

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**Concesiones Mineras y su otorgamiento frente a los derechos colectivos:
aplicabilidad de la Sentencia 273-19-JP/22 a comunidades amazónicas del sur**

Trabajo de titulación previo a
la obtención del título de Abogada

Autora:

Paulina Yamile Sarmiento Torres

Director:

Vicente Manuel Solano Paucay

ORCID: 0000-0003-3955-8151

Cuenca, Ecuador

2023-03-07

Resumen

La tutela y garantía de los derechos colectivos en pueblos ancestrales se encuentra vinculado a las concesiones mineras, por lo que en este trabajo se identificarán las principales acciones u omisiones en que incurre el Estado ecuatoriano en su rol de máximo garante de los derechos de los colectivos. A consecuencia de posibles vulneraciones a los derechos de tercera generación, se describirán las afecciones sociales y culturales del pueblo Shuar Arutam, en cuyas comunidades se realizan actividades extractivas sin que en el Ecuador se haya implementado mecanismos idóneos de participación para las distintas fases de la consulta previa, libre e informada, figura que consagra la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, se pretende realizar un diagnóstico actual de las garantías que el Estado debe atender y aplicar a los titulares de estos derechos, cuando sus intereses se encuentren afectados por planes y proyectos mineros. En este marco del cumplimiento de preceptos constitucionales, se realizará un análisis respecto a normas infra constitucionales que se han implementado para regular los procesos de otorgamiento de concesiones, las mismas que deben guardar coherencia y armonía con la norma suprema y que los intereses estatales se subordinen a los derechos de los sujetos.

Palabras clave: derechos colectivos, concesiones mineras, comunidades ancestrales, consulta, previa, libre e informada

Abstract

The protection and guarantee of collective rights in ancestral communities is linked to mining concessions, which is why this work will identify the main actions or omissions incurred by the Ecuadorian State in its role as maximum guarantor of the rights of collectives. As a result of possible violations of third generation rights, the social and cultural conditions of the Shuar Arutam people will be described, in whose communities extractive activities are carried out without suitable participation mechanisms being implemented in Ecuador for the different phases of a prior consultation, free and informed, figure enshrined in the Constitution of the Republic and international human rights instruments.

In this sense, it is intended to carry out a current diagnosis of the guarantees that the State must attend to and apply to the holders of these rights, when their interests are affected by mining plans and projects. Within this framework of compliance with constitutional precepts, an analysis will be carried out regarding infra-constitutional norms that have been implemented to regulate the processes of granting concessions, which must be consistent and in harmony with the supreme norm and that state interests are subordinated to the rights of the subjects.

Keywords: collective rights, mining concessions, ancestral communities, prior consultation, free and informed

Índice

Resumen	2
Abstract.....	3
Dedicatoria.....	8
Agradecimientos.....	9
Capítulo I	10
1. Problema de Investigación.....	10
1.1 Planteamiento del problema	10
1.2 Formulación del problema	11
1.3 Objetivos de la investigación	12
1.3.1 Objetivo general.....	12
1.3.2 Objetivos específicos.	12
1.4 Hipótesis de la tesis a defender.....	12
1.5 Justificación.....	13
1.5.1 Impacto social.....	13
1.5.2 Impacto científico.....	13
1.6 Limitaciones	13
Capítulo II	15
2.1 Fundamentos del movimiento indígena en la Asamblea Constituyente de 1998 y 2008...	15
Tabla 1.	16

2.2	Conceptualización de la plurinacionalidad del movimiento indígena.....	18
2.3	Los Derechos colectivos en el Ecuador, su concepción y su trascendencia.....	19
2.4	Instrumento antecesor en el reconocimiento de derechos colectivos; y el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales	21
2.5	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	23
2.6	La tutela de los derechos colectivos en la Constitución de 2008	25
2.7	Garantías Jurisdiccionales ejercidas por los colectivos	26
	Capítulo III	29
3.1	Concesiones Mineras, concepto y colisión con los derechos colectivos	29
3.2	El pueblo Shuar Arutam, conflictos a raíz de las concesiones	32
	Imagen 1.	33
	Imagen 2.	35
	Tabla 2.	37
3.3	Medidas internas del pueblo Cofán A´ I de Sinangoe, frente a las concesiones	37
3.4	La consulta, previa, libre e informada; obstáculos para su materialización social	39
3.5	Trascendencia de la Consulta en los procesos de otorgamiento de la concesión.....	43
3.6	Sentencia Nro. 1325-15-EP/22 de la Corte Constitucional	45
	Capítulo IV.....	49
4.1	Vacíos legales o/y antinomias en normativa infra constitucional	49
	4.1.1 Ley de Minería.....	49
	4.1.2 Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC de la Ley de Minería.....	51

Conclusiones	53
Recomendaciones.....	55
Referencias.....	56
Anexos	60
Anexo A	60

Índice de tablas

Tabla 1.	166
Tabla 2.	37

Índice de imágenes

Imagen 1.333

Imagen 2.35

Dedicatoria

Dedico este trabajo a;

Mi madre Eliana, mujer sabia que me ha enseñado a trabajar con entrega. Quien con sus consejos y ejemplo ha guiado mi vida.

A Sergio, mi padre, quien siempre ha materializado sus sueños, desde niña me has inspirado para replicar tus pasos.

A Emmanuel, quien con sus virtudes me ha enseñado mucho y que con su amor me acompaña.

Y a mi pueblo de Gualaquiza, que en este largo camino ha sido el motor para no rendirse, mi aliento, mi hogar.

Agradecimientos

Agradezco a;

A Dios; porque siempre escuchó mis sueños, preparó el camino y me acompañó.

A mis padres, quienes siempre me apoyaron sin escatimar esfuerzos.

Agradezco a la Universidad de Cuenca, la que desde el primer día me acogió y ha sido el escenario de muchos retos que han contribuido positivamente en mi formación.

Agradezco al Dr. Vicente Solano, docente de quien me llevo gratos recuerdos de sus cátedras y que tengo el honor que dirija este trabajo, porque con su predisposición y valiosa colaboración, ha hecho posible la consagración de este trabajo.

Por último, agradezco a mi familia y a todas las personas que confían en mí, porque con sus palabras reafirman mi compromiso y mis aspiraciones en la vida.

Capítulo I

1. Problema de Investigación

1.1 Planteamiento del problema

Las Concesiones Mineras en Ecuador es un tema de relevancia nacional y de complejo tratamiento debido a su incidencia en el desarrollo económico del Ecuador, representada en una alta demanda concesional de empresas extractivas en la última década en pueblos amazónicos del sur, concretamente en territorios del pueblo Shuar Arutam, cuya amplitud concesionada es del 55 % a la actualidad. Frente a ello, su otorgamiento resulta una vulneración sistemática de los derechos colectivos, derechos constitucionales fundamentales y de los derechos humanos, todo ello sobre la base de derechos colectivos y sus garantías consagradas en la Constitución de la República de 2008.

Dentro de este conflicto territorial de trascendencia constitucional que involucra luchas sociales y de resistencia, existe una marcada oposición del movimiento indígena respecto al otorgamiento de concesiones en sus territorios. Dicho conflicto se remonta a la Asamblea Constituyente de Montecristi en el año 2007, puesto que el movimiento indígena incluyó propuestas y planteamientos sobre nuevos temas que en 1998 con la aprobación de los derechos colectivos no se materializaron, como la plurinacionalidad, interculturalidad, el derecho al agua y el Buen Vivir (Sumak Kawsay), todo esto dentro de su plan político (Tukui Shimi et.al, 2009).

Es con el nuevo enfoque constitucional de los derechos que el Ecuador adquiere un compromiso insoslayable y de evolución en el marco de los derechos de los titulares, dentro de los cuales están los colectivos. Sin embargo, la garantía constitucional de los derechos de los colectivos según la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (de ahora en adelante CONAIE) en un informe realizado por el Dr. Stavenhagen, relator especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas; pone de manifiesto que, los derechos colectivos con el nuevo texto constitucional, no pueden llegar a garantizarse con el modelo vigente en el país denominado como “modelo neoliberal”, el cual limita al Estado plurinacional y constituye un retroceso en materia de derechos (Tukui Shimi et al., 2009).

De ahí que, esa insuperable incompatibilidad del modelo económico y social del Ecuador con los derechos colectivos, instalara un ambiente tenso y de persecución ante las demandas de los pueblos indígenas por ejercitar los derechos colectivos, dentro de los cuales está su derecho de participación en la toma de decisiones de todo lo que les afecta y en lo referente a sus territorios sobre la adopción de proyectos extractivos que pudiera poner en riesgo la integridad de los

pueblos. Dentro de este contexto, como propósito para analizar la vulneración de los derechos colectivos del que son objeto los pueblos y comunidades amazónicas del Sur, nos guiaremos de la sentencia histórica 1325-15-EP/22 del pueblo Shuar Arutam y de la 273-19-JP/22 del pueblo A' I Cofán de Sinangoe que constituyen referentes en la reivindicación de derechos colectivos. Además, resaltaremos la adopción de medidas internas de la comunidad de Sinangoe para contrarrestar políticas extractivas, medidas que pudieran ser replicadas por el pueblo Shuar Arutam.

A partir del caso de la comunidad de Sinangoe, resaltaré las acciones adoptadas por los sujetos colectivos para precautelar sus derechos, acciones que plantean varias interrogantes con respecto a la tutela y garantía de los derechos colectivos por parte del Estado ecuatoriano. El mismo que, en este caso y otros; inobserva mandatos constitucionales como el consentimiento previo, libre e informado y el derecho de propiedad imprescriptible de tierras comunitarias. Pues, pese al reconocimiento constitucional, el Estado vulnera los derechos colectivos e inobserva preceptos constitucionales, lo cual puede acarrear responsabilidad sobre las concesiones que realiza en territorios ancestrales.

Al contrario, los porcentajes concesionados refieren que la actividad ha crecido, haciendo que la aplicabilidad de los derechos colectivos en la actualidad no sea garantía de un Estado plurinacional. Esto ha generado conflictos internos en las comunidades y, en el plano nacional ha propiciado que los derechos colectivos sean asunto propio de las minorías, transformando el Estado plurinacionalidad en “uninacional”. De esta visión que, para los pueblos y comunidades indígenas para la efectiva aplicación de sus derechos colectivos es trascendental que el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y plurinacional, se aleje de un modelo mercantilista y extractivista que relega a los pueblos indígenas de sus derechos, los criminaliza y ejerce presión sobre sus territorios que son la base de su autodeterminación y estabilidad cultural.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 ¿Por qué el Estado históricamente ha deslegitimado los derechos colectivos al desconocer las demandas de los pueblos indígenas respecto al otorgamiento de concesiones mineras en territorios ancestrales?

1.2.2 ¿Por qué la vulneración de derechos constitucionales de los pueblos indígenas, ocasiona impactos irreversibles en la estabilidad socio ambiental y cultural de los titulares de derechos colectivos?

1.2.3 ¿Cómo la sentencia 273-19-JP/22 del pueblo de Sinangoe, coadyuva socialmente y jurídicamente a otras comunidades indígenas, para exigir sus derechos colectivos frente al poder que ejercen las empresas y el Estado ante el continuo incremento de concesiones mineras en sus territorios?

1.3 *Objetivos de la investigación*

1.3.1 *Objetivo general.*

1.3.1.1 Examinar la vulneración de los derechos colectivos de las comunidades indígenas frente al otorgamiento de concesiones mineras en sus territorios, con la finalidad de contrarrestar el impacto social al que están expuestos por las acciones extractivas en detrimento de su estabilidad cultural.

1.3.2 *Objetivos específicos.*

1.3.2.1 Contrastar el rol del Estado en la prestación y garantía de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

1.3.2.2 Describir los acontecimientos y problemas centrales que enfrentan las comunidades indígenas a consecuencia del otorgamiento de concesiones mineras, a través de consultas a líderes de la comunidad y/o relacionistas comunitarios.

1.3.2.3 Contribuir a la ciencia jurídica de manera que se corrijan antinomias normativas o arbitrariedades ante mandatos constitucionales que garantizan los derechos colectivos de las comunidades en su relación estrecha con la Naturaleza.

1.4 *Hipótesis de la tesis a defender*

La hipótesis planteada dentro del caso sujeto a análisis es que, la normativa constitucional en concordancia con los instrumentos internacionales como: la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007, el Convenio 169 de la OIT de 1989, jurisprudencia de la CIDH, recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos y las propias sentencias de la Corte Constitucional; están direccionadas a lograr una real y efectiva aplicación de los derechos colectivos que gozan los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Así como también, están direccionadas a lograr la aplicabilidad de las garantías en caso que sus derechos hayan sido vulnerados como es el caso del pueblo Shuar Arutam, por la arbitrariedad y omisiones del Estado al otorgar concesiones mineras.

1.5 Justificación

1.5.1 Impacto social.

Con el proyecto de investigación, aspiro describir las afecciones socio culturales de los pueblos y comunidades por el otorgamiento de concesiones mineras en territorios del pueblo Shuar Arutam, para que instancias gubernamentales observen y accionen en pro de recuperar la estabilidad social, organizativa y cultural. Así también, pretendo visibilizar las luchas sociales por ejercer los derechos colectivos garantizados en la Constitución de la República, analizar el rol del Estado como máximo garante de derechos y detallar las posibles arbitrariedades u omisiones en que ha incurrido en detrimento de los mismos. Por último, a largo de este trabajo lograré determinar posibles vulneraciones a la Carta Magna por el otorgamiento de concesiones mineras en territorios ancestrales, lo cual es trascendental corregir para la eficacia de los derechos colectivos.

1.5.2 Impacto científico.

En el análisis jurídico del tema de las concesiones mineras, será procedente resolver contradicciones legales y posibles vacíos jurídicos en relación a los derechos colectivos, tema de relevancia nacional y que afecta a las comunidades indígenas. Esto es trascendental para entender la dinámica del conflicto, puesto que por un lado nos orienta al trayecto legal más fiel y acorde a los principios constitucionales y ambientales en torno a los procesos extractivos, así como por otro lado a la tutela de los derechos colectivos de las comunidades. Por lo anterior, pretendo desarrollar un análisis para, aclarar la lesividad que originan ciertas normas infra constitucionales que posibilitan el otorgamiento de concesiones mineras, cuando están de por medio derechos de las comunidades, para de esta manera aportar a la ciencia jurídica y a su academia en propuestas que hagan posible la articulación eficaz de los derechos colectivos.

1.6 Limitaciones

Durante el proceso de investigación se han impuesto obstáculos para la consecución del proyecto de titulación. El primero es referente al tiempo que inicialmente se consideró en el cronograma, puesto que entre el tiempo inicialmente fijado y el posteriormente aprobado se redujo considerablemente para realizar estudios de campo propuestos en el protocolo. Segundo, debido al tiempo he tenido que prescindir de obtención de información y datos a miembros de la comunidad seleccionada, esto inicialmente lo planteé para corroborar información de fuentes bibliográficas y para analizar el tema del conflicto interno que existe en el pueblo Shuar Arutam, referente a su consentimiento en el otorgamiento de concesiones mineras y los proyectos mineros.

