

ARTÍCULO CIENTÍFICO
CIENCIAS SOCIALES

**Análisis de la consulta previa, libre e informada desde la
constitucionalidad en el caso Piatúa, Ecuador**

***Analysis of the prior, free and informed consultation from the
constitutionality in the Piatúa case, Ecuador***

Quito Cortés, Aurelio Agustín; Ricardo Velázquez, Manuel ^{II}

^I. up.aurelioquito@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Puyo, Puyo, Ecuador

^{II}. up.manuelricardo@uniandes.edu.ec. Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, extensión Puyo, Puyo, Ecuador

Recibido: 31/10/2019

Aprobado: 15/11/2019

Como citar en normas APA el artículo:

Quito Cortés, A.A y Ricardo Velázquez, M. (2019). Análisis de la consulta previa, libre e informada desde la constitucionalidad en el caso Piatúa, Ecuador. *Uniandes Episteme*, 6 (Especial), 658-672.

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrolla un estudio del caso Piatúa, de la provincia Pastaza en Ecuador, aplicando una metodología cualitativa, en el abordaje realizado al mismo mediante la sentencia de la corte constitucional que lo conoció. En el mismo se refiere a una demanda realizada por actores involucrados que estuvo dirigida a la solicitud de una acción de protección, por considerar que el Estado, al autorizar el desarrollo del proyecto hidroeléctrico actuó de forma inconstitucional, incumpliendo el proceso de consulta previa, libre e informada al pueblo indígena que habita en este territorio, además de violar los derechos colectivos de estas comunidades. Se realizó un análisis de los argumentos tanto de los demandantes como de la defensa de los demandados los cuales refutan esta acción de protección. Finalmente se presentan las argumentaciones y la aplicación de justicia por la corte constitucional, dando seguimiento a los requisitos que rige la norma en la acción de protección y para el desarrollo de la consulta previa, libre e informada.

PALABRAS CLAVE: Consulta previa; libre e informada; derechos colectivos; derechos de la naturaleza; acción de protección; medidas cautelares.

ABSTRACT

In the present work a study of the Piatúa case, of Pastaza province in Ecuador, is applied, applying a qualitative methodology, in the approach made to it through the ruling of the constitutional court that met him. It refers to a demand made by involved actors that was addressed to the request for a protection action, considering that the State, when authorizing the development of the hydroelectric project acted unconstitutionally, breaching the process of prior, free consultation and informed the indigenous people who live in this territory, in addition to violating the collective rights of these communities. An analysis was made of the arguments of both the plaintiffs and the defense of the defendants which refute this protective action. Finally, the arguments and the application of justice by the constitutional court are presented, following up on the requirements that govern the norm in the protection action and for the development of the prior, free and informed consultation.

KEYWORDS: Previous; free and informed consultation; collective rights; rights of nature; protective action; precautionary measures.

INTRODUCCIÓN

La Unidad Judicial Penal – Constitucional B de Pastaza, en Ecuador, enfrentó el caso N°. 2019-00422 que versa sobre la autorización del Estado para el desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Piatúa, lo cual fue demandado por actores del contexto de influencia, considerando que se vulneraron los derechos colectivos de los pueblos indígenas involucrados, entre otros elementos que más adelante se exponen.

Los demandantes, centran la misma en exigir una acción de protección, y la consecuente aplicación de medidas cautelares, para evitar la continuidad de tal proyecto, teniendo presente que ellos se adhieren a los derechos de la naturaleza, a la salud, al agua, la alimentación, y al trabajo, arguyendo todo ello, en uno de los componentes constitucionales, que a su conocimiento, fue obviado: la consulta previa, libre e informada.

En la investigación se realiza una búsqueda de las principales aportaciones de un grupo de autores constitucionalistas del Ecuador y del área latinoamericana, tales como Acosta & Martínez, E. (2009); Asamblea Constituyente (2008); Asamblea Nacional (2009, 2012, 2015); Calera (2002); Grijalva (2009); Ley Orgánica de Recursos Hídrico Usos y Aprovechamiento del Agua (2014); Malo-Serrano & Malo-Corral (2014); OIT (2014); ONU (1972); Rodríguez (2014); y la Sentencia No. 034-16-SEP-CC (2016); entre otras.

