misma, respetando así, los derechos colectivos o pudiendo incluso, determinar casos concretos y extremos en los que se podría continuar con algún tipo de explotación de recursos naturales.

Por lo tanto, nace la necesidad de que se dé una iniciativa de un proyecto ley de consulta previa por parte de la Asamblea Nacional o el Presidente de la República del Ecuador, con el objeto de regular el proceso y parámetros a seguir al momento de ejecutar el derecho a la consulta previa a las comunidades, pueblos y nacionalidades, pretendiendo evitar y cesar la vulneración de derechos colectivos de estos grupos sociales, a quienes por varios años, se les ha quebrantado el derecho a la consulta previa libre e informada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barba Martínez, G. P., Roig, R. d., & Fernández García, E. (2019). *La Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Bovero M & Valadés. (2016). *Cuatro visiones sobre la laicidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Buriticá, E., & Garay, K. (2020). Neoconstitucionalismo, positivismo y validez. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXXIII - Nº 1. pp31-52. <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v33n1/0718-0950-revider-33-01-31.pdf>

Carrión, P. (2012). *Análisis de Consulta Previa Libre e Informada en el Ecuador*. Quito: Carla Bonilla.

Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en el Ecuador, Judicialización de la política o politización de la justicia*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). *Registro Oficial 449*. Montecristi, Manabí, Ecuador.

Cordero Heredia, D., & Navas, A. C. (2013). *La política encima de los derechos: La consulta previa y la sentencia de la Corte Constitucional Sobre la Ley de Minería*. <https://www.inredh.org/index.php/archivo/boletines-ambientales/159-la-politica-encima-de-los-derechos-la-consulta-previa-y-la-sentencia-de-la-corte-constitucional-sobre-la-ley-de-mineria>

Conaie Comunicación. (27 de junio de 2022). *Reunión de la CONAIE y su estructura con 5 poderes del Estado*. Quito, Pichincha, Ecuador: (Archivo de video). Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=VEI3gVWgWM&t=2269s>

Chuji, M., Berraondo, M., & Miguel, D. (2010). *Derechos Colectivos de los pueblos y nacionalidades evolución 1998-2008*. Quito: IWGIA.

Ferrajoli, L. (2007). *Los Derechos Fundamentales*. Universidad de los Andes.

Fraguas Madurga, L. (2015). *El concepto de los derechos fundamentales y las generaciones de derechos*. Obtenido de Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud: <http://www.calatayud.uned.es/web/actividades/revista-anales/21/03-05-LourdesFraguasMadurga.pdf>

García Falconi, A. (2014). *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Castilla: Universidad de Castilla.

Grueso Castelblanco, L. R. (2019). *El derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa Libre e Informada*. Colombia: Birig Gerlenberg

Grijalva, A. (2019). *Que son los derechos fundamentales*. Quito: Universidad Andina.

Iborra, J. V. (2020). Los límites a las políticas del reconocimiento y el derecho a la consulta previa en Honduras. *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, 52-72.

Llasag Fernández, R. (2019). *Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Storini C. (2017). *Carta Magna y nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Claudia Storini.