Para contrarrestar el impacto y consecuencias que dificulten el desarrollo en la forma y la consecución de los objetivos del proyecto de titulación, he estructurado el trabajo, de tal manera que no existan cambios sustanciales y se traten los principales temas referentes al conflicto de las concesiones mineras y la tutela de los derechos colectivos. A raíz de esto, no se dejará de analizar la sentencia propuesta en su capítulo respectivo y en cuanto a las encuestas planteadas, propongo la alternativa de recurrir a entrevistas o por defecto en cuanto al tiempo limitado, se investigará en fuentes bibliográficas.

Capítulo II

2.1 Fundamentos del movimiento indígena en la Asamblea Constituyente de 1998 y 2008

Los pueblos, comunidades, nacionalidades, colectivos y cada indígena disgregado de su territorio y cultura, se han enfrentado a los más adversos escenarios por reivindicar sus derechos. Esto va más allá de la comprensión de lo individual y del entendimiento generalizado de los derechos subjetivos que cada individuo posee inherentemente. Se trata de derechos colectivos de grupos ancestrales, que a pesar del colonialismo y segregación que persiste, han conservado sus raíces multiétnicas, como es el caso de Ecuador en donde la diversidad de culturas y su desarticulación ha propiciado que los indígenas como actores sociales disputen por intereses legítimos.

Primero está, el lograr el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones que los mestizos, pues era necesario el reconocimiento de derechos básicos del ser humano, lo que luego en la Constitución vigente y tratados internacionales de derechos humanos lo encontramos plasmado en los derechos fundamentales de los individuos. Lo segundo es que, a partir de la organización de los indígenas, que en el contexto histórico del Ecuador debió significar un reencuentro y re asimilación de sus saberes culturales transmitidos desde generaciones; lograron que se reafirme el sentimiento de lo colectivo, que ha predominado en el campo social para la materialización en lo posterior de los derechos colectivos.

Es así que, en 1998 en el contexto político social del Ecuador, marcado por una época de profunda inestabilidad política y debilitamiento institucional, surge la iniciativa del plebiscito para convocar a una Asamblea Constituyente. Este acontecimiento fue impulsado por el movimiento indígena, que previamente en 1997 junto a la CONAIE convocaron al Parlamento de los Pueblos e instalaron una Asamblea Constituyente Alternativa. Esto denota los principales objetivos del movimiento indígena, que más allá de pretender el reconocimiento constitucional de sus demandas colectivas, pretende un profundo cambio del Estado hacia la plurinacionalidad. Este proyecto, no podrá consolidarse si no existe un periodo de transición del Estado neoliberal y sus políticas de libre mercado hacia un Estado plurinacional.

Pese al reconocimiento constitucional de los derechos colectivos en la Constitución de 1998, no se vieron plasmados los ideales fundacionales de la CONAIE, puesto que pese a la presión que ejercieron no se consolidó el Estado Plurinacional. Esto, para el movimiento indígena produce una “parcelación de las demandas indígenas, la convierte en asuntos particulares de etnias

determinadas y cortan la relación política que las organizaciones indígenas habían tejido con otros actores y movimientos sociales” (Tukui Shimi et al., 2009, p. 55)

Es en el proceso constituyente de 2007 que, en base a la visión del “ciudadano” se crearon marcos de discusión que permitieron la participación ciudadana, dentro de ellos se incluyó la CONAIE con su propuesta de “Principios y lineamientos para la nueva Constitución”. Esta propuesta, estaba en la agenda del movimiento indígena desde la anterior Asamblea Constituyente, no obstante, sus impulsores vieron reflejados sus ideales de nación con la consagración del Estado plurinacional hasta este momento, cuyo objetivo en la práctica y en la Constitución de 2008 durante estos 14 años de vigencia, está muy lejos de generar un cambio, puesto que el articulado constitucional implica una verdadera tarea de reformulación del Estado que concebimos actualmente.

El Estado plurinacional, convive con varios de los principios que la Constitución adopta en 2008 en su preámbulo, como el reconocimiento de la Pacha Mama. Sin embargo, no son suficientes las declaraciones formales para estructurar un Estado de tal envergadura, sino que deberían considerarse y replantearse varios de los enfoques que postuló la CONAIE para la aprobación del Estado plurinacional y el enriquecimiento de los derechos colectivos, entre estos enfoques está: el pluralismo jurídico, la democracia, redistribución de la riqueza, entre otros. Todo esto dentro del reconocimiento de que el Ecuador debe “superar la actitud colonial que margina, impone y somete a los pueblos y nacionalidades” (Tukui Shimi et al., 2009, p. 95)

Teniendo claro los fundamentos del movimiento indígena dentro de su plan político, cabe hacer un breve recorrido sobre los derechos colectivos que se han reconocido en la anterior Constitución y en la vigente, para contrastar el enriquecimiento de sus derechos, mismos que se refuerzan por las garantías que hacen posible su cumplimiento.

Tabla 1.

Comparación de los Derechos colectivos reconocidos en 1998 y 2008

<i>Constitución de 1998</i>	<i>Constitución de 2008</i>
Derecho a mantener y desarrollar su identidad cultural.	Derecho a la identidad.

Propiedad imprescriptible de tierras comunitarias.	Propiedad imprescriptible de tierra comunitarias (se suprime la facultad del Estado para declarar de utilidad pública)
Derecho a conservar los recursos naturales renovables de sus tierras.	Conservar los recursos naturales renovables.
Derecho a la consulta previa, libre e informada.	La consulta previa, libre e informada (se incluye su obligatoriedad y oportunidad.
Obtener la adjudicación gratuita de las tierras comunitarias.	Obtener la adjudicación gratuita de las tierras comunitarias.
Conservar su organización social y ejercicio de la autoridad.	Derecho a la organización social y ejercicio de la autoridad (en sus territorios ancestrales)
Derecho a no ser desplazados.	Derecho a no ser desplazados.
Propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales.	Propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestrales.
Acceso a una educación intercultural bilingüe.	Fortalecer el sistema de educación intercultural bilingüe (hasta el nivel superior). Se incluyen garantías de acceso al sistema y el control social.
Participación política.	Derecho a formar sus propias organizaciones políticas. Libertad de expresión en el marco del reconocimiento del pluralismo. Participación en formulación de políticas públicas y en el diseño de planes y proyectos del Estado.
	Reconocimiento y reparación a las formas de discriminación e intolerancia.
	Derecho a la igualdad y no discriminación en razón de la identidad étnica y cultural.

Aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (no podrá vulnerar los derechos constitucionales).

Derecho a la consulta previa de la adopción de medidas legislativas que pudiera afectar sus derechos colectivos.

Limitación a actividades militares en sus territorios.

Intangibilidad de los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario

Derecho a construir circunscripciones territoriales.

Nota. Derechos colectivos tomados de la Constitución de la República de 1998 y 2008. (Sarmiento, 2023).

2.2 Conceptualización de la plurinacionalidad del movimiento indígena

La plurinacionalidad es un concepto eminentemente político, ya que ha permitido la participación y organización de pueblos minoritarios originarios, nace junto con las luchas sociales indigenistas desde el colonialismo, cuando los campesinos que laboraban la tierra eran relegados a condiciones ínfimas, sin posibilidad de participación política y de ocupar un lugar en las esferas de poder (Shavelzon, 2015).

Sin embargo, cabe recalcar que es a partir del republicanismo, es decir de la post colonización, cuando en los pueblos quechuas y aymaras, de Ecuador y Bolivia respectivamente; surge la plurinacionalidad, concepto que abarca la diversidad de culturas de un Estado, esto en un sentido genérico ya que, el concepto está relacionado a la autonomía indígena, es decir a la amplitud de atribuciones que los indígenas aspiran para transformar las estructuras políticas y esto puede observarse en su plan político propuesto a la Asamblea Constituyente en 2007. En efecto, este concepto apareció por primera vez en Bolivia en la Tesis Política de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia, la misma que implica “el reconocimiento de la existencia de distintas naciones indígenas y de autogobierno como condición para alcanzar la descolonización” (Soto, 2021, p. 7). Por su parte, el movimiento indígena ha definido a la plurinacionalidad como:

Es la organización política y jurídica de los Pueblos y Nacionalidades del país. El Estado Plurinacional surge cuando varios pueblos y nacionalidades se unen bajo un mismo gobierno y Constitución. El Estado Plurinacional es distinto del Estado uninacional que es la representación de los sectores dominantes. (CONAIE, 2001, párr. 14)

En este mismo sentido, Boaventura de Sousa Santos dio importantes ideas acerca de la concepción de la plurinacionalidad a propósito de la implementación de la CRE en 2008. En su ponencia advierte que se trata de un nuevo constitucionalismo y que hay que distinguirlo del constitucionalismo moderno, pues propone cambios fundamentales a nociones del desarrollismo, conlleva una integración de los saberes de los pueblos y una convivencia ambivalente entre dos mundos diferentes, los mestizos y los indígenas, lo que implica el reconocimiento y asimilación de las diferencias. Por ello, para el sociólogo es necesario “(...) la refundación del Estado moderno, porque el Estado moderno (...), es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado” (Boaventura, 2008, p.8).

2.3 Los Derechos colectivos en el Ecuador, su concepción y su trascendencia

En el Ecuador, al hablar de derechos colectivos inmediatamente lo asimilamos con la Constitución de 2008, pese a que los derechos colectivos fueron aprobados en la Constitución derogada de 1998. No obstante, la Constitución de 2008 ha elevado estos derechos a categorías fundamentales de los pueblos y comunidades, los ha enriquecido al reconocer la diversidad de culturas y al declarar al Estado plurinacional, pero sobre todo al otorgar derechos a la Naturaleza, fuente de la cultura e identidad de los pueblos indígenas, que en su estrecha relación con el entorno natural han creado lazos milenarios y sobre los mismos, salvaguardan su existencia en el mundo.

En el Ecuador, las luchas sociales del movimiento indígena dan cuenta de la verdadera condición de los derechos colectivos, en donde su reconocimiento constitucional se ha extrapolado y actualmente “es un recurso de resistencia y movilización” (Tukui Shimi et al., 2009, p. 19). Esto pone al Estado ecuatoriano en serios cuestionamientos, sobre la forma en que ha cumplido y garantizado los derechos colectivos, teniendo presente se reconoce y garantiza estos derechos “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 (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.57).

Precisamente en los derechos humanos, está la base de los derechos colectivos, puesto que son derechos humanos que se han reconocido para determinados grupos, dentro de los cuales en el Art. 10 de la CRE se reconoce como titulares de derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades. Dentro de este cuerpo normativo, se han categorizado a los derechos colectivos como derechos fundamentales, puesto que son derechos subjetivos que deben estar adscritos en una norma jurídica, tal como ocurre con los derechos colectivos y cuyos titulares son grupos que están claramente establecidos en la norma.

Los derechos colectivos forman parte de la tercera generación de derechos, es decir su aparición corresponde a un orden cronológico en la historia del derecho, puesto que son posteriores a los derechos civiles y políticos, también conocidos como de primera generación y a los derechos económicos, sociales y culturales conocidos como de segunda generaciones. Pero son los derechos de tercera generación los que son complementarios a los anteriores como veremos.

(...) algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo, a la paz, el patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas y de los consumidores. En el caso ecuatoriano, los derechos colectivos, que como decimos, son también derechos de tercera generación, reconocidos constitucionalmente, son entre otros los ambientales, los derechos étnicos y los de los consumidores. (Grijalva, 2009, p.15)

En el Capítulo Cuarto de la Constitución, arts. 56-60, establece cuáles son los derechos colectivos y los garantiza, entre los cuales están; el derecho a mantener su identidad, a no ser discriminados por su identidad étnica, conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, el derecho a la consulta previa, libre e informada, participación política activa, educación bilingüe, constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura, entre otros. Es decir, además de los derechos individuales que son reconocidos para todas y todos, se les reconoce a los titulares de derechos colectivos, derechos propios, los mismos que son diferenciados por ser parte de un grupo cultural y étnico.

Dentro de estos derechos de tercera generación, también se integran los derechos al medio ambiente sano, así como los derechos para los consumidores. Y que, según Ávila y Corredores (2009) en esta misma publicación de la Flacso Ecuador manifiestan:

(...) los derechos de tercera generación y por tanto también los derechos colectivos, sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de estos últimos. Por ejemplo (...): el derecho de tercera

generación a un medio ambiente sano es una condición necesaria para ejercer derechos de primera generación como el derecho a la vida o a la integridad física (p.16).

Es importante, recalca Grijalva (2009) distinguir los derechos colectivos de otros derechos de tercera generación, ya que los derechos colectivos corresponden a determinados sujetos, los mismos hacia quienes es posible percibir su vulneración, mientras que los derechos difusos tienen mayor complejidad al identificar a sus afectados. En los derechos difusos y en caso de vulneración de alguno de ellos, por ejemplo, el derecho al medio ambiente sano o al desarrollo, que en apariencia podríamos ser todos los afectados, no obstante, deberá verificarse según la eventualidad, si se trata de la generalidad de individuos o de un grupo colectivo concreto.

Por último, señalan los derechos colectivos son indivisibles, no pueden funcionar fuera de lo colectivo, ya que tal como hemos visto en su significación, pertenecen a grupos concretos e identificables, esto en virtud de que estos derechos son en beneficio y reconocimiento de grupos con características comunes, tal es así que los derechos colectivos no pueden pertenecerle a un sujeto, sino que deben ejercerse colectivamente, porque son derechos que han nacido de la comunidad y no de la individualidad, pero que le corresponde a cada individuo que forma parte de la comunidad. Sin embargo, cada individuo de la comunidad posee estos derechos, en cuanto se amparen otros derechos individuales, por ejemplo, el derecho a la consulta previa, aunque es un derecho eminentemente colectivo, si lleva implícito un derecho individual como la libertad de expresión y tomar decisiones en cuanto afecte al sujeto mismo y a su comunidad.

2.4 Instrumento antecesor en el reconocimiento de derechos colectivos; y el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales

Desde la instauración de sistemas predominantes y excluyentes en la colonización y post colonización, existió la conciencia por reivindicar y devolver a los indígenas su dignidad cultural. Aunque, aquellos ideales por la defensa de los derechos de los indígenas, concretamente el derecho a la posesión y propiedad de las tierras, quedaron únicamente en meras aspiraciones del pueblo indígena durante siglos. Es después de la Segunda Guerra Mundial, que se crea un instrumento jurídico legítimo para la protección de los derechos humanos, la “Declaración Universal de Derechos Humanos” en 1948 que es el parteaguas para el reconocimiento de los derechos colectivos.

Luego, en 1957 se promulga el primer instrumento internacional que trata concretamente sobre los derechos de los indígenas; el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), este instrumento lejos de proteger los derechos de las poblaciones indígenas,

promovió su integración en los respectivos Estados parte. Para este momento, la consciencia indígena comenzaba a despertarse, tras la declaración de derechos humanos sus ideales se iban tejiendo en sus estructuras internas. Como hemos visto, existen ideales del movimiento indígena que no son acordes con programas nacionalistas que pretendan su adaptación y desarrollo como la incidencia del FMI en la economía de los Estados, sino que los mismos exigen un cambio en el sistema y sus estructuras de poder, para lograr más que una integración de diversos pueblos, la consagración de ideales y actualmente de su plan político.