Con todo lo anterior, y escuchando a ambas partes, la corte considera lo anterior y se plantea la utilización de métodos de investigación jurídica, lo cual le permite hacer cumplir la Constitución, y la aplicación de las leyes secundarias, en la solución de este conflicto legal

MÉTODOS

Para el estudio y análisis del presente caso, se desarrollaron acciones dirigidas a la búsqueda bibliográfica documental teórica y jurídica, en cuanto se refiere a las principales categorías identificadas en la problemática, en la cual se pudo interactuar con los criterios referenciados por tratadistas y teóricos que develan una plataforma en la cual se sustenta esta investigación. La búsqueda se concentró en elementos teóricos, tales como: derechos colectivos, de la naturaleza, la salud, agua y la soberanía alimentaria, autodeterminación, medio ambiente sano, trabajo y al principio de interculturalidad; todos ellos demandados y justificados desde el derecho ecuatoriano y otros consultados. Además, se sondean las aportaciones que se realizan sobre la consulta previa, libre e informada, que es el núcleo principal de discusión, y sus derivadas tales como las acciones de protección y medidas cautelares.

La muestra seleccionada de manera intencional y adecuada a los involucrados en la demanda, está referida a los siguientes sujetos de investigación, según la Sentencia Constitucional (2019), por los demandantes: Pueblo Originario Kichwa, Defensoría del Pueblo de Ecuador, Especialistas de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo, Fundación Pachamama, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana, Fundación Río Napo, y Frente Resiste Piatúa.

Por su parte, los demandados son: Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, Agencia de Regulación y Control de Electricidad (ARCONEL), Ministerio del Ambiente, Secretaría del Agua, la Subsecretaría de la Demarcación Hidrográfica Napo, y GENEFRAN S. A.

RESULTADOS

Según los demandantes los principales actos son cuatro, todos dirigidos a favor de GENEFRAN S. A., estos son: la firma del contrato de concesión del proyecto hidroeléctrico Piatúa; la emisión del informe técnico de cumplimiento de requisitos del proyecto Piatúa; el otorgamiento de la licencia ambiental; y, la autorización del uso y aprovechamiento del caudal del río Piatúa. Para lo anterior, los demandantes se fundamentan en los siguientes criterios que a continuación se exponen.

El Consejo de Gobierno del Pueblo Originario de la Nacionalidad Kichwa del cantón Santa Clara, sostienen que el pueblo originario no desea que su río sea absorbido por la hidroeléctrica; que PONAKICSC es una comunidad ancestral, que dan fe de ello, los petroglifos que existen; y que su frontera cultural es desde el río Anzu.

La Defensoría del Pueblo del Ecuador, delegación Pastaza, sustentan la violación del principio de interculturalidad, de los derechos constitucionales como consecuencias de actos u omisiones de las autoridades, el incumplimiento de requisitos en la consulta ambiental a SENAGUA, y que esta se emitió antes de la consulta previa; además, que no fueron informados sobre los planes y proyecciones de la hidroeléctrica, ni de los riesgos sociales, culturales, ambientales y de salud.

La Fundación Pachamama y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, aseguran que el Río Piatúa pertenece a la denominada ruta del agua, reconocida como sistema frágil, siendo este la mayor fuente alimentaria del Pueblo Kichwa de Santa Clara. Además, plantean que los estudios no son actualizados; y que el descenso del caudal afectará la riqueza ictiológica y las actividades turísticas del entorno.

La Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana, sostienen que es un atentado contra la autodeterminación; que no se ha realizado la consulta previa, y se ha borrado la comunidad ancestral de la realidad; que, además el estudio de impacto ambiental es desastroso, y no ha sido completo, acabando los recursos hídricos.

La Fundación Río Napo, indican el grave impacto ambiental del proyecto, ya que el caudal del río mermará significativamente; y el Frente Resiste Piatúa, arguye la muerte del río y que la consulta previa nunca se realizó, además de haberse vulnerado el derecho de la naturaleza y de acceso al agua, a la salud y la utilización de la medicina ancestral.