Bajo esta premisa, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, es restrictivo en la consecución de sus derechos colectivos y de su protección, puesto que está dirigido:

(...) a los miembros de las poblaciones tribales o semi tribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. (art.1)

Este primer artículo y posteriores, evidencia la discriminación a los pueblos indígenas y pretende su inclusión bajo la idea de que los mismos no pueden desarrollarse si persisten sus condiciones sociales y económicas. No profundiza sobre los derechos colectivos y más bien sus articulados desconocen realidades culturales de los pueblos, incluso vulnera derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la igualdad en el sector laboral, lo que provoca que los mismos se sumerjan al ideal nacional para su progresiva desaparición. Para comprender la resistencia que han invocado estas poblaciones, en este convenio se trata sobre la incorporación de los indígenas a “relaciones capitalistas de trabajo” (Real, 2009, p. 367), esto denota las intenciones de sus suscriptores para integrar a proyectos políticos y económicos a las poblaciones originarias, lo que en la historia del Ecuador y actualmente el movimiento indígena rechaza en la implementación de políticas neoliberales.

Para sustituir este convenio que representaba ideales capitalistas y fomentaba la exclusión y discriminación de grupos étnicos, nace en 1989 el Convenio 169 de la OIT. Éste apareció después de la Guerra Fría, bajo la influencia del Fondo Monetario Internacional y sus políticas de ajuste económico, por ello que su realización está supeditada por ideales de desarrollo económico de las poblaciones, lo que tiende a transformar su entorno y modificar su estructura.

A pesar de esto, el nuevo Convenio sí representa un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos como; de la identidad cultural, el derecho a la autonomía, derecho a la

consulta previa, libre e informada, derecho de participación, el derecho de autodeterminación, entre otros. Lo cual, impulsa que los Estados que ratifican el convenio implementen reformas legislativas para la consecución de las disposiciones del Convenio 169, tal es el caso de Ecuador que en 1998 incorpora los derechos colectivos y en 2008 los fortalece con la implementación de más mecanismos para tutelarlos y garantizarlos. Sin embargo, mientras subsista la noción de unificar estos sectores sociales minoritarios a la sociedad predominante como es el caso de estos dos convenios, los derechos colectivos en estas sociedades predominantes entrarán en conflicto con respecto a su cumplimiento.

2.5 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, en consideración a la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos del 29 de junio de 2006 en la que se aprueba el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, expide finalmente el cuerpo normativo internacional dirigido a los pueblos y comunidades. Este cuerpo normativo, está comprendido por 46 artículos, y que en lo principal constituye un instrumento de aplicación no vinculante pero que potencializa la consecución de los derechos colectivos.

Sin lugar a dudas, este cuerpo normativo de naturaleza internacional reconoce en sus primeros artículos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, derechos que han sido sistemáticamente vulnerados por los Estados. Esto a consecuencia de que, se desconocido históricamente la diversidad étnica, se ha sometimiento a los mismos a la cultura predominante y al atropello de sus libertades colectivas, esto es a la facultad de tomar decisiones conjuntas y a organizarse políticamente.

Al haber quedado los indígenas relegados a los ideales de la clase predominante, el mentado cuerpo normativo en concordancia con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de DD. HH; hace una extensión de los derechos hacia los colectivos. Es decir que, a pesar de la forma colectiva de los pueblos indígenas, los derechos deben ser reconocidos y aplicados para todas las personas y los colectivos (pueblos, comunidades y comunas). En conclusión, los pueblos y comunidades indígenas gozan tanto de los derechos colectivos como de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, puesto que son grupos conformados por individuos a los que los convenios y tratados internacionales les reconoce igualdad de condiciones para ejercer los derechos, recogidos en el caso de Ecuador en el amplísimo catálogo de derechos de la Constitución de 2008 (de ahora en adelante CRE).

La presente declaración concuerda con varios de los derechos colectivos de la Constitución de 2008. Entre ellos en la declaración se menciona, el derecho a la libre determinación en los ámbitos económico, político, cultural y de desarrollo. En virtud de lo anterior el derecho a la autonomía y conformar autogobiernos (diferente del gobierno seccional parroquial); conservación de sus instituciones internas y la participación política en la vida del Estado, derecho a la nacionalidad; derecho a la libertad y seguridad de su vida colectiva (no podrán realizarse actos de violencia y genocidio); derecho a conservar su cultura lo que implica que no podrán ser sometidos a la asimilación forzada de otra; se incluyen nociones para aplicar medidas preventivas y de resarcimiento en caso de vulneración a sus derechos colectivos, la desposesión y desalojo de sus tierras, al respecto se menciona que los Estados deberán implementar mecanismos tendientes a proteger cualquier forma de traslado forzoso.

Aquí, la propia declaración, consagra el derecho a la consulta previa, libre e informada como mecanismo efectivo para identificar los intereses de la comunidad, con respecto al desplazamiento del territorio donde por generaciones se ha desarrollado una etnia o cultura. Así como, aplicando este mismo derecho de consulta, puedan participar y tomar decisiones con respecto a todo lo que les afecte, tanto en la utilización de sus territorios y recursos minerales como antes de formular medidas legislativas o administrativas que pudieran poner en riesgo sus derechos. Ante esto, la declaración hace mención del derecho a la reparación justa y equitativa en caso de desposesión de las tierras comunitarias, es decir, a la reparación integral y a la indemnización.

Entre otros derechos, encontramos el derecho a conservar sus culturas y a revitalizarlas, puesto que las mismas han sido sometidas a un proceso de opresión y desarticulación. Esto vinculado al derecho de enseñar e impulsar la comprensión de sus orígenes étnicos y su espiritualidad, por consecuencia a facilitar un proceso de convivencia con las distintas culturas y sectores del Estado, lo que coadyuva al proceso de transformación al Estado plurinacional.

Por último, según Boaventura (como se citó en Narváez, 2008):

La relevancia de la “Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas” radica en asumir la perspectiva del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, que: ... ha excluido cualquier rezago segregacionista propio del constitucionalismo decimonónico, cuya premisa respecto a la presencia indígena había sido la de disolución tanto de los pueblos mediante la pérdida de sus culturas, cuanto de las comunidades por medio de la reducción de su territorio a propiedad privada (...). (pp. 245-246)

2.6 La tutela de los derechos colectivos en la Constitución de 2008

Como hemos mencionado, la concepción que adopta la CRE de 2008 al desarrollar los derechos, otorgarles garantías y en caso de vulnerarlos establece mecanismos para su restablecimiento y reparación; corresponde a una nueva etapa en el constitucionalismo del Ecuador. A esta etapa el legislador la ha llamado “Estado constitucional de derechos”, que como Narváez (2008) en su tesis doctoral manifiesta trata de “extinguir todo vestigio que la pueda identificar con el Estado legislativo (decimonónico), proyectar el nuevo modelo político de Estado garantista de los derechos, y plurinacional” (p.178).

De lo anterior, es muy conocida la tesis de Ramiro Ávila en la que hace mención al error de codificación de los legisladores ecuatorianos, pues en ninguna otra Constitución se habla de un Estado de derechos o que en su defecto se trata de error de desconocimiento. Al respecto, concuerdo con Narváez, puesto que con la nueva Constitución se pretendía una transformación al robustecer las garantías jurisdiccionales de los derechos, y con esto dejar atrás un sistema de legalidad y potencializar la práctica efectiva de los derechos, para que los mismos no sean letra muerta. Y aunque, la declaración del Estado plurinacional, está muy lejos de transformar a la sociedad ecuatoriana, debería revalorizarse su sentido y su materialización para que ciertos derechos consagrados en la Constitución vigente, logren una real aplicación.

Esto, demuestra la dimensión de los derechos que consagra nuestra Carta Política y que los mismos son prioridad del Estado, no obstante, la experiencia de estos años de vigencia de la Constitución da cuenta que apenas se han podido ejercer los derechos de primera y segunda generación, dejando a los derechos de tercera generación en condiciones de no garantismo. De ahí que las luchas de los pueblos indígenas se han reforzado y en plena era del constitucionalismo social; exigen su tutela efectiva, ya que sin su protección difícilmente se puede alcanzar su garantía.

Dicha tutela de los derechos de las personas, colectivos y de la Naturaleza, corresponde ejercer al Estado y a las autoridades competentes, quienes garantizarán su cumplimiento tal como lo establece el capítulo primero de los principios de aplicación de los derechos. Los mismos que se señala “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.3). Siguiendo las disposiciones de la norma *ibidem*, se dispone “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)” (Constitución de la República, 2008, art. 11.9). Por lo tanto, es el Estado y representantes del

mismo quienes deben tutelar los derechos de los titulares y en su defecto “estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares (...)” (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 11.9).

Otra de las responsabilidades del Estado, corresponde a la transformación hacia la plurinacionalidad del Estado, que lleva implícito la efectividad y aplicación de los derechos colectivos, pues como hemos visto, la plurinacionalidad es una ideología que nace y se fusiona con la reivindicación de los derechos de los colectivos. No obstante, existe una brecha social pendiente de superar porque prevalece una corriente positivista ortodoxa que complejiza la efectividad de los mismos, y advierten un largo camino por recorrer para frenar el poder estatal sobre los históricamente sometidos, y lograr la transformación íntegra hacia el Estado constitucional de derechos.

2.7 Garantías Jurisdiccionales ejercidas por los colectivos

Es importante tratar sobre las garantías jurisdiccionales que tienen los colectivos en virtud del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989) que señala en su parte pertinente que: “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales (...) para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (art.12).

Para esto, las garantías jurisdiccionales determinadas en la Constitución de 2008, están dirigidas hacia los titulares de derechos establecidos en el numeral 10 de este cuerpo normativo, es decir a personas, colectivos, pueblos, nacionalidades y a la naturaleza; quienes poseen una legitimación activa abierta o popular para proponer acciones judiciales constitucionales. Esto dado que, estos mecanismos procesales se constituyen en artífices del nuevo paradigma constitucional y las llamadas a proteger integralmente los derechos subjetivos.

Esto significa que, si existe vulneración o falta de aplicación de derechos y normas constitucionales; la garantía es que puedan restablecerse a su estado anterior más óptimo, pues como consecuencia de su transgresión e inobservancia se crean condiciones desfavorables para su titular, ante lo cual una protección reforzada de derechos permite al operador jurídico garante del derecho, disponer su inmediato cumplimiento, en observancia a los mandatos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales cumplen un rol significativo dentro de las democracias constitucionales pues, dentro de las garantías constitucionales, estos mecanismos judiciales nos

permiten: “ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos” (Montaña, 2011, p. 34). De acuerdo con esto, la ley orgánica de garantías establece que las mismas:

(...) buscan la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009. art.6)

Cabe mencionar que las garantías jurisdiccionales en el Ecuador están presentes desde las reformas de 1996 y fueron consolidadas en 1998, sin embargo, en esta Constitución su materialización fue asimétrica e incompleta, pues solo existió el amparo constitucional, el hábeas corpus y el hábeas data. Es con la Constitución de 2008 que se amplió la esfera de protección de los derechos, pues el Estado constitucional de derechos, debía diferenciarse de los anteriores modelos; para esto y con razón de la hegemonía de los derechos, se integró a la actual Constitución el hábeas corpus judicial, las medidas cautelares, la acción de protección, acción de acceso a la información pública, el hábeas data judicial, la acción extraordinaria de protección y la acción por incumplimiento. No obstante, en las siguientes líneas se tratarán las principales garantías que los colectivos han ejercido en mayor medida para la protección de sus derechos.

La acción de protección, es una herramienta básica de garantía de los derechos de los que gozan los particulares, colectivos y la Naturaleza, ya que es la primera llamada a tutelar la generalidad de los derechos plasmados en la parte dogmática de la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En la Constitución de 1998 se denominaba recurso de amparo por su dualidad, tanto de precautelatoria de la vulneración de un derecho como reparatoria en caso del daño causado. Sin embargo, la acción se convirtió desfavorablemente y únicamente en preventiva, lo cual produjo la desnaturalización de la acción porque la prueba de la materialidad del daño llevó a procesos tediosos e infructuosos. De esto que la Constituyente de 2008 dividió este antiguo recurso en medidas cautelares, cuya finalidad es evitar la vulneración de un derecho y la acción de protección que repara integralmente el daño cuando este ha sido inevitablemente causado (Montaña, 2011).

La acción extraordinaria de protección, por su parte, procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpondrá ante la Corte Constitucional” (Constitución de la República, 2008, art. 94). Entendiendo que, esta acción protege los derechos constitucionales de sus titulares cuando han sido vulnerados por la autoridad jurisdiccional en el conocimiento de una causa. En

mi criterio, dicha acción tiene por objeto un control constitucional, ya que se interpone para fiscalizar si el juez ponente ha violado derechos constitucionales, algo similar a lo que ocurre cuando los jueces detienen el conocimiento de la causa y elevan a consulta si una norma infringe preceptos constitucionales.

La acción por incumplimiento, “constituye una garantía jurisdiccional especial, detrás de la cual debe hallarse protegido o precautelando un derecho constitucional” (Romero, 2011, p.226). Dicho esto, en la norma suprema se consagra que:

(...) tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional. (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 93)

De lo anterior, se colige que esta acción tutela, principalmente la seguridad jurídica y el principio de legalidad. El primero, encaminado a que los poderes públicos deben actuar conforme a derecho y que de esto exista una correcta aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico. El segundo, por el cual toda actuación de la autoridad pública debe estar sometida y apegada a derecho; por consecuencia, este actuar en concordancia a la norma otorga a la sociedad seguridad jurídica. Esto, evidentemente se relaciona con la aplicación y cumplimiento de normas y mandatos constitucionales, dentro de los cuales se encuentran implícitos ciertos derechos fundamentales que pueden ser vulnerados si es que las autoridades públicas omiten la aplicación de una norma. Recordemos también, que esta acción procede si se incumple con la aplicación o se inobserva informes y sentencias emitidos por organismos internacionales de derechos humanos que sean obligatorios y vinculantes.

Capítulo III

3.1 Concesiones Mineras, concepto y colisión con los derechos colectivos

En los momentos actuales, se habla frecuentemente y es tema de interés nacional las Concesiones Mineras, y entendemos que se trata de un acto en el que interviene el Estado como otorgante por poseer los derechos de propiedad del suelo y subsuelo, donde se encuentran yacimientos minerales, tal como lo establece la CRE:

Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo (...) Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución (...). (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 408)

Según Witker (2019) “es un acto administrativo, a través del cual el Estado otorga a particulares un derecho condicionado, aprovechar los recursos minerales identificados en un espacio delimitado y por tiempo prefijado” (p. 61). En normativa infra constitucional, encontramos que las concesiones nacen de delegar la participación en este sector estratégico y que constituye: “(...) un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial (...)” (Ley de minería, 2009, art. 30). Es decir, el Ministerio de Energía y Minas emite el título minero, que le confiere al concesionario varios derechos, entre ellos el de prospectar, explorar, explotar, comercializar, enajenar, entre otros. Todo ello, después de un proceso de otorgamiento de la concesión regido por la normativa del ramo, además de que la misma promueve la observancia de los principios ambientales.

Respecto del dominio del Estado sobre los recursos naturales no renovables, la Ley norma el ejercicio de esos derechos soberanos y se reserva en la actividad minera la facultad de “administrar, regular, controlar y gestionar” (Ley de minería, 2009, art.1.), puesto que corresponde a un sector estratégico. Sin embargo, en la práctica los derechos de propiedad soberanos del Estado se contraponen con los derechos de propiedad territorial ancestral, teniendo claro que el Estado tiene el dominio sobre el suelo y subsuelo donde se encuentran yacimientos minerales y las comunidades y pueblos indígenas tienen por mandato constitucional propiedad imprescriptible de las tierras donde existen sus asentamientos y también por este hecho la posesión y adjudicación gratuita de dichas tierras. La complejidad del asunto, surge porque no existe una norma, peor aún de alcance constitucional que prohíba la concesión de

territorios ancestrales, amparados en el derecho de propiedad comunitaria de sus tierras, teniendo claro la especial protección que brinda nuestra Carta Política a las poblaciones en sus derechos colectivos para conservar su identidad cultural arraigada a la tierra.

Entre los derechos colectivos que posibilitan la defensa de sus territorios está, el derecho a conservar sus tierras comunitarias las mismas que son inalienables, pero el Estado se reserva la facultad de concesionarlas a potenciales empresas extractivas para su prospección y explotación. Esto no quiere decir que, el Estado deba intervenir en la adopción de sus decisiones sobre planes y proyectos extractivos con total arbitrariedad, sino salvaguardando los derechos constitucionales de las poblaciones recogidos también, en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Al contrario, las concesiones han afectado los derechos colectivos de posesión y propiedad, pero para comprender esto nos remitimos a la siguiente Convención Americana:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...). (Convención Americana, 1969, art. 21)

En virtud de este artículo, se reconoce el derecho de propiedad en términos generales, es decir se hace extensivo a las poblaciones indígenas; la Corte Interamericana ha recordado que “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen un sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH”, 2009, p. 24). Entonces, existe una protección convencional para los pueblos en caso de arbitrariedades estatales y posibles transgresiones a los derechos de un grupo, pues como tal la norma internacional si bien no se refiere expresamente a los derechos colectivos, deberá interpretarse progresivamente hacia los derechos de los pueblos ancestrales.

En este caso que ampara la norma al derecho de propiedad, vemos como existe una equivalencia en la aplicación de este derecho para la protección de la propiedad privada individual y la propiedad colectiva, esto en concordancia con los derechos a la igualdad y no discriminación, consagrados en importantes instrumentos internacionales de DD. HH de los cuales el Estado ecuatoriano es suscriptor. Sin embargo, por esta confrontación de la soberanía de la tierra que posee el Estado con la propiedad comunal de los pueblos, se han perpetrado violaciones sistemáticas a los derechos humanos “cuando no otorgan a los pueblos indígenas las

protecciones necesarias para ejercer su derecho de propiedad plena y equitativamente con los demás miembros de la población” (CIDH, 2009, p. 25). En estos casos las comunidades y pueblos, han acudido a instancias internacionales cuando el Estado ha realizado expropiaciones y desplazamientos forzosos, incumplimiento estándares internacionales y quebrantando postulados constitucionales.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos; sobre los derechos esenciales del hombre, entendiendo que los derechos humanos se hacen extensivos para las poblaciones en el ejercicio de sus derechos de forma colectiva, establece que los mismos son atribuibles por el solo hecho de la persona humana. Por esto la doctrina ha establecido que los derechos “constituyen límites incuestionables o axiomas” (Caicedo, 2009, p.10). Esto quiere decir que los derechos de los titulares, están sobre el Estado y cualquiera de sus producciones jurídico normativas.

El principio Pro Homine, implica el deber de los servidores públicos y operadores jurídicos de preferir la interpretación o aplicación de la norma más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Principio que, haciendo un análisis personal en observancia a los DD.HH, mismos que son objeto de vulneración para los miembros de las comunidades, como los derechos colectivos (como el de propiedad imprescriptible, a la integridad cultural o identidad cultural, entre otros) así como otros derechos fundamentales afectados a raíz de esa vulneración sistemática (como el derecho a la integridad personal, derecho a un medio ambiente sano, a una vida digna, etc.); requieren y es necesario una revalorización inmediata, ya que la sola declaratoria de interés público de la concesión se sobrepone a la observancia de varios derechos humanos. A esto se suma el incumplimiento en el proceso de otorgamiento de la concesión de la popular “consulta anticipada e informada”.

Teniendo claro que, no se puede interpretar el artículo convencional del derecho de propiedad de modo que, pueda impedir el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios ancestrales por parte del Estado y reiterando que en el Ecuador no existe tal prohibición, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que este debe cumplir para este proceso:

(a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana; b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y c) aprobación solo después de consultas de buena fe y, cuando sea aplicable, del consentimiento, de un estudio previo de impacto

ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 93)

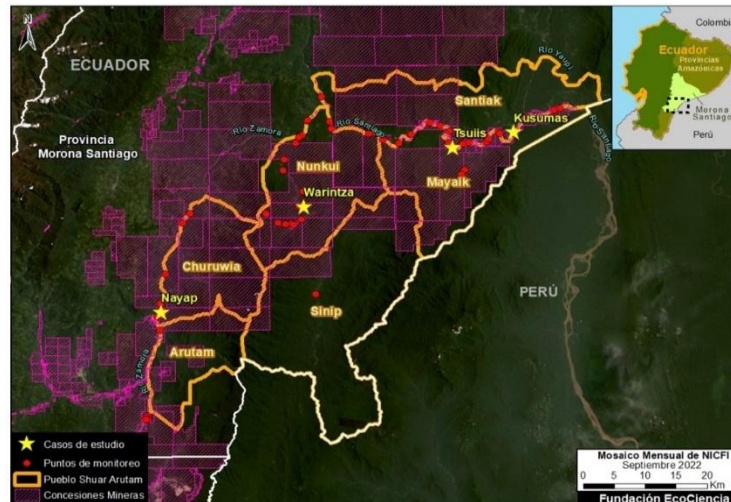
Según la Corte, los requisitos precedentes se deberán aplicar incluso si normativa nacional otorga al Estado propiedad sobre los recursos naturales renovables o no renovables, precisamente porque, se deben establecer medidas especiales tendientes a proteger los derechos de los colectivos, atendiendo siempre a los derechos humanos que se ha dejado claro en este apartado; son fundamento de los derechos de tercera generación, consagrados principalmente para velar por la supervivencia de los grupos ancestrales. De tal modo que, si no se han cumplido con esos requisitos el Estado deba actuar para precautelar o revertir los daños causados por la concesión, esto es limitar el derecho legal por el que se obtiene el derecho minero, para asegurar la integridad cultural de estos titulares de derechos a los que se debe el Estado.

Así, el derecho a la propiedad ancestral es un derecho colectivo trascendental para la consecución de otros derechos y se encuentra confrontado por intereses que resultan ser legítimos para el Estado, a pesar que existe un riesgo descomunal para los pueblos si el derecho de propiedad comunitaria y los otros derechos colectivos se desgastan y extravían en un proceso judicial de expropiación o demás actos que hacen posible la concesión.

3.2 El pueblo Shuar Arutam, conflictos a raíz de las concesiones

El pueblo Shuar Arutam (PSHA) se encuentra extendido en la Cordillera del Cóndor, donde están ubicadas las provincias surorientales de Morona Santiago y Zamora Chinchipe y cuenta con 230000 hectáreas. El PSHA es una organización indígena de 6 asociaciones y 47 comunidades, cuyos miembros (aproximadamente 12000) son los pobladores de los distintos territorios que conforman esta circunscripción territorial y comparten la cultura shuar con presencia milenaria en la Amazonía ecuatoriana.

Imagen 1.

Concesiones mineras en el pueblo Shuar Arutam

Nota. Mapa Minería en el pueblo Shuar Arutam. Datos: F. EcoCiencia y monitoreo PSHA. (Monitoring of the Andean Amazon Project, 2022).

El Estado ecuatoriano ha otorgado 165 concesiones en estos territorios, entre los titulares están empresas extractivas como Solgold, Ecuasolidus S.A, ExplorCobres S.A, Solaris Resources INC, Proyectmin S.A, entre otras potenciales empresas cuyo interés en estos territorios es la explotación del oro y el cobre. Según, Alvarado (2021) el 56 % de este territorio se encuentra concesionado actualmente, lo que pone en riesgo la vigencia de los derechos colectivos, puesto que para las comunidades y pueblos que se delimitan dentro de esta área con potencial mineral, existen cotidianamente acontecimientos y un sinnúmero de conflictos que han perturbado su vida social y cultural.

A raíz del incremento en el otorgamiento de concesiones, los colectivos han planteado varias demandas sociales, las cuales van desde exigir el respeto y aplicación de los derechos colectivos, como denunciar públicamente los desalojos de las comunidades, y los enfrentamientos armados entre los pueblos y las empresas que instalan campamentos mineros cerca de las comunidades para iniciar con las exploraciones. El ambiente para los miembros de la comunidad y las empresas y sus filiales, es tenso principalmente porque el pueblo Shuar Arutam, ha decidido no permitir el ingreso de representantes de compañías y permanentemente están resguardando sus territorios.

Como lo mencioné, el pueblo Shuar Arutam en virtud del art. 60 de la Constitución de 2008, ha construido esta circunscripción territorial, la misma sobre la que varias comunidades tienen propiedad colectiva y han ejercido su derecho a organizarse y tener su gobierno propio. Esta asociación de varios pueblos cuya finalidad es construir una circunscripción territorial, tiene sus propios planes de vida, persigue rutas y fines democráticamente constituidos. Así como, sus líderes y representantes están jerárquicamente organizados y distribuidos en las 6 asociaciones Shuar.

En varias asambleas estos pueblos han debatido y tomado decisiones conjuntas respecto a temas mineros, y desde hace algún tiempo, especialmente en 2016 cuando surgió el conflicto de desalojos para la entrada de la empresa minera ExplorCobres S.A (EXSA) a territorios de San Carlos de Panantza; el pueblo Shuar Arutam y sus dirigentes han mantenido una posición hermética y plantean su decisión de negación a la minería como una demanda colectiva. Esto con la finalidad de que se haga eco de su autodeterminación, de sus exigencias al Estado y a los organismos internacionales de derechos humanos.

Al respecto, la incompatibilidad entre los intereses del pueblo Shuar Arutam y los concesionarios han generado conflictos, puesto que un conflicto en estos temas “se origina debido a la disputa de poder sobre el control de recursos escasos, por la posesión de un espacio o para influir en la toma de decisiones” (Suárez, 2020, p. 20). Según Martínez Alier (citado en Suárez, 2020) entre los actores sociales existe una asimetría generada por el sistema capitalista, y dentro de este conflicto es evidente que los actores mantienen relaciones de desigualdad y lograr un consenso entre estos; propicia un ambiente en el que un sector deberá someterse total o parcialmente hacia los objetivos del otro. En el ámbito extractivo, ese sometimiento se logra por la acción reforzada de las autoridades estatales, empresas privadas y naturales.

Según la autora citada, los conflictos giran en torno a la protección de los recursos por parte de los indígenas y al fomento de la extracción de los recursos por parte de sectores dominantes y del Estado. Sin embargo, la lógica capitalista y los modelos de desarrollo y crecimiento económico que contienen este sistema, han modificado las estructuras internas de los pueblos y comunidades ancestrales, tal es el caso de comunidades del pueblo Shuar Arutam, concretamente en Warints y Yawi; donde la empresa Solaris Resources Inc. y su subsidiaria ecuatoriana Lowell Exploration S.A, lograron mantener relaciones comunitarias y actualmente con autorización de estas comunidades han trabajado conjuntamente en el Proyecto Warintza.

La opinión de los miembros de estas dos comunidades que contrariaron la decisión del pueblo Shuar Arutam; es que con la llegada de la empresa se han generado cambios positivos, como la generación de plazas de empleo, que permiten ingresos económicos a sus hogares para su sustento, se generan capacitaciones en varios ámbitos educativos y de conocimiento, por ejemplo, se ha creado la casa de la mujer, que incentiva a las mujeres para su realización personal. Pese a que Homero Papuel (El Comercio, 2022) miembro de esta comunidad shuar manifiesta que, sus costumbres y formas propias de vida cultural se mantienen, en la imagen expuesta se aprecia las áreas de deforestación, a causa del proyecto que opera en su comunidad.

Imagen 2.

Construcción de piscinas y relaves en el Proyecto Waritnza



Nota. Mapa Minería en el pueblo Shuar Arutam. Datos: F. EcoCiencia y monitoreo PSHA. (Monitoring of the Andean Amazon Project, 2022)

Hasta 2022, la empresa minera no poseía licencia ambiental para realizar actividades de exploración, para lo cual el Estado debería vigilar que normativa infra constitucional se esté cumpliendo para otorgar los permisos respectivos. Además, en vista que aparentemente se han logrado establecer espacios de participación positiva y de aceptación, sería interesante observar cómo se implementa el mecanismo de consulta, considerando que, pese a la libre determinación de este pueblo, el cumplimiento de la consulta previa es obligatorio.

Otro caso dentro del pueblo Shuar Arutam, que merece ser tratado es de la comunidad shuar del Tin, ubicada en Zamora Chinchipe, en donde actualmente el interés por las actividades mineras

ha repercutido en el tejido colectivo, puesto que esta comunidad no permite el ingreso de extraños, incluso de shuar de otras comunidades. Estas medidas restrictivas y extremas son posibles, porque han instalado un ambiente conflictivo, de criminalización y de apogeo de actividades ilícitas.

Según J. Tiwirian (comunicación personal, 2 de enero, 2023), importante líder del centro Shuar Bomboiza, nos comenta; que este sector a la fecha, es intocable por el nivel de violencia y que son los miembros de esta comunidad quienes realizan actividades informales sobre su territorio, fragmentando estructuras colectivas y de respeto hacia la Naturaleza, además nos comenta que por la actividad ilegal y por la inoperancia de la ley en este sector, se han producido muertes sospechosas y son impunes, todo esto debido a la actividad minera ilegal en la zona. Debido a esto, a los concesionarios se les ha dificultado realizar actividades de prospección que, a propósito, es la única fase libre, dentro de la minería. No hay que dejar de resaltar que, pese a la dificultad para controlar este espacio, desde el Estado debe existir el interés por crear mecanismos que frenen actividades ilegales dentro de esta comunidad.

No obstante, si bien los miembros de determinada comunidad, tienen derecho a utilizar los recursos naturales propios que se encuentren en sus asentamientos, no es menos cierto que, por mandato constitucional la propiedad del subsuelo y yacimiento le pertenece al Estado con todo su sistema dominalista, privativo y regalista. Por lo que, los colectivos y miembros de estas poblaciones como personas naturales, deberán realizar concesiones al Estado ecuatoriano, pero el problema surge por la complejidad del sistema, al “controlar” la actividad minera mediante la emisión de autorizaciones que se vuelve imposible de adquirir para los colectivos indígenas, puesto que es necesario implementar estudios técnicos, profesionistas y una serie de herramientas que el colectivo no dispone, más aún cuando la actividad es plenamente regalista.

De modo que, las actividades a raíz de las concesiones, son exclusivamente para sectores dominantes de la sociedad. A pesar de esta ventaja ocasionada por las brechas sociales, el Estado no está otorgando las garantías para el cuidado del medio ambiente tanto, en concesiones legales como en actividades informales; lo que revela la sistemática vulneración de derechos comunitarios y de la Naturaleza.

En razón de hacer una síntesis de los principales problemas e impactos generados por las concesiones en territorios ancestrales, se proporciona el siguiente cuadro:

Tabla 2.