Las alegaciones en el caso coinciden en la vulneración a los derechos constitucionales a la consulta previa, al trabajo, de la naturaleza, a la salud, al agua y, a la soberanía alimentaria. Por su parte, los actores pasivos demandados, resumen su respuesta a la demanda en lo que se expone en los siguientes párrafos.

El Ministerio de Energía y Recursos no Renovables, indica que dentro de sus competencias está la eficiencia energética para todos, y que, si no puede generarlo propiamente, puede permitir la incidencia de entidades privadas. Además, plantea que sí se han realizado los informes y estudios del impacto ambiental, tanto de este ministerio como por SENAGUA; y que esta hizo la socialización por varias vías, tanto en español como kichwa. Por su parte, la ARCONEL, plantea que GENEFRAN S. A., si presentó toda la documentación requerida.

El Ministerio del Ambiente, alega el principio de solidaridad, en cuanto a las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios orientados al buen vivir. Justifican la improcedencia de la acción de protección de los demandantes, aduciendo que no se cumplen los tres requisitos

para dicha solicitud, y que estos se encuentran refrendados en la norma (Asamblea Nacional, 2009).

Por otro lado, SENAGUA y la Subsecretaría de la Demarcación Hidrográfica de Napo, no se allanan a la demanda y niegan los fundamentos de hecho y derecho, argumentándose en los artículos 88 (Asamblea Constituyente, 2008); 39, 40 y 42 (Asamblea Nacional, 2009). Además, justifican su acción a partir del artículo 318 de la Constitución del Ecuador (Asamblea Constituyente, 2008), y los artículos 5, 18, 86, 93, 94, 126 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (2014).

También, hacen referencia a que la consulta previa sí fue realizada por el Ministerio del Ambiente y GENEFRAN. Por otra parte, sobre el derecho a la identidad cultural, sostienen que esta, con el accionar de la hidroeléctrica, no se pierde. Sobre el derecho al trabajo, también apuntan que no cumplen con los requisitos de la acción de protección, y que las demandas podrían haberse resuelto con el Ministerio del Trabajo.

En cuanto a los derechos a la salud, al agua y a la soberanía alimentaria, estos demandados aseveran que no se ha registrado ninguna autorización de uso del agua para el consumo humano en el sector de construcción, lo cual implica que no habrá afectaciones ni para la salud, ni para la alimentación, teniendo presente, además, que el Balneario de Piatúa, tampoco sufrirá disminución del caudal debido a la distancia y la existencia de varias vertientes que estabilizan el caudal. Refiriéndose al derecho a un medio ambiente sano, reconociendo las posibilidades de contaminación, plantea que se exigió a la empresa GENEFRAN, mantener un área de protección de 30 metros a cada lado del río, así como la reforestación, luego de un año de la obra, de al menos el 20 por ciento del área intervenida. Y, finalmente, para garantizar los derechos de la naturaleza, se estableció que el caudal ecológico sea de por lo menos el 10 por ciento del caudal medio del río Piatúa.

El principal demandado, GENEFRAN, alega, como fundamentos para la defensa que, en primer término, se demanda la firma del documento y no esté en su contenido, lo cual tendría vías administrativa y judicial para resolverlo, lo cual también es aplicable en otros aspectos de la demanda. Indican que existen requisitos que no se cumplen para plantear la acción de protección, ya abordados en los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional, 2009). Además, sostiene que se ha cumplido con lo establecido en la Constitución y las leyes, en aras de incrementar la matriz energética del país; que los demandantes no demuestran su aseveración del exceso de generación de energía eléctrica, ni de las agravantes a los derechos de la naturaleza en que se sustentan, por falta de datos confiables.

Continúan planteando que el proyecto de generación eléctrica del Río Piatúa, podría generar trabajo para los habitantes de los cantones, parroquias y poblados cercanos al proyecto. El desarrollo del proyecto podría contribuir a dinamizar las actividades económicas en su zona

de influencia, haciendo referencia a que una de las responsabilidades constantes en el artículo 83 de la Constitución es promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