Impactos sociales, culturales y ambientales por el otorgamiento de concesiones

IMPACTOS	
SOCIALES/ CULTURALES	AMBIENTALES
<ul style="list-style-type: none"> • Pasivos sociales. • No satisfacción de necesidades básicas. • Privatización de recursos naturales • Expropiación de territorios (desalojos, reubicaciones). • Distribución inequitativa de la riqueza. • Intromisión de extraños; delincuencia, drogadicción, etc. • Debilitamiento del tejido social. • Criminalización y represión • Desaparición de pueblos, comunidades y comunas. • División territorial y enfrentamientos entre comunidades. • Irrupción de conocimientos ancestrales a futuras generaciones. • Mercantilización de la naturaleza 	<ul style="list-style-type: none"> • Pasivos ambientales • Deforestación • Mal estado de los suelos para la agricultura • Escasez de recursos de uso tradicional de la comunidad (comercio y de consumo personal) • Destrucción de ecosistemas y especies • Contaminación del agua • Minería ilegal • Falta de acciones y mecanismos para mitigar daños ambientales (también sociales).

Nota. Impactos sociales, culturales y ambientales en los pueblos y comunidades ancestrales por el otorgamiento de concesiones mineras. (Sarmiento, 2023)

En base a lo anterior, es importante destacar que, los conflictos sociales no representan únicamente, espacios de enfrentamiento violento y de destrucción social cultural, sino como veremos a continuación; los titulares de derechos colectivos han fortalecido sus bases colectivas y formas de organización ante el fenómeno de las concesiones mineras, como es el caso del pueblo Cofán de Sinangoe, quienes establecieron mecanismos internos para confrontar a los concesionarios y lograr el respeto de sus derechos colectivos.

3.3 Medidas internas del pueblo Cofán A'Í de Sinangoe, frente a las concesiones

El pueblo de Sinangoe, ubicado en la provincia de Sucumbíos, debido al incremento de las concesiones mineras de mediana escala en sus territorios y a la falta de control sobre estas de parte del Estado, pues los concesionarios han abusado del título minero y están excavando en sectores fuera del límite de sus concesiones; ha emprendido interesantes mecanismos para precautelar sus derechos. Dentro de los cuales están lo expuesto a continuación.

Según Suárez (2020), en 2017 la comunidad adoptó dentro de sus sistemas de autogobierno y organización, la “Ley Propia de Control y Protección del Territorio Ancestral”. Esta ley contiene

importantes disposiciones, que permiten codificar objetivos y métodos de protección para salvaguardar sus derechos. Entre estos mecanismos, se ha constituido la guardia comunitaria, quienes realizan recorridos, monitorean y documentan las actividades mineras dentro sus territorios. Además, en virtud de esta ley, notifican a quienes realizan actividades mineras del monitoreo que hace la guardia y en rigor de las pruebas, logran que grupos de mineros ilegales dejen sus operaciones. Este sistema de monitoreo también incluye a los concesionarios con licencia ambiental, puesto que con la información exigen a las autoridades gubernamentales, cumplan con sus derechos colectivos, entre estos el de la participación y consulta previa.

Pese a que se reconoce la legitimidad de esta ley implementada por la comunidad, los agentes estatales no realizan acciones para precautelar sus derechos y los del medio ambiente. Más bien por exigir sus derechos han recibido amenazas contra su integridad personal. Ante esto la comunidad ha optado por solicitar la cooperación de la ONG Amazon Frontlines. Una vez que la comunidad se ha reforzado, generan alertas tempranas a la Fiscalía y a la Defensoría del Pueblo, además que estas alertas tienen eco internacional. El sistema de vigilancia y monitoreo, permitió recabar pruebas sobre los daños ambientales por actividades ilegales, pero además de ello, las comunidades estaban conscientes que no se han ejecutado actividades de participación social y socialización sobre los proyectos mineros y que los mismos fueron autorizados sin ser consultos. De ahí que, en este caso se vulneró el derecho a la consulta previa al momento de la emisión de la licencia ambiental.

Lo anterior, permitió que el pueblo Cofán de Sinangoe accionara contra el Estado ecuatoriano, por la vulneración de sus derechos colectivos, derecho al ambiente sano, derecho a la vida, derecho al agua y derechos de la Naturaleza. Este fallo Nro. 273-19-JP/22 es histórico porque, este pueblo indígena logró reivindicar sus derechos, la sala provincial ratificó el fallo de primera instancia revirtiendo las concesiones mineras y las que estuvieran en trámite. En mi opinión, con esta decisión judicial se visibiliza que las acciones gubernamentales están encaminadas a sobreponer intereses económicos a costa de los derechos colectivos y de la Naturaleza, además que con la sentencia se aclaran varios vacíos con respecto a la aplicación de la consulta, en cuanto al momento oportuno y previo para realizarla. No obstante, queda un largo camino por recorrer, puesto que el pueblo Cofán ha documentado que, tras el fallo y los ofrecimientos del Estado por precautelar sus derechos, se siguen realizando actividades ilegales en la zona.

Los mecanismos internos que ha generado la comunidad de Sinangoe, constituyen referentes para otros pueblos ancestrales como el pueblo Shuar Arutam que dentro de sus estructuras

comunitarias de organización; se movilizan para que sus derechos colectivos y los derechos de la Naturaleza, ejerciendo representación de ella; sean tutelados por el Estado. De la experiencia del pueblo Sinangoe, se corrobora la eficacia de estos mecanismos, que deben ser replicados por los demás grupos étnicos, plenamente conscientes de que su lucha no se agota en los mismos, pero que permiten que actualmente, con este fallo y del fallo reciente del pueblo Shuar Arutam; el Estado esté coaccionado para que cumpla su rol garantizador.

3.4 La consulta, previa, libre e informada; obstáculos para su materialización social

Existe sobre la consulta, previa, libre e informada casos demostrables sobre la falta de aplicabilidad de este importante derecho colectivo, que es más un mecanismo de participación democrática tanto internamente en la comunidad, como por fuera de ella, porque permite a los titulares de este derecho participar en las decisiones para el interés general. Resaltemos que, la adopción positiva de decisiones sobre planes y proyectos extractivistas en sus territorios, interesa principalmente al Estado. Esto es debido a que, los concesionarios deben pagar regalías al Estado ecuatoriano cuando la concesión se encuentre en estado de explotación, pago de patentes y utilidades laborales, además que se deberá realizar declaraciones sobre cada concesión, lo cual representa para el Estado ecuatoriano una fuente vital de ingresos económicos y de tributos. Sumado a esto, la actividad minera adquiere importancia por el desarrollo económico que los países tercermundistas anhelan en sus sociedades, pues ven en la explotación de sus recursos naturales, la posibilidad de generar inversiones y dinamizar la economía.

Por otro lado, el sector indígena que ha aprovechado ancestralmente los recursos naturales; no está amparado en una norma constitucional que posibilite la intangibilidad de sus territorios, sino los convenios internacionales de DD. HH hacen extensivo para las comunidades indígenas el derecho internacional de expropiación. Sin embargo, considero que más que una extensión de derechos, es necesario diferenciar el significado y el valor que representa la tierra para el mestizo y para el indígena. Según López (2016) existen dos visiones, la primera en la cual el hombre es dueño de la tierra y como tal hace con ella lo que a su conveniencia juzgue racional para su beneficio propio en el presente. La segunda visión, en que cada espacio del territorio es especial porque significa un encuentro de tiempos remotos, presentes y futuros, en este sentido el ser humano no es dueño único, sino más bien hijo del territorio y guardián de ese espacio sagrado que permite la conservación del grupo, es decir sus expectativas son de protección hacia generaciones futuras y de ahí nace el sentido colectivo que permite que cada individuo se desprenda de sus intereses personales.

De acuerdo a lo anterior y que ha sido traído a este acápite para denotar la importancia del territorio para los pueblos ancestrales, ¿es todavía plausible indemnizar y reubicar a las poblaciones, teniendo claro las consecuencias presentes y futuras de romper el lazo milenario con la tierra, fuente de la supervivencia e identidad de una cultura? Para esto, el Convenio 169 de la OIT (art. 16.1) expresa que los pueblos no podrán ser trasladados de sus territorios a menos que lo consientan. Para lo cual, deberá instalarse el proceso de consulta y dentro de esta, se deberán generar espacios de participación y toma de decisiones con al desplazamiento y reubicación, además que quede plasmado la indemnización que recibirán las comunidades afectadas.

Otro fundamento para tener interés por reivindicar el derecho de propiedad colectiva, es debido a que, en la Consulta libre, previa e informada (de ahora en adelante CPLI) en base a este derecho de propiedad comunitaria, los pueblos deberán tomar decisiones consensuadas de acuerdo a los intereses que represente un proyecto minero, lo cual no es fácil porque deberán evaluar pros y contras de la actividad. No obstante, no hay casos emblemáticos de instalación de estos espacios en el Ecuador para poder analizarlos, porque el Estado los ha garantizado hasta el momento.

Es decir, en el Ecuador no se han establecido mecanismos para hacer viable y legítimas las decisiones que se adoptan con la Consulta, y es preocupante la expedición de decretos ejecutivos como el 1247 sobre la ejecución de la CPLI para el sector hidrocarburífero, o los recientes decretos 95 y 151 sobre políticas para la expansión extractiva, temas que involucran a las comunidades y sus derechos y, no se ha considerado su participación y opinión para su aprobación en rigor de la consulta legislativa consagrada en la CRE y en el Convenio de 169 de la OIT (art.6). Por esto que, los titulares que se consideran afectados, exigen su derogación a través de demandas sociales para ejercer presión en el gobierno, en vista que el derecho a la participación y el derecho colectivo de consulta es transgredido. El Comité contra toda forma de Discriminación Racial al respecto ha dicho que:

(...) lamenta la ausencia de avances en la aprobación de una Ley de Consulta por parte de la Asamblea Nacional, aunque recuerda que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, no es excusa la falta de norma especial para la aplicación de los derechos consagrados, así como el desarrollo económico no puede justificar la violación de derechos humanos al ejecutar los proyectos. (Como se citó por López, 2016, p. 11)

El Consejo de Derechos Humanos, realizó en el año 2012 previo a un análisis una recomendación al Estado ecuatoriano, el cual sugiere implantar los procedimientos necesarios y claros para garantizar el derecho colectivo de consulta. Ante esto, la respuesta del Estado demuestra la falta de voluntad legislativa y el estado de vulneración del derecho al no implementar las sugerencias de organismos y disposiciones internacionales de DD.HH. Para el Estado ecuatoriano, la CPLI es una mera formalidad y no un mecanismo de participación en la adopción de decisiones donde, estén directamente involucrados los colectivos, puesto que la finalidad de la consulta es contar con el consentimiento, lo que conlleva un proceso que debe ser regulado.

Es decir, este es un mecanismo que abre la posibilidad de confrontar intereses que como hemos visto antes, de parte del Estado y comunidades es legítimo, por ello que la consulta permite la obtención de un resultado consensuado, previo reflexiones y resolución de conflictos. Según Aroca (ver anexo A) es clave el trabajo conjunto entre el Estado y comunidades, establecer diálogos, facilitar estos procesos de participación desde el inicio para que se respeten los derechos colectivos, además de la articulación de estos procesos comunitarios con la consulta. Y aunque los mecanismos democráticos y de diálogo suelen demorar, esa es la esencia de la consulta, que, a mi criterio, debido al complejo procedimiento que lleva implícito se ha convertido en un obstáculo, perdiendo su naturaleza consensual por la falta de voluntad política en propiciar estos espacios, que son de responsabilidad del Estado.

Pues bien, si nos preguntamos cuál es la verdadera naturaleza del derecho de consulta en el Ecuador, nos guiaremos por el sentido literal de la Constitución, esto es que la consulta es un mecanismo para obtener el consentimiento de los colectivos; cumpliendo de esta forma con disposiciones internacionales como la siguiente:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, art.32.2)

Así como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que establece:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...). (Convenio 169 sobre pueblos Indígenas y Tribales, 1989, art. 15.2)

Entonces, teniendo presente que la Constitución está desarrollada para la plena vigencia e incorporación de preceptos normativos internacionales sobre derechos humanos, y que nuestra Constitución ha adaptado tales conceptos y ha adecuado su legislación para la progresividad de los derechos de todos sus titulares; la consulta previa, libre e informada está diseñada para prever las decisiones que tome el colectivo interesado y, respetar y ejecutar el resultado obtenido, pues en ello radica la eficacia de la aplicación de este derecho. Resulta una arbitrariedad del Estado realizar una consulta y desvalorizar la decisión de los pueblos y por consecuencia, vulnerar este derecho para someterlo al interés nacional a costa de las afectaciones sociales y culturales de los colectivos. Esto en base al inciso final del art. 57.7 en el que se deja a criterio del Estado en caso de obtener un resultado negativo en la consulta, la decisión final.

Por aquello, lejos de proporcionar un ambiente de seguridad jurídica para este sector de la sociedad, se evidencia que no existe supremacía de los derechos colectivos sino, de los intereses económicos del Estado. Es necesario hacer referencia al consentimiento libre, previo e informado de tal manera que no debe confundirse con el derecho de consulta previa, libre e informada, puesto que este último; es el instrumento que permite plasmar la decisión consentida de los colectivos. De tal manera que, si no existe consentimiento, difícilmente se podrá implementar el proceso de consulta, dentro de los términos que hemos analizado para la consulta. Sin embargo, el consentimiento previo, no está regulado y en la Constitución de 2008, tal solo se menciona al consentimiento negativo de la comunidad, para dejar salvo la decisión última a quien corresponda de acuerdo a la ley. Es decir, a más del mal manejo de la figura de la consulta, se constitucionaliza que la misma no es vinculante. De acuerdo al Convenio 169 de la OIT establece, la obligación de los gobiernos de realizar el procedimiento para obtener el consentimiento. Entonces, debe establecerse la claridad del precepto constitucional 57.7 en relación a la finalidad auténtica de la Consulta PLI. De modo que, se evitará que varios procesos administrativos y legislativos inconstitucionales por la forma, perpetúen la vulneración de los derechos colectivos.

3.5 Trascendencia de la Consulta en los procesos de otorgamiento de la concesión

Sobre el derecho colectivo de consulta LPI, se han establecido criterios vinculantes por la Corte Interamericana de DD.HH respecto a casos emblemáticos, como el del pueblo de Sarayaku vs el Estado ecuatoriano, pero en el derecho interno existe preocupación por la escasa o nula regulación para el tratamiento de este derecho colectivo, puesto que a raíz de su vulneración se han ejercido demandas internacionales y en el plano nacional, existe un ambiente de incertidumbre e improvisación respecto a su ejecutabilidad. Además, los conflictos que sobrevienen del otorgamiento de las concesiones, concentran sus mayores dificultades en identificar: el alcance de la consulta, su procedimiento formal, la importancia del carácter previo para la protección de los derechos de los colectivos, entre otros aspectos que son necesarios aclarar para alcanzar la eficacia que demanda su aplicación.