Durante el desarrollo de la audiencia de juicio se presentan otras que se adjuntan al expediente, así como los testimonios de ambas partes, los cuales pueden ser consultados en Sentencia Constitucional (2019): el contrato de concesión otorgado en favor de la compañía GENEFRAN; 9 memorandos, 3 oficios, 3 informes técnicos, 3 resoluciones, 1 póliza, 1 certificado de intersección, la información que se encuentra en la página WEB del Ministerio del Medio Ambiente, y 1 testimonio de un técnico. Se incluye en esta práctica de pruebas: 3 publicaciones de prensa, publicadas en el observador de las ediciones 472, 473 y 474; razones sentadas por jefes políticos de dos cantones; 1 audiencia de conciliación; 1 declaración juramentada; 21 cuerpos de copias notariadas de los territorios ocupados por la compañía; y 1 oficio; incluyéndose, además, las declaraciones de 6 testigos, 1 biólogo, 1 sociólogo, 2 antropólogos, 1 geógrafo, 1 economista, y 1 especialista en flora.

Para la discusión teórica de las categorías principales, es interesante reconocer que sobre los derechos colectivos hay ciertas concepciones cuasi- homogéneas, tales como entender que la interpretación puede verse desde dos puntos de vista, el primero como aquellos derechos que se predicen en grupos; y el segundo, como aquellos grupos de los que se predicen ciertos derechos (Calera, 2002). Según Grijalva (2009), estos son

“... derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos... son parte de los llamados derechos de tercera generación.”.

Para la particularidad de Ecuador, siguiendo a Grijalva (2009), dentro de los derechos colectivos, son reconocidos constitucionalmente y se refieren a los ambientales, los étnicos y los de los consumidores. Para el caso de los pueblos indígenas, estos tienen derechos colectivos a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicional, entre otros. También se reconocen los derechos de un

“...medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a las reparaciones e indemnizaciones para los consumidores afectados por productos o acciones lesivas sea de actores públicos o privados.” (Grijalva, 2009)

En el artículo 57 de la Constitución de la República, se enuncian, refiriéndose a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros: la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias; la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables; la participación de los beneficios que esos proyectos reporten; las indemnizaciones por los perjuicios, teniendo presente que en la consulta, si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (Asamblea Constituyente, 2008)

Precisamente, a partir de los planteamientos de Acosta y Martínez (2009), en relación con los derechos de la naturaleza, él reconoce que estos se han fundamentado en los reclamos indígenas, en conjunción con otros sectores de la población en contra de la acelerada destrucción de esta, provocada, en esencia, por el extractivismo.

Siguiendo con lo anterior, desde la misma perspectiva, de los derechos de la naturaleza, consagrados en la Constitución de Ecuador, en su Capítulo Séptimo, se identifica que hay derechos al respeto, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales de la naturaleza, además de aseverar que cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los mismos. (Asamblea Constituyente, 2008). Todo lo anterior también incide en la responsabilidad del Estado en la precaución y restricción de actividades que pueda afectar sensiblemente a especies, ecosistemas y ciclos naturales.

Al afectarse la naturaleza, violándose sus derechos, se entiende que determinados procesos y sistemas, también lo serán en mayor o menor medida; es por ello, que es importante entender que el derecho a la salud se entiende que

“...no puede estar garantizado si no se garantizan otros derechos..., entre ellos el derecho al agua, la alimentación, ..., el trabajo, ..., los ambientes sanos”. (Malo-Serrano & Malo-Corral, 2014)

Según la Constitución de la República (2008), la soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua (Art.15); esta constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente (Art. 281). Además, se continúa planteando que la política comercial tendrá que contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas (Art. 304); y que el Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua (Art. 413).

Se complementa, en referencia a los derechos al agua, que esta es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos... La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria... Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley (Art. 318). (Asamblea Constituyente, 2008)

En cuanto a los derechos del ambiente, en el Art. 395, la Constitución (Asamblea Constituyente, 2008), reconoce varios principios, de los cuales, se abordarán tres de ellos. El primero que plantea que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo,

ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, se valora el principio donde el Estado garantizará la participación permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales. Y el tercero, que enuncia que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

DISCUSIÓN

La consulta, desde el punto de vista etimológico, es una “petición de informes a órganos consultivos”, dentro de una de las acepciones del DRAE (Diccionario del español jurídico, 2019); y de manera general se puede entender que esta es una acción, en la cual un sujeto o varios, acceden a criterios de otros sobre un tema, proceso o fenómeno determinado. Dentro de las composiciones más empleadas sobre la consulta en lo que a lo jurídico se refiere- siguiendo la fuente enunciada-, se puede encontrar que la consulta popular es

“...una expresión de democracia directa que permite a los ciudadanos confirmar o rechazar determinadas decisiones...”;

Así como que, la consulta previa es un trámite obligado antes de ejercer determinadas acciones.

Rodríguez (2014), sobre los derechos de los indígenas en Colombia, particularmente, plantea que cuando hay intereses contrapuestos en relación con el manejo, uso, utilización y aprovechamiento de los recursos naturales de los territorios indígenas, se pueden generar conflictos ambientales en donde uno de los escenarios privilegiados de expresión de los mismos es el de la consulta previa. La autora hace referencia a dos escenarios en los cuales existen intereses que se contraponen, cuando al uso de los recursos naturales de determinada comunidad indígena se refiere, y que se pueden suscitar si la consulta previa se ha realizado o no, o si cuando se ha hecho, no es adecuada, según los criterios de las comunidades que se sienten afectadas.

En la Constitución de la República del Ecuador (2008), sobre la consulta previa se realizan las siguientes promulgaciones, que se van exponiendo en el orden numeral constitucional de sus articulados.

En el Capítulo Cuarto, sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en el Art. 57, Numeral 7, se indica que esta hay que hacerla en un plazo razonable cuando se refiere a planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, siempre y cuando haya afectaciones ambientales y culturales. Además, tienen

derecho a participar de beneficios y recibir indemnizaciones por las afectaciones. (Asamblea Constituyente, 2008)

También, en el Art. 398, relacionado con el ambiente, se plantea constitucionalmente que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado y este valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si hubiese oposición mayoritaria por parte de la comunidad, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. (Asamblea Constituyente, 2008)

En cuanto a la naturaleza de la acción de protección, presentada por los demandantes, es preciso apuntar que, el Art. 88 de la Constitución de la República, identifica que esta amparará los derechos reconocidos en la Constitución, y esta se interpondrá cuando exista vulneración a tales derechos, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; y también cuando la violación proceda de una persona particular, que provoca daño grave, presta servicios públicos impropios, actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. (Asamblea Constituyente, 2008)

La acción de protección se constituye en aquella garantía jurisdiccional encargada de tutelar de forma directa y eficaz los derechos tanto reconocidos en la norma constitucional, así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo que, esta garantía nace y existe para proteger los derechos constitucionales, de tal forma que los jueces en su conocimiento deben garantizar que la acción preserve la naturaleza para la cual fue creada, centrando su análisis en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional del Ecuador, plantea en Sentencia No. 034-16-SEP-CC (2016), que:

“...la acción de protección es una garantía amplia en tanto tutela todos los derechos constitucionales que no se encuentren reconocidos por otra garantía jurisdiccional...”

De todo lo anterior, la judicatura estableció cuatro problemas jurídicos y sus respuestas a las demandas y contraparte, como centro de la discusión y toma de decisiones, los cuales se formulan en forma de pregunta.

¿La autorización del Estado para el desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Piatúa, vulneró el derecho a la consulta, previa, libre e informada como derecho colectivo?

La Organización Internacional del Trabajo, según OIT (2014) establece que las consultas deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con ello se busca evitar la simple comunicación a las comunidades, las prebendas, el chantaje y la amenaza. A través de la consulta, se debe tener claro que por este medio no se intenta captar un permiso o acuerdo sino la oportunidad de que los pueblos puedan participar libre y activamente,

cuando se trata sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y pueda afectarles.

La intención del legislador es tutelar el derecho de las comunidades para conocer los proyectos y actividades de manera que puedan expresar las opiniones dentro de un plazo razonable, que deba ser entendido bajo el principio de buena fe, con la finalidad de conseguir de forma efectiva esa comunicación libre, previa e informada con suficiente antelación al comienzo de las actividades, no obstante estos aspectos no pueden ser interpretados de forma restrictiva, limitando las situaciones que den lugar a la consulta.