En el marco normativo interno, no se ha elaborado una ley orgánica que regule el procedimiento, mecanismos, formas de participación, plazos o alternativas a posibles conflictos que deban resolverse protegiendo permanente y a lo largo de este proceso los derechos colectivos, situación que pone en riesgo a los mismos. Puesto que, (como se citó por López, 2016) con la sola emisión del Instructivo de Aplicación de Consulta Pre legislativa expedida por la Asamblea Nacional para “regular este proceso”, se transgrede el principio de reserva de ley y por consecuencia en el orden jerárquico, la Ley de Minería adquiere supremacía sobre esta resolución, ley que para su aprobación no se consultó a los colectivos puesto que, en sus disposiciones se tratan asuntos que interesan a los mismos.

Dicho esto, el proceso de la consulta, previa, libre e informada debe regirse a las disposiciones y parámetros emitidos por Convenios internacionales, jurisprudencia internacional u otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Puesto que, ante la falta de regulación especial para proteger los derechos colectivos, la Asamblea (en el caso de la consulta pre legislativa) o el ente estatal competente para promover la consulta, deberá remitirse a los instrumentos y recomendaciones de organismos internacionales, otorgándoles legitimidad constitucional y actuando en base a que los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales de DD.HH son de directa e inmediata aplicación.

A pesar de lo anterior, el artículo 57 numerales 7 y 17 que plantean la consulta para planes y proyectos extractivos, y la consulta previa a la adopción de medidas legislativas y administrativas, respectivamente; tienen características cuya observancia es indispensable para la correcta tutela

y garantía de este derecho, como lo son: su previsibilidad, obligatoriedad, que sea informada y libre, además que deberá realizarse en un plazo razonable. Para esto se establece:

Sobre la previsibilidad de la consulta, el momento oportuno para aplicarla debe ser anterior a adoptar cualquier medida legislativa o administrativa, en el caso de la consulta ambiental y sobre proyectos de extracción, puesto que allí radica una protección integral de este y otros derechos colectivos. Es con la consulta previa que sus titulares se informarán y realizarán debates y consensos internos, en los que tendrán la posibilidad de hacer consideraciones a planes y proyectos propuestos, en caso de que sean susceptibles de vulneración sus derechos e ir elaborando conjuntamente propuestas legítimas de acuerdo a sus intereses. Por ello, para garantizar la previsibilidad de la consulta el Estado debe actuar generando estos espacios democráticos. Según las disposiciones de la OIT:

(...) se debe ejecutar la consulta antes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, antes de la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales o regionales y antes de la autorización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas. (como se citó por López, 2016, pp.16-17)

Al respecto la socióloga y relacionista comunitaria Karla Aroca (ver anexo A) sobre el momento oportuno para realizar la consulta, manifiesta que al ser el Estado quien debe elaborar la consulta y no la empresa minera; debería consultarse previamente a obtener el derecho minero. Esto teniendo claro que, los procesos de acercamiento a la comunidad, e información sobre las actividades que inicialmente realizan las empresas y su aceptación para el ingreso a predios que, generalmente ocurre en la prospección; no son formas de consulta previa, libre e informada.

De la obligatoriedad de la consulta, el Convenio 169 de la OIT establece la obligatoriedad de la consulta a cargo del Estado. Con esto, queda claro que la intención de este convenio, es que los Estados se comprometan a velar por este derecho e incluyan en su normativa mecanismos que garanticen su tutela efectiva. Sin embargo, como relata la socióloga (Anexo A); la obligatoriedad de la consulta no se está cumpliendo de parte del Estado. De ahí que, la propia Corte Constitucional en el fallo favorable para el pueblo Shuar Arutam Nro. 325-15-EP/22, dictaminó la suspensión de actividades, mientras no se realice la consulta previa, libre e informada, o el caso del pueblo Cofán de Sinangoe donde, desde instancias judiciales menores se resolvió revertir las concesiones.

Sobre la característica de libre e informada, la consulta deberá realizarse sin coacción alguna, lo que implica que los miembros de los pueblos, comunidades, nacionalidades y comunas, sobre quien deba efectuarse la consulta deberán voluntariamente decidir participar en el proceso. Así como la información que debe contener la consulta deberá ser imparcial, objetiva y amplia, ya que la información deberá versar sobre: posibles impactos ambientales, sociales y culturales, mecanismos para proteger sus derechos, beneficios que reporte la actividad, entre otros aspectos, incluso técnicos que influyen directamente sobre la integralidad cultural de los pueblos.

3.6 Sentencia Nro. 1325-15-EP/22 de la Corte Constitucional

La acción extraordinaria de protección, interpuesta por líderes de los pueblos shuar, representa para los pueblos y nacionalidades, un avance significativo y de los más recientes en reivindicación de los derechos colectivos, concretamente en el derecho de consulta PLI en territorios del pueblo Shuar Arutam de San Carlos de Panantza. El 28 de agosto de 2015, los accionantes presentaron esta acción en contra de la sentencia Nro. 17575201500356 emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha por considerar que sus derechos colectivos estaban siendo gravemente lesionados. Recién en julio de 2019 se realizó el sorteo de ley, cuya competencia radicó en la juez constitucional Dra. Carmen Corral Ponce.

Los tres argumentos relevantes de los accionantes en esta sentencia son: 1. que la sentencia vulneró el derecho a la consulta, previa, libre e informada, 2. que se vulneró el debido proceso por la falta de motivación al no fundamentar sobre el problema en que se basó la acción, que fue determinar si existió o no la consulta y, 3. que la Resolución Nro.194 expedida en 2011 por el entonces Ministerio de Ambiente que concede a la empresa ExplorCobres S.A (EXSA) la licencia ambiental para la exploración avanzada, tras aprobar el estudio de impacto ambiental; constituye un acto ilegítimo puesto que, vulnera el derecho a ser consultados previamente para la implementación de planes y proyectos mineros en sus territorios.

El pueblo Shuar Arutam, mediante sus representantes que son los accionantes dentro de esta causa, dentro de sus pretensiones solicitan: se deje sin efecto la sentencia de segunda instancia que no garantizó sus derechos, se declare la vulneración del derecho colectivo de consulta previa y, se retire la licencia ambiental que permite que la empresa minera pueda realizar actividades de exploración. Es en virtud de estas peticiones y argumentos de los accionantes y en contraposición con los accionados, que se generan importantes análisis en torno a la figura de la consulta previa, misma de la cual se desprenden otros derechos como la participación activa de los colectivos. Para esto, es necesario considerar el criterio de la jueza de la Corte Provincial que

negó la acción de protección, para comprender en qué medida y de qué forma se tutelan los derechos colectivos en el Ecuador.

La mencionada jueza recalca que, efectivamente no existe normativa que regule el proceso de la consulta previa, pero que el Ministerio de Ambiente, garantizó este derecho al cumplir con todos los parámetros del Decreto Ejecutivo Nro. 1040 (2008) que en su art. 10 norma que, la autoridad del Ministerio del Ambiente (ahora Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica) deberá, en coordinación con la empresa minera; efectuar la participación social con las comunidades afectadas por el proyecto de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental. De manera que, el Ministerio ha otorgado licencias al haberse hecho socializaciones en virtud de un decreto ejecutivo (con fuerza de ley), siendo conscientes de la falta de regulación para este proceso, vulnerando así la supremacía constitucional:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (Constitución de la República de Ecuador, 2008. art. 424)

En base al decreto citado, el Ministerio justificó su omisión al no implementar mecanismos para realizar la consulta, además que esta entidad estatal y la empresa minera china, consideran que los procesos de información y diálogo previo, constituyen formas de consulta a los titulares de este derecho. Es a partir del cumplimiento de la empresa de todo el marco administrativo para la obtención de la licencia que argumentan los legitimados pasivos; que se cumplió también con la consulta. Esto porque el Estado y las empresas, desnaturalizan la consulta y la ejercen como un “auténtico acto de información” sobre los planes y el proyecto. Es imperioso recalcar que, la jueza de segundo nivel no advierte la supremacía de este derecho sobre demás normas infra constitucionales, lo cual evidencia que los jueces no cumplen su rol garantista y, obvian resolver en base a los preceptos de los instrumentos internacionales y jurisprudencia aplicable.

Otro punto relevante es que, existen irregularidades en cuanto a los permisos y licencias que otorgan los Ministerios competentes en esta materia. En este caso, el Ministerio de Ambiente otorgó la licencia en base a estudios de impacto ambiental realizados hace 10 años atrás, cuando los intereses de la comunidad eran distintos y en general, ha existido cambios sustanciales que deben ser evaluados nuevamente, precisamente para precautelar los derechos colectivos. Sin embargo, es de notar las graves omisiones y la poca o nula observancia de estos derechos que son de protección especial.

En función de ello, las alegaciones de las partes insisten en la vulneración de la consulta previa, y la Corte sobre este derecho hace una observación importante; explica que la finalidad de esta es promover una participación activa de los miembros de las comunidades indígenas, para que los mismos no encuentren lesionados sus derechos a raíz de los proyectos. La Corte Constitucional (como se citó en la Sentencia 1325-15-EP/22) hace mención al art. 6.2 del Convenio 169 de la OIT en el que expresamente establece que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los indígenas.

Otro aspecto que según la Corte debe ser relevante en los procesos de consulta es que, observando el art.7.3 del antedicho Convenio; corresponde incluso que estos estudios (requisitos para dotar al concesionario de licenciamientos y permisos) se realicen no solo de los impactos ambientales, sino de los impactos sociales y culturales, estudios en los que deberán ser partícipes las comunidades indígenas con injerencia en el proyecto. Estos estudios deberán plasmar realidades y consideraciones de las comunidades y, sus resultados deberán ser vinculados al proyecto, y que de ninguna manera constituye una forma de consulta previa. Además, en este proceso de participación en los estudios que se realicen deberá el Estado ser supervisor de que el derecho de participación se cumpla. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (como se citó en la Sentencia 1325-15-EP, 2022) señala que:

La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho de propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen denegación de su subsistencia como pueblo (...). (p.22)

Por ello, la Corte consideró que, dentro de este caso, para la aprobación del impacto ambiental, no se efectuaron mecanismos en que el Estado vigile el fiel cumplimiento de la participación de los pueblos, es decir el Estado no cumplió su rol de fiscalizador y mayor garante de los derechos colectivos. Además, su actuación debe ser íntegra porque debe valorar que los estudios cumplan con parámetros establecidos también para la consulta previa.

Sobre la oportunidad en que debe realizarse la consulta; la Corte manifiesta que en el caso de San Carlos de Panantza, la aprobación de la licencia ambiental si se encuentra condicionada a la ejecución de la consulta previa. Esto quiere decir que, en el momento previo a otorgarse la licencia para proceder a la exploración; se debe consultar a las poblaciones, claro está, luego de un proceso permanente, cuya finalidad es el consentimiento y que se materializa en la consulta, misma que habiéndose cumplido posibilita la ejecución de la fase exploratoria.

Por último, esta Corte resolvió en diciembre de 2022 que no se cumplió con convocar a todas las asociaciones y centros shuar del área concesionada para el proceso de participación activa. Tampoco se observó el derecho colectivo de organización, porque en la “socialización” no se respetaron las formas propias de organización en razón que no se propició un ambiente de debate, plazos para decidir internamente con la comunidad, entre otros aspectos esenciales que los colectivos suelen emplear en sus formas de democracia. Y dictaminó que, las autoridades competentes, en todos los procedimientos que deban planificar, aprobar y otorgar autorizaciones para la ejecución de actividades extractivas en territorios indígenas, deberán aplicar la figura de la consulta (Sentencia Nro. 1325-15-EP, 2022). Al no haberse realizado la consulta PLE en territorios del pueblo Shuar Arutam, para que el Estado garantice el derecho, se otorga un plazo de 6 meses en los cuales debe implementar mecanismos participativos complementarios a la consulta, para que finalmente esta sea efectuada, previendo todos los parámetros constitucionales e internacionales.

Capítulo IV

4.1 Vacíos legales o/y antinomias en normativa infra constitucional

Pese a que la Constitución de 2008 adquiere una fuerza con respecto a la protección de los derechos; los derechos colectivos y de la Naturaleza no se han articulado a normativas vigentes y posteriores reformas. Debido a esto, en este capítulo se pretende identificar aquellas posibles normas del ordenamiento jurídico, que no concuerdan con postulados de la Constitución de la República y normativa internacional sobre derechos humanos en base a la cual se construye nuestra ley suprema. Concretamente, resaltaremos los vacíos legales y antinomias que ponen en peligro la consecución de los fines de la CRE y los derechos colectivos consagrados en ella.

El Estado mediante la expedición de la Ley de Minería, ha creado marcos normativos y a través de sus reformas ha impulsado la extracción de los recursos naturales no renovables. Según Cabrera et al. (2021) hasta 2018 el 14 % del territorio nacional se encuentra concesionado, en contraste el Ministerio de Energía y Minas para diario el Comercio (2021) informó, que las concesiones actualmente no superan el 10 %, aunque existe la posibilidad de incrementarse en cuanto se reaperture el Catastro Minero. A la fecha, el catastro minero no se ha abierto, puesto que el gobierno nacional ha tenido que ceder tras las protestas de años anteriores y a las mesas de diálogo con la CONAIE.

Sin embargo, desde el Ministerio del ramo se ha anunciado que en el 2023 se abrirá el mismo, y se resolverán las concesiones pendientes y las solicitudes presentadas durante los cuatro años que se mantuvo cerrado. Desde el sector minero se ha planteado al Estado la urgencia por aperturarlo; manifiestan que las principales empresas mineras han petitionado varias concesiones, lo cual genera capacidad de inversión para el Estado que hasta al momento está perdiendo. Otros manifiestan que no abrirlo, fomenta actividades informales de minería que lesionan derechos como los de la Naturaleza y otros. Mientras el Ministerio trabaja en la depuración del sistema y en implementar información innovadora en cuanto a las áreas con posibilidad para concesionar y más, el proyecto de elaboración para una ley de consulta que la CONAIE exige en estos últimos meses, no se ha emprendido o peor aún, no se escucha en la Asamblea posiciones al respecto.

4.1.1 Ley de Minería.

En el capítulo anterior, se ha recalcado la importancia de normar este proceso, y que es el Estado y sus instituciones, quien debe propiciar este espacio, por ser el responsable de tutelar constantemente el derecho de la consulta previa y demás derechos codependientes. Pero más

bien como a continuación se analiza, existen falencias entre normativas orgánicas que con leyes reformativas no se han resuelto y que perpetúan los conflictos en este tema.

En la Ley de Minería (2009) sobre las concesiones mineras, la norma establece que: “El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones” (art.30). Lo cual nos hace pensar, que la excepcionalidad que plantea la norma tiene algún fundamento, pero no se establece en qué casos específicos se permite la concesión (distinto es para quien se permite que son para personas naturales, jurídica, empresas públicas, privadas o mixtas). Este punto debería ser aclarado, porque es necesario para comprender varios de los problemas planteados. Al contrario, las concesiones no son otorgadas excepcionalmente, sino es una práctica altamente demandada por todos los sujetos legitimados para obtener el derecho minero. A esto se suma que, que las empresas mineras adquieren varias concesiones sin límite, lo cual es distinto a la superficie que sí está regulado en la ley de minería sobre cada concesión: “cada concesión no podrá exceder de cinco mil hectáreas mineras contiguas” (Ley de Minería, 2009, art.35).