En cuanto al derecho a la participación, que se constituye en otro de los derechos que por conexidad se alegan afectados, en la Declaración de Estocolmo, se indica que

“...las personas,..., tendrán la oportunidad de participar,..., en la adopción de decisiones que tengan implicación directa en el medio ambiente y en el acceso a los medios de corrección cuando su medio ambiente haya sufrido daño o degradación”.

(ONU, 1972)

En el Ecuador, desde 1998 se reconocen dos tipos de consulta: una, referida a la consulta previa, libre e informada como derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas; y la otra, relacionada con la consulta ambiental como derecho difuso de todas las personas.

Para que la consulta previa, libre e informada se efectivice en la práctica, es necesario que este derecho sea visto de forma integral y atendiendo la unidad sistémica del texto constitucional, así como el estatus de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por integralidad de la Constitución se entiende la necesidad de que el derecho de consulta previa sea interpretado en relación con el conjunto de los derechos colectivos y, más ampliamente, con el resto de los derechos reconocidos en la Constitución de tal manera que el derecho de consulta previa no sea entendido sólo como una norma procedimental y de información sino como parte del catálogo de derechos fundamentales.

En cuanto a la regulación del derecho a participación, en la normativa secundaria, la Ley de Gestión Ambiental (2012), aplicable para el análisis del presente caso, pues tuvo vigencia hasta abril del 2018, constituye el primer paso para regular el derecho a la consulta ambiental para todas las actividades que provoquen impactos en el ambiente. El Art. 28 de esta ley ratifica la constitución planteando que

“...se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2012)

Luego de analizar el alcance del derecho a la consulta ambiental y consulta previa, así como también haber observado las particularidades que encierra cada una de estas, se plantea por el juzgador que en virtud del principio de Jerarquía Normativa se debe aplicar los procedimientos de acuerdo con los lineamientos y directrices establecidos en los cuerpos

normativos que forman el bloque de constitucionalidad de acuerdo con el caso en concreto que se trate. En este sentido, el convenio 169 de la OIT es el que debe observarse.

Acorde con la sentencia C-389 de 2016 es requisito para la procedencia de la consulta previa la determinación de la afectación directa, la cual se puede determinar con la aplicación de un test que valore, entre otros elementos, la afectación directa, debiendo establecerse que dicho proyecto no se asienta dentro del territorio perteneciente a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, por el contrario y conforme se ha justificado las propiedades que absorben la afectación directa del proyecto son de propiedad de GENEFRAN S.A..

Además, debe valorarse el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, pudiendo establecerse que si bien el proyecto no se encuentra o se ubica en territorios perteneciente a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, se ha generado, por parte del Estado a través del Ministerio del ramo los procesos de socialización, información respecto a la implementación del proyecto en referencia, plasmado en convocatorias a audiencia públicas, a través de charlas directas tanto en el área urbana como rural, tendiente aquello a recoger las observaciones y sugerencias que se genere del conglomerado humano que se asienta en las áreas de influencia del proyecto.

También se analiza, como tercer componente, la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica, indicándose que mediante la implementación del proceso de diálogos con la población a través de asambleas, audiencias públicas, conforme se ha probado, se ha podido establecer los beneficios de la implementación del proyecto.

Como cuarto componente, se establece la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido, pudiéndose constatar que el proyecto no interfiere de forma alguna respecto a elementos propios como la identidad o cultura del pueblo indígena toda vez que el mismo garantiza la continuidad de las actividades propias de la zona, actividades de pesca, recurso forestal y demás que permitan un desarrollo integral para quienes subsistan en base a estas prácticas.

Y finalmente, se estudia si se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados, entendiéndose que el proyecto no afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a dicho pueblo.

En base a lo expuesto se puede decir que el Estado no omitió su obligación de consultar a la población interesada, pues a través de las convocatorias públicas recogió sus criterios - para de esta manera considerar en lo pertinente la toma de decisiones-, es decir, no se verifica vulneración del artículo 328 de la Constitución, en lo que respecta a la concesión del proyecto hidroeléctrico Piatúa, entendiéndose por conexidad observados de igual manera los Art. 12, 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental – vigente a la fecha de los hechos.

¿La autorización del Estado para el desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Piatúa vulneró los derechos de la naturaleza?

Este derecho lo que busca es la protección integral de los ecosistemas, es decir que estos permanezcan íntegros, lo cual no implica que no se puede utilizar componentes determinados de la naturaleza para satisfacer las necesidades de las personas, sino que únicamente hay que cuidar que la utilización o consumo de ciertos recursos no afecte a la conservación integral de la naturaleza como un todo. El derecho que trata de proteger el medio ambiente es la respuesta de la sociedad a la necesidad de proporcionar tal protección, para evitar la degradación progresiva del medio ambiente.

En el presente caso en examen, se prueba efectivamente de manera documental, que el Ministerio del Ambiente, mediante resolución resuelve emitir licencia ambiental para la construcción del Proyecto, aprobando por tanto los lineamientos ambientales y legales a observarse, con fines de evitar afectaciones a la naturaleza. La licencia ambiental concedida por el Ministerio del ramo autoriza a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. Se puntualiza que la disminución de nivel en el balneario por el aprovechamiento del caudal en captación con operación normal es apenas del 0.16 m – mientras que en época de estiaje esta disminución de nivel es de 0.07 m, aspectos que en su conjunto no afectan al balneario para sus fines turísticos.

Se ha justificado que el territorio que resulta afectado por la implementación del proyecto no se ubica en puntos donde se registren asentamientos humanos sensibles (aislados), son áreas colonizadas en las que incluso, el recurso forestal presenta afectaciones progresivas. De igual manera se ha justificado que al garantizarse un caudal ecológico suficiente en las riveras del río Piatúa, los ecosistemas mantendrán en la medida de lo posible, estabilidad en sus ciclos vitales, lo que impide violentar este derecho de forma alguna – pues de conformidad a su ciclo el elemento agua se constituye en un recurso de carácter renovable – aspectos debidamente probados en el proceso por lo que se valoran en su integridad.

¿La autorización del Estado para el desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Piatúa, vulneró los derechos al agua, seguridad alimentaria y sumak kawsay?

Se analizaron 3 escenarios de flujo de caudal en el balneario, siendo el primero correspondiente a las condiciones actuales, es decir sin proyecto, un segundo escenario, con proyecto; y, el tercer escenario considerado como el más crítico considera un caudal representativo de estiaje en el balneario.

Se puntualiza que la disminución de nivel en el balneario por el aprovechamiento del caudal en captación con operación normal es apenas del 0.16 m – mientras que en época de estiaje esta disminución de nivel es de 0.07 m – se ha garantizado dejar un caudal correspondiente al 10% que constituya el caudal ecológico suficiente y necesario para su uso y demás

actividades que en torno a su existencia se generan – aspecto que fuera corroborado por el MAE. El resultado garantiza el no dejar sin acceso al agua a las familias que habitan en la cuenca hidrográfica del Río Piatúa, sin ser menos importante resaltar que de acuerdo a lo que consta en los estudios, debidamente sustentados por el Ministerio del Ramo, las aguas del Río Piatúa son utilizadas para actividades netamente turísticas, determinando que las aguas para consumo humano, provienen de otras fuentes alejadas al área de influencia, concluyéndose nulo el caudal para usos consuntivos y no consuntivos.

Si bien se concede un caudal de agua para el proyecto, conforme se ha demostrado en audiencia y al garantizarse un caudal ecológico natural suficiente, el Estado de manera responsable evita colateralmente un debilitamiento de las actividades agrícolas locales, al garantizarse como se sustenta un caudal ecológico suficiente para actividades agrícolas también se garantiza la soberanía alimentaria del sector.

Por lo expuesto y al haberse justificado el no existir un grave atentado a la estructura del río, a las funciones y ciclos vitales conectados con él, según establece el texto constitucional referente a los derechos de la naturaleza, se indica que no se registra violación a los derechos alegados como son el de agua – seguridad alimentaria y buen vivir – debiendo dejar sentado y como un aspecto de relevancia que los caudales conforme se han detallado, han sido definidos mediante audiencia de mediación en el que se han plasmado acuerdos y demás aspectos.

¿La autorización del Estado para el desarrollo del Proyecto Central Hidroeléctrica Piatúa vulneró el derecho al trabajo?