Dicho esto, una misma empresa puede adquirir monopolio sobre las concesiones, práctica sancionada por la CRE y que, hasta el momento en la ley de minería y sus reformas, no se hace cambios al respecto. El art. 335 de la norma suprema, señala que es el Estado quien debe regular las actividades del mercado y claro está que el acto administrativo de concesionar, permite que empresas extranjeras o nacionales realicen actividades económicas, por lo cual, en los procesos de otorgamiento de la concesión debería regularse el número de las concesiones que realice la empresa, para proteger cualquier tipo de concentración de poder capitalista. Según Aguilar (citado en Cabrera et al. 2021) la empresa Ecuasolidus S.A tiene 43 concesiones en territorios indígenas del Pueblo Shuar Arutam (solo hasta 2018 que existe registro) y ninguna de estas alcanza las 5000 ha, en total poseen 209.264 ha.

En el artículo 87 de la ley analizada sobre el derecho de participación y consulta, es de resaltar que dentro de este capítulo denominado Gestión Social y Participación de la Comunidad y, en general en todo el documento normativo; no se menciona la consulta previa, lo cual nos da indicios preocupantes acerca de la aplicación de este derecho. En el referido artículo, se menciona una “consulta social” que no establece la norma suprema, desnaturaliza la institución de la consulta previa y no se regula en concordancia a la CRE, ni mucho menos vemos materializado los mecanismos para implementar en el proceso de consulta, la participación continua de los pueblos y la protección sus derechos para finalmente obtener su consentimiento.

El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada (...) En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial (...). (Ley de Minería, 2009, art. 87)

Con respecto a la ley orgánica de consulta previa, existe un vacío legal, puesto que debió de ser interés del Estado y concretamente de la Asamblea Nacional. Sin embargo, el derecho de consulta LPI está consagrado para cumplir con los estándares de organismos internacionales como la OIT, por lo mismo que puede y debe plantearse a la ley de minería una reforma en este mismo artículo que refleje el mandato constitucional, previendo que el Estado además de ejecutar los procesos de participación y consulta social (que no es una forma de consulta previa), a la par efectúe la consulta previa y para tutelar y garantizar su previsibilidad y vinculación: sea realizada antes de conceder la licencia ambiental que permite la exploración, fase donde se visibilizan los mayores conflictos por afecciones al núcleo social y cultural de la comunidad.

4.1.2 Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC de la Ley de Minería.

En esta Sentencia se plantea la inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería expedida en 2009. Al respecto de esta ley, manifiestan los promotores de la acción; que no se consultó a los pueblos y comunidades lo cual es necesario y obligatorio ya que, esta ley incide y les perjudica directamente. Con esto se vulnera el derecho a la consulta que afecta por consecuencia a otros derechos como el de participación y autodeterminación.

En esta sentencia, la Corte consideró que la información a ciertos colectivos era suficiente para continuar con el proceso de aprobación, lo cual vulnera el derecho de participación de todos los sujetos interesados, además que la sola información no constituye garantía del derecho de consulta, puesto que hemos denotado la finalidad de aquel, que es el consentimiento acompañado de un proceso de diálogo y de reformas al proyecto inicial; en caso de que un derecho se encuentre en peligro.

Entre otras consideraciones y parámetros para realizar la consulta, la Corte con esta sentencia deja sentado como precedente el carácter no vinculante del resultado de la consulta para el Estado y sus instituciones que, es restrictivo para la consecución de este mismo derecho, teniendo presente que este derecho conjuga mecanismos democráticos que no deben agotarse con la decisión arbitraria de la autoridad competente, esto de acuerdo con las disposiciones que

emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Otro de los argumentos contradictorios de la Corte para desechar esta acción, fue que por no existir norma que regule los procesos de consulta a los colectivos, todo lo actuado era constitucional por regirse a lo establecido en la Constitución, dejando de observar los tratados internacionales que consagran este derecho y a su vez, la disposición constitucional “(...) Los derechos son 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 (...) (Constitución de la República, 2008, art. 11.3).

Por estas impresiones argumentativas, contradicciones normativas o la inobservancia de importantes instrumentos en base a los que, los Estados deben desarrollar su normativa o interpretarla, se concluye que la Ley de minería para su aprobación no incluyó previamente la consulta pre legislativa. Cuyo derecho como hemos analizado, es esencial para los colectivos porque sobre varios temas y por representar interés legítimo en ellos; les permite decir, determinar libremente sus aspiraciones y objetivos, así como constituye un mecanismo para precautelar sus derechos ante posibles riesgos.

Conclusiones

Dentro de las demandas del movimiento indígena por reivindicar sus derechos colectivos, se planteó la refundación del Estado hacia un modelo plurinacional; mismo que no puede materializarse debido al modelo desarrollista y extractivista que promueve el Estado desde sus instituciones y que obstaculizan la aplicación efectiva de los derechos colectivos. La noción del pluralismo jurídico, implica un cambio del constitucionalismo moderno a un nuevo constitucionalismo social donde, no se someta a los pueblos indígenas a políticas neoliberales y se amplíe su participación política en las decisiones sobre todo lo que les afecta social, cultural y ambientalmente; cuyas decisiones deban ser plenamente vinculantes para asegurar la correcta aplicación de sus derechos.

Debido a la vulneración del Estado en la aplicación de los derechos colectivos, los mismos se han extrapolado y actualmente son un recurso de resistencia y movilización, lo cual demuestra la real condición en que se ejercen, esto es a través de las garantías jurisdiccionales como mecanismos para exigir el cumplimiento de aquellos derechos que el Estado no garantiza en su accionar legislativo, administrativo y gubernamental.

En el quehacer administrativo, encontramos que el Estado a través del Ministerio de Energía y Minas otorga el título minero que permite a los concesionarios adquirir un derecho minero que permite, iniciar actividades extractivas y a la par el Ministerio del Ambiente autoriza con la licencia ambiental para que se inicie la actividad exploratoria en los territorios que se delimitan en la concesión. En contraposición, hemos identificado que los principales derechos colectivos vulnerados son: el derecho a la participación y el derecho de consulta PLI. El derecho de participación de los pueblos en el otorgamiento de las concesiones mineras, deberá ser ejercido desde la fase de prospección, aunque la misma sea libre; puesto que desde el inicio de la actividad minera los colectivos deben tomar decisiones en cuanto a planes y proyectos extractivos, en los que al Estado le corresponde tutelar que el derecho de participación se cumpla, guiar los procesos y brindar acompañamiento; de acuerdo a los estándares constitucionales e internacionales, por lo que el Estado deberá crear mecanismos para que estos marcos de participación no se vulneren.

De la misma forma, hemos analizado que la consulta previa, constituye un mecanismo que deberá aplicarse primero, antes de realizarse la concesión, puesto que el otorgamiento de la concesión es una medida administrativa que por afectar los derechos de los sujetos colectivos deberá consultarse. Segundo, esta figura deberá aplicarse también, después de la concesión al

momento de autorizarse la licencia ambiental, puesto que aquí se aplicará la consulta previa que consagra el art. 57.7 sobre la adopción de proyectos extractivos. Además, en este proceso de consulta, el Estado debe participar activa y permanentemente con los sujetos consultados, puesto que su rol principal es garantizar los derechos de participación y que la consulta sea la materialización del consentimiento.

No obstante, el proceso de consulta según los casos analizados del pueblo Shuar Arutam y del pueblo Cofán de Sinangoe, está siendo vulnerado sistemáticamente por el Estado. Es el Estado una vez más, quien es el responsable directo de no otorgar las garantías para que el proceso se cumpla, de implementar los mecanismos idóneos y de no controlar que las concesiones a otorgarse sean transparentes en la forma y cuando han sido otorgadas, los concesionarios respeten los límites del derecho minero.

El Estado es responsable también de las afecciones culturales y ambientales, puesto que al inobservar los instrumentos, jurisprudencia y sugerencias de los organismos internacionales; los pueblos, comunidades, nacionalidades, comunas y colectivos están sometidos a impactos tempranos, como conflictos internos entre sus miembros y dirigentes, están expuestos a la criminalidad y opresión social, están propensos a actividades ilícitas y a violaciones de los derechos humanos. Dentro de los impactos a largo plazo, los colectivos están es riesgo de reducción y su progresiva desaparición, puesto que con la llegada de grandes empresas extractivas; se generan incentivos que si bien fomentan el conocimiento y desarrollo económico de los pueblos, por otro lado provocan el debilitamiento de la cultura, costumbres y tradiciones milenarias a cambio de proyectos de mediano plazo, que sumirán a los pueblos en la pobreza, debilitamiento social y pérdida de transmisión de conocimientos a las generaciones venideras, punto de no retorno y de destrucción cultural.

Recomendaciones

Para la conversión hacia el Estado plurinacional existe una brecha social que no es superada, pero es urgente que desde la sociedad se exija al Estado el cumplimiento efectivo de los derechos colectivos; mediante la implementación de una ley especial para regular los procesos de consulta PLI, la misma que estará sujeta a un control de constitucionalidad si es que para su elaboración no existe participación colectiva y es inconsulta. Esta ley, deberá contener artículos claros, sobre los procesos de participación y el acompañamiento continuo del Estado; para vigilar la transparencia del procedimiento y de que las reformas propuestas por los colectivos a los proyectos mineros se materialicen en documentos definitivos, para lo cual deberá sancionarse y aprobarse.

Teniendo presente que el Estado está investido de poder y para lograr transparencia en los procesos; propongo en dicha ley, se adopte por veedores internacionales que estén presentes en las mesas de diálogo y de toma de decisiones. Estos se encargarán de observar que, en los procesos, se incluyan garantías constitucionales y no exista violación a los DD.HH.

Con la elaboración de la ley de consulta, deberán articularse sus preceptos a la Ley de Minería, para esto será necesario modificar varios artículos en los que, para el cumplimiento de la consulta previa, deberá añadirse en su parte respectiva que: la consulta social deberá realizarse antes de autorizar la licencia ambiental para operaciones exploratorias. Sobre el derecho de participación que está consagrado en la Ley de Minería en su art. 30, debe establecerse que: además de ser responsabilidad obligatoria del Estado implementar espacios de participación, deberá añadirse que el Estado debe participar para tutelar en estos procesos los derechos colectivos. Además, que en este art. deberá modificarse “consulta social” por consulta previa, libre e informada para no desnaturalizar esta institución y que se cumpla el mandato constitucional.

Sobre el carácter no vinculante de la consulta, si bien su carácter no es vinculante no es necesario modificar la consulta por “consentimiento previo”; puesto que se desnaturaliza la finalidad y los procesos de participación; el consentimiento en la consulta constituye su finalidad. Por último, para contrarrestar los impactos ambientales y culturales, es necesario que las comunidades adopten medidas internas que deberán ser expuestas públicamente para lograr que la defensa de los derechos colectivos se visibilice con acciones tempranas que permitan precautelar los daños materiales a la Naturaleza y proteger las culturas.

Referencias

- Aguilar, D. (2018). *Concesiones mineras en zonas sensibles de Ecuador no se detienen* [Blog]. <https://es.mongabay.com/2018/08/concesiones-mineras-en-ecuador-areas-protegidas/>
- Ávila, M & Corredores, M. (2009). *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*. V & M Gráficas: Quito, Ecuador. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/55606.pdf>
- Boaventura, S. S. (2008, marzo). *Las Paradojas de Nuestro Tiempo y la Plurinacionalidad* [Ponencia]. Asamblea Constituyente, Quito, Ecuador. https://constitutionnet.org/sites/default/files/boaventura_sousa_santos.pdf
- Cabrera, V., Castillo, D., Castillo, S., Castro, A., Guamán, J., Landy, G., Quintuña, P. & Suárez, D. *Derechos Constitucionales frente a la razón del Estado. Coyuntura N° 28, 2021*. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/35932/1/2%20Derechos%20Constitucionales.pdf>
- Caisabanda, J. (2014). *Estado Plurinacional: articulación social en igualdad y diversidad*. [Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito]. Archivo digital. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4368/1/112743.pdf>
- Caicedo, D. (2009). *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*. Revista de Derecho No. 12: Quito, Ecuador. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/370/367>
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Konrad Adenauer Stiftung: Quito. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54028.pdf>
- CIDES. (2011). *Informe sobre la inobservancia de los derechos colectivos en los Pueblos Indígenas*. <https://www.upr-info.org/sites/default/files/documents/2013-08/cidesuprecus132012centrosobrederechoysociedades.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- Constitución de la República de Ecuador. (2008). Asamblea Nacional. Registro Oficial 449: Quito, Ecuador. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 noviembre, 1969. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales, 27 de junio, 1989. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 13 de septiembre, 2007. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Hermosa, H. (2014). *De los derechos colectivos de los pueblos indígenas al Neoconstitucionalismo Andino*. Editorial Universitaria Abya Yala: Quito, Ecuador. <https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/11503/1/Derechos%20colectivos.pdf>
- Ley de Minería del Ecuador. (2009). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento N° 517: Quito, Ecuador. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_mineria.pdf
- Ley Reformatoria a la Ley de Minería. (2013). Asamblea Nacional. Registro Oficial: Quito, Ecuador. <https://www.etapa.net.ec/Portals/0/TRANSPARENCIA/Literal-a2/LEY-ORGANICA-REFORMATORIA-A-LA-LEY-DE-MINERIA -A-LA-LEY-REFORMATORIA-PARA-LA-EQUIDAD.pdf>
- López, J. (2016). *La consulta libre, previa e informada en el Ecuador*. Centro de Derechos Económicos y Sociales: Quito, Ecuador. <https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?filename=3812&file=Annexe3>
- Mazabanda, C., Koenig, K. & Melo, M. (2019). Pueblo Shuar Arutam realiza acción legal por proyecto de minería que afecta su territorio. *Amazon Watch*. <https://amazonwatch.org/assets/files/2019-02-12-boletin-pueblo-shuar-arutam.pdf>
- Montaña, J & Porras, A. (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Corte Constitucional para el Periodo de Transición: Quito, Ecuador.
- Morillo, M. (2020). *Perspectivas Territoriales frente al extractivismo en la Amazonía Sur del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, Ecuador. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwingKbo0oH5AhUHZDABHbKtDBAQFnoECC8QAQ&url=https%3A%2F%2F>

[2Frepositorio.uasb.edu.ec%2Fbitstream%2F10644%2F7843%2F1%2FT3390-MEC-Morillo-Perspectivas.pdf&usq=AOvVaw0N-lqlyAl09Jf1ckgE07VO](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3757/1/TD039-DDE-Morillo-Perspectivas.pdf&usq=AOvVaw0N-lqlyAl09Jf1ckgE07VO)

- Narváez, I. (2008). *Los Derechos colectivos Indígenas al Territorio y Autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008*. [Tesis de grado, Universidad Andina Simón Bolívar]. Archivo digital. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3757/1/TD039-DDE-Narvaez-Los%20derechos.pdf>
- Pineda, A. (2009). *Análisis de las Concesiones Mineras en Ecuador*. Universidad del Azuay: Cuenca. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/868/1/07494.pdf>
- Sauca, J & Wances, I. (2015). *Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. <https://revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2821/1517>
- Schavelzon, S. (2015). *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir*. Editorial Abya-Yala: Quito, Ecuador. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5968360.pdf>
- Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC. (2010, 18 de marzo). Corte Constitucional (Patricio Pazmiño, J.P). <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d1f5a8d7-429a-425a-87b0-06daadcc33a0/0008-09-IN-res.pdf>
- Sentencia Nro. 1325-15-EP/22. (2022, 14 de septiembre). Corte Constitucional (Carmen Corral, J.P). http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNGMzMdJIMS01YmY1LTQ2NjgtODA2Zi05MzY5YTU4OWMzYWwMucGRmJ30=
- Sentencia Nro. 273-19-JP/22. (2022, 27 de enero). Corte Constitucional (Karla Andrade, J.P). https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/27319JP22.pdf
- Soto, V. (2021). *Conceptos de plurinacionalidad e interculturalidad*. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones-Biblioteca del Congreso de Chile: Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32781/1/N_108_21_Plurinacionalidad_e_Interculturalidad.pdf
- Suárez, G. (2020). *Acción y conflicto entre la comunidad Cofán de Sinangoe y el Estado ecuatoriano frente al extractivismo minero*. Universidad Andina Simón Bolívar: Quito,

- Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8043/1/T3482-MELA-Suarez-Accion.p>
- Tuaza, L. (2020). Efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas: el caso de Perú y el Ecuador. *Kairós, Revista de Ciencias Económicas, Jurídicas y Administrativas*. Universidad Nacional de Chimborazo: Ecuador. Vol 3, No.5, 30-40. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwinqKbo0oH5AhUHZDABHbKtDBAQFnoECCoQAQ&url=https%3A%2F%2Fkairos.unach.edu.ec%2Findex.php%2Fkairos%2Farticle%2Fdownload%2F80%2F110%2F255&usg=AOvVaw1qj2Uefg_1r2axCJk7a9mg
- Tukui Shimi, IWGIA & CONAIE. (2009). *DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES, Evaluación de una década 1998-2008*. Imprenta Nuestra Amazonía: Quito, Ecuador.
- Vildósola, J (2000). *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe*. Editorial Latina C.A: Venezuela. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjr oML4sKT5AhVPTTABHUviBpcQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Frepositorio.cepal.org%2Fbitstream%2Fhandle%2F11362%2F36627%2F1%2F3382026V700_es.pdf&usg=AOvVaw1ulcir2q8VquOmvH569PD
- Witker, J. (2019). *Derecho Minero*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5842/7.pdf>

Anexos

Anexo A

Entrevista sobre las concesiones y derechos colectivos a la socióloga y relacionista comunitaria Karla Aroca.