La mayor parte de los habitantes del sector, se dedican a labores turísticas, siendo la tierra, los ecosistemas aledaños a la cuenca del Río Piatúa y el agua cristalina sus principales bases para el ejercicio de dicha actividad turística. La Constitución establece en su Art. 33, que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, el mismo que es fuente de realización personal y base de la economía de la sociedad. (Asamblea Constituyente, 2008)

Se pudo probar que, en su conjunto, para el presente caso, no se afecta al balneario para sus fines turísticos y por ende tampoco para los demás proyectos turísticos del sector. Bajo este análisis y sustentado en documentación que forma parte del proceso constitucional, la judicatura no puede observar violación alguna respecto del derecho al trabajo, más aún cuando se ha justificado que dicho proyecto incrementará plazas de trabajo calificado y no calificado, que van en beneficio del conglomerado humano de la localidad.

Por otra parte, los legitimarios activos recurren en vía constitucional a pesar de existir medios judiciales pertinentes y expeditos para el conocimiento de defensa de los derechos ambientales. Se observa que se acusa la impugnación de actos administrativos por medio de esta vía judicial. La competencia de la legalidad de los actos en el Ecuador, está asignada a

la jurisdicción contenciosa- administrativa, sin que por lo tanto un Juez constitucional lo pueda reemplazar. La acción de protección no revisa la legalidad de un acto, sino su legitimidad.

Se establece la pertenencia de la vía constitucional, en la que se ha podido solventar y por ende justificar la legitimidad de los procedimientos encaminados a velar por estos derechos, sabiéndose que los actos como tal han sido ordenados por personas que ejercen competencia para ello, que se han seguido los procedimientos legales pertinentes para el caso, que estos procedimientos no son contrarios al ordenamiento jurídico del país, a las normas constitucionales, a los derechos humanos y a lo que disponen los convenios y pactos internacionales que tienen categoría de normas constitucionales. Por ello, la sentencia declara que no existe vulneración de derechos constitucionales; y niega la acción de protección presentada.

CONCLUSIONES

Ha sido común en la justicia ecuatoriana el manejo de acciones de protección como herramienta jurídica para el amparo de determinados grupos sociales, que sostienen la vulneración de determinados derechos. Para el caso que ocupa, estuvo dirigida a proteger los derechos supuestamente vulnerados de una población indígena Kichwa ante el proyecto de hidroeléctrica aprobado por el Estado ecuatoriano y ejecutado por la Compañía de Generación Eléctrica GENEFRAN.

Mediante el estudio de caso, como tipo de investigación cualitativa, se realizó un análisis de las posiciones de los demandantes, y de los actores pasivos en el proceso. Y, finalmente, en un acto de constitucionalidad, la corte que conoció el caso expone con suficiencia, los argumentos de ley, en la cual se niega la acción de protección y la no sustentación de las medidas cautelares, a partir de la solución a los problemas identificados en el proceso.

REFERENCIAS

Acosta, A., & Martínez, E. (2009). Los derechos de la naturaleza como fundamento para otra economía. Quito: Abya Yala.

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (22 de Octubre de 2009). Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento No. 52. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional. (16 de Enero de 2015). Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica. Registro Oficial No. 418. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2012). Ley de Gestión Ambiental. Quito: Asamblea Nacional.
- Calera, N. M. (2002). Una discusión sobre los derechos colectivos. Librería Editorial Dykinson.
- Diccionario del español jurídico. (3 de 7 de 2019). DRAE. Obtenido de <https://dej.rae.es/lema/consulta>
- Grijalva, A. (2009). ¿Qué son los derechos colectivos? Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua. (6 de Agosto de 2014). Suplemento Oficial No. 305. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Malo-Serrano, M., & Malo-Corral, N. (2014). Reforma de salud en Ecuador: nunca más el derecho a la salud como un privilegio. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 31, 754-761.
- OIT. (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Lima: OIT.
- ONU. (1972). Declaración de Estocolmo. Estocolmo: ONU.
- Rodríguez, G. A. (2014). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S.
- Sentencia Constitucional, 2019-00422 (Unidad Judicial Penal-Constitucional B de Pastaza 26 de 6 de 2019).
- Sentencia No. 034-16-SEP-CC, 0103-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador septiembre de 2016).