1. ¿Cómo es el proceso de obtención/otorgamiento de la Concesión Minera?

En el art. 26 de la ley de minería establece cuáles son los actos administrativos internos para obtener un derecho minero. Por ejemplo, autorización de la Autoridad única del agua, certificados de que la concesión no está dentro de un patrimonio cultural, el Ministerio de defensa requiere una certificación de que no esté dentro de recintos militares, entre otros que son actos administrativos previos. Luego de esto, debemos tener claro que la fase de prospección es libre en el territorio nacional, es decir cualquier particular puede tomar muestras y hacer estudios que no impliquen daño al ambiente. Pero, si ya tenemos la concesión minera que es un paso posterior, ya tenemos derecho sobre la propiedad y solo a partir exclusivamente de este derecho, podremos hacer actividades relacionadas a la minería.

2. ¿En qué momento del procedimiento se realiza la consulta previa, libre e informada?

El tener derecho minero sobre un espacio en tiempo y actividades, no es equiparable a llegar al territorio de la comunidad e iniciar con el proceso de consulta previa, no van a la par. El proceso de la concesión minera, procedimiento que se hace con una serie de documentación para tener acceso sobre un espacio; de todas estas actividades que se realizan hasta llegar a la fase de explotación, la consulta previa, es un insumo y es una herramienta necesaria que lo establece la Constitución. Es necesario tomar en cuenta la consulta porque, es un derecho amparado por instrumentos internacionales, a pesar de no estar regulada y no existe un procedimiento de cómo deba ser la consulta, es decir no está establecido cuándo y cómo deba hacerse la consulta, pero debería ser un proceso previo. Por ejemplo, si ya tengo la concesión minera sobre un espacio territorial, eso significa que ya se ha cumplido con todos los procedimientos, incluso el de consulta previa.

Sin embargo, lo que se suele hacer, no es una consulta previa a los pueblos y nacionalidades porque no hay una regulación; de hecho, la Corte Constitucional emitió un fallo a favor del pueblo Shuar Arutam y solicitó al Ministerio del Ambiente y entidades del Estado que contemplen el tema de la consulta, en un plazo muy corto. Entonces, estos entes estatales deberán establecer los procedimientos para que esto suceda, y lo que suelen hacer las empresas mineras es; (aunque

no debería hacerlo, sino el Estado es quien debe consultar previamente) realizar socializaciones e informar el proceso que se está haciendo en torno a la concesión, pero en realidad por la falta de regulación, no existe un proceso articulado para que la consulta se realice en esos términos.

3. Para la elaboración de la consulta, ¿existe participación activa de los pueblos, o se siguen modelos previamente diseñados?

Hay que considerar que los pueblos y nacionalidades tienen sus organizaciones propias, y a raíz de tener sus organizaciones propias tanto nacionales como locales; ellos también se rigen sobre acuerdos y mandatos que dan dentro de sus organizaciones. La Constitución establece que ellos tienen sus propias formas de organización y es una obligación de la empresa minera el establecer una participación activa de los pueblos que forman parte de los grupos de influencia directa o indirecta en el proyecto.

Esto debido a que, el proyecto va a tener un impacto general, no solo en las poblaciones indígenas sino para toda la población influenciada. Entonces, es necesario establecer una relación directa, para conocer su opinión, si están de acuerdo o no, conocer de sus necesidades. En función de todo esto, podemos tener una participación de los sujetos y de hecho es lo que se procura dentro de todo proyecto que tenga impacto dentro de una población.

4. En su consideración, ¿cuál es el momento oportuno para realizar la consulta y cómo debería realizarse el proceso?

En relación a la anterior pregunta, debemos tener claro que el proceso de la consulta, previa libre e informada, tiene que ser un proceso que debe hacerse desde el Estado, no desde la empresa minera. La Constitución ordena que, es el Estado el que tiene que elaborar la consulta previa, libre e informada. En este sentido, si se va a dar un derecho minero para la empresa o el particular; debería consultarse previamente a obtener este derecho minero, a través del Estado y sus instituciones a los pueblos y nacionalidades.

Lo que mencionaba antes, sobre las socializaciones, un taller, un proceso de participación ciudadana, etc., que incluso está contemplado en la ley y en los mecanismos de participación; pero no son formas de consulta previa, libre e informada. Incluso lo que acostumbran hacer las empresas mineras es generar permisos específicos con dueños de predios, comunidades, etc., en donde ellos autorizan que la empresa pueda ingresar, esto no es un proceso de consulta, tan solo una autorización para acceder. Pero, muchas veces hay estas confusiones de pensar que la CLPI es una aceptación o información que se da a los pueblos.

5. En la práctica ¿una vez que obtienen la concesión, se comienza a realizar socializaciones o acercamientos con la comunidad?

No, para obtener los permisos previos para realizar cualquier procedimiento dentro de las fases de la minería, ya se realiza previamente un acercamiento con la comunidad. Esto, porque la única etapa libre en la minería es la prospección, pero de ahí en cualquier territorio se debe tener una relación desde el inicio con sus habitantes, es decir desde el inicio se deben generar espacios de participación, acercamiento e información y en todas las etapas del proceso minero se deben generar estos momentos de socialización y de diálogo. Desde siempre no se puede dejar de tener estos espacios de trabajo con la gente, puesto que, en base a los permisos a raíz del derecho minero, se necesitará informar y pedir a las comunidades también su autorización.

6. En el proceso de la concesión y posteriores encuentros de socialización, ¿en qué medida se respetan los derechos humanos, mismos que contienen a los derechos colectivos? ¿Cómo los pueblos se sienten afectados por posibles vulneraciones a sus derechos?

Siempre en cualquier proyecto se tienen varias aristas, en donde se hagan visibles la aceptación o rechazo sobre estos proyectos. Pero depende de la empresa y de quienes manejan los temas sociales, el poder lograr que el respeto a los DD. HH sea algo inamovible, es decir que los mismo sean intangibles. Sobre temas, por ejemplo, de desplazamiento, reubicación o indemnizaciones que, debemos tener claro es cuando ya el proyecto se encuentra en fase de explotación; en este punto debería ser oportuna la consulta, precisamente para la protección de sus derechos. Sin embargo, el tema es complejo y por la resistencia que existe se han visto casos donde se han vulnerado los derechos colectivos y también los derechos de los sujetos mineros. Para poder entrar a estos espacios, se debe observar con transversalidad los derechos humanos y el trabajo que se va a realizar con las comunidades. Entonces lo que se debe propiciar es que ambos espacios sean beneficiados, porque si sucede lo contrario, el proyecto se va a afectar y se da paso a conflictos, y por consiguiente a posibles vulneraciones a derechos.

7. ¿Cómo trabajan las empresas y sus filiales en la socialización de planes y proyectos extractivos?

Hay que partir que hay un trabajo constante con las empresas, hablar con síndicos, con los GAD provinciales y cantonales, con los dueños de los predios, hacer acuerdos, etc. Por ejemplo, realizar acuerdos con el GAD para intervenir una carretera, o una escuela; se trata de intervenir

en espacios donde al Estado le ha costado intervenir, es una de las formas en que se logra obtener una buena relación con las comunidades, y de ahí viene la socialización que se hace con la comunidad, por ejemplo para el hecho de obtener muestras se necesita excavar y es necesario un diálogo con la comunidad, incluso para obtener su ayuda; luego el beneficio para la comunidad es que se generan espacios de empleo.

8. ¿Qué incentivos les ofrecen y tienen las comunidades? (Incentivos económicos, sociales o de otra índole).

Hay variedad de casos, donde los incentivos económicos se dan por acuerdos con la comunidad. Estos incentivos van desde procesos sostenidos de emprendimientos, mejoras en ganadería o proyectos agroecológicos, apoyo para proyectos turísticos, entre otros. Sin embargo, los incentivos más solicitados son de dinero líquido inmediato para cubrir necesidades inmediatas.

9. En relación a lo anterior, ¿cuáles han sido los objetivos que persiguen o ha podido percibir en los pueblos al consentir en las concesiones en sus territorios ancestrales?

Sobre el caso del pueblo Shuar Arutam, los conflictos que han surgido es consecuencia de varios errores que se ha observado cometen las empresas chinas, sucedió en el Mirador (Zamora Chinchipe) y en Warintza (Morona Santiago) en la parte de Panantza donde las empresas chinas tienen un mal manejo; no debemos olvidar que los pueblos y nacionalidades tienen sus propias organizaciones y sobre todo tienen sus propios intereses, para esto debemos saber cuál es el interés propio que tiene la comunidad y cuál es el interés propios del líder de la comunidad, esto es lo que muchas veces genera conflictos internos y también con la empresa.

Existen federaciones del Pueblo Shuar Arutam, que están a favor de la minería y otras que están en contra de la minería, precisamente por intereses propios de cada comunidad y que son contrarios a intereses de otros pueblos. Existen también otras organizaciones más grandes como la CONAIE, que en virtud de sus decisiones las federaciones de pueblos más pequeñas por lo general las acogen, entonces aquí el problema es que no se logran generar acuerdos con estructuras más grandes, sino con una parte pequeña de ellas. Entonces, esto es lo que provocó que haya desplazamientos forzados o que existan enfrentamientos más graves.

Actualmente, más allá de todos estos conflictos, el proceso legal que tuvo el pueblo Shuar Arutam y el fallo que dio la Corte Constitucional hace varios años y que devino en este último proceso que se originó, hace que el pueblo Shuar Arutam se fortalezca por varias razones: porque las organizaciones propias de estos colectivos están conociendo la realidad de la minería y del

petróleo y ya saben cómo actuar para frenar muchas situaciones, prueba de esto es lo que está pasando ahora que, dictaminaron que como no hicieron consulta previa, la empresa debe parar actividades, el Ministerio del Ambiente debe establecer la consulta previa y más situaciones. Este es un fallo histórico, porque impulsa que los pueblos vayan organizándose estratégicamente y no solo en temas de resistencia, sino en temas más grandes como los que sucedieron en este caso.

La Corte además, dictaminó que se establezcan plazos y mecanismos para la consulta previa, porque evidentemente debe existir un tiempo para que pueda realizarse. Otro caso parecido es como el que sucedió con los cofanes en Sucumbíos, y es muy importante porque, va generando precedentes para que otros pueblos que resisten a la minería, se guíen por estas acciones.

10. ¿Qué afecciones sociales y culturales ha observado?

Yo considero que el primer impacto que es evidente cuando las empresas llegan a los pueblos es el crecimiento económico, pero si no llega a ser sostenible en el tiempo, puede llegar a tener implicaciones sociales y culturales muy grandes en estos lugares. En estos espacios si no se genera sostenibilidad económica es muy grave, porque acarrea problemas de la sociedad en general, situaciones que provocan la desintegración de los pueblos, pérdida de muchos espacios culturales y costumbres propias de la zona. Por ejemplo, la migración de muchos de sus miembros al ver perjudicados sus espacios en comunidad por el crecimiento económico de corto plazo. El tema de los desplazamientos, también provoca que se fragmente la comunidad.

Es aquí donde es necesario que la empresa minera, deba propiciar que se generen espacios no solo de beneficio para la comunidad sino que sostenga los espacios, es decir, identificar las necesidades propias de la comunidad para que sean cubiertas pero ellos mismo, con o sin la empresa, porque puede acontecer que la empresa minera en el estudio de factibilidad vea que no es rentable explotar esa concesión, entonces suelen retirarle de lugar, y mientras tanto los intereses y las expectativas de la comunidad, todo el trabajo e impactos que asumieron entran en crisis, por eso es necesario un trabajo social grande y comprometido.

11. ¿Qué beneficios reporta para el Estado las concesiones mineras?

Debemos tener claro que, el Estado es quien tiene la obligación de que este espacio otorgado sea en beneficio de la población y lógicamente del Estado que es un todo. Por eso es necesario que todo esté normado, para evitar que existan problemas como lo que actualmente hay con la minería ilegal; existen muchos de estos espacios que tienen vínculos directos con el narcotráfico

y organizaciones delictivas, que lo que hacen es explotar el mineral y llevarlo para sus fines propios, y no dejar ningún tipo de beneficio al Estado. Esto es lo que afecta al Estado y en general perjudica todo el entorno donde se realizan las actividades ilegales. Por eso es que las concesiones son útiles, porque pueden controlar ambientalmente, socialmente y económicamente que no se afecte lo que se está ocupando, de ahí la importancia de los permisos de control ambiental, controles y permisos periódicos que pide el Estado a la empresa minera como: temas de contaminación, deforestación, remediación ambiental, etc.

Entonces todo esto es para beneficio del Estado, al contrario de lo que sucede con los espacios ilegales, en donde el Estado no va a poder controlar e incluso esto perjudica negativamente a los pueblos y propicia espacios de criminalidad y delincuencia. Entonces, el problema se da cuando llegan las empresas mineras y estos mineros ilegales se oponen, porque saben que van a perder lo que están ganando. El Estado lógicamente lo que busca es que sean estas empresas las concesionarias y poder controlarlas; exigir permisos y realizar controles, lo que con los mineros ilegales es imposible.