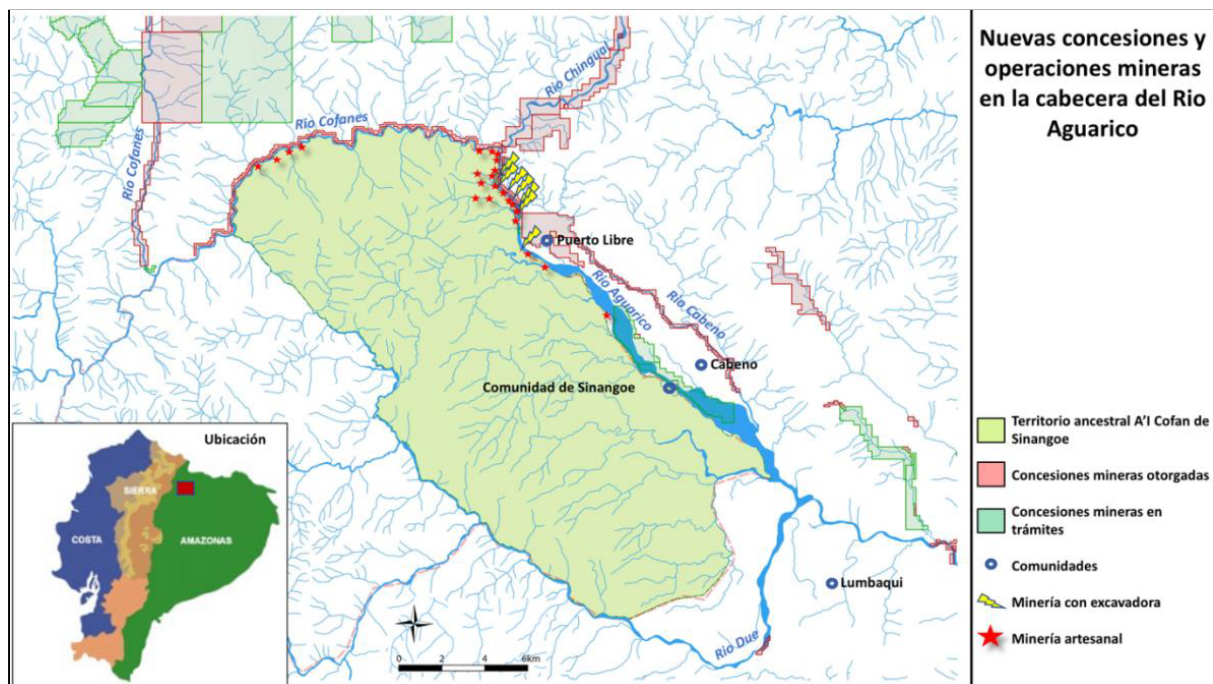


La Corte Constitucional de Ecuador desarrolló estándares para el cumplimiento de las obligaciones de respeto, promoción y garantía del derecho al consentimiento previo, libre e informado de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en contextos de planes y proyectos extractivos.

Análisis de la Sentencia No. 273-19-JP/22¹

La Comunidad A'i Cofán de Sinangoe se encuentra ubicada en la parroquia Puerto Libre, cantón Gonzalo Pizarro, provincia de Sucumbíos. Su territorio ancestral ha sido demarcado arbitrariamente por el Estado dentro del Parque Nacional Cayambe Coca, teniendo a los ríos como una de sus fuentes más importantes para su pervivencia física y cultural.

Como parte del ejercicio de su derecho a la autodeterminación crearon instrumentos de derecho propio y una guardia indígena como estrategia para defender y proteger su territorio ancestral frente a amenazas externas. En 2018, propusieron una acción de protección en contra de varias entidades ministeriales del Estado por haber otorgado de forma inconsulta 20 concesiones para exploración y explotación de pequeña y mediana minería metálica de oro, con un total de 19.556 hectáreas comprometidas y adelantar el trámite de otorgamiento de otras 32 con un total de 11.584 Hectáreas. Todo ello en las riberas del río Aguarico y sus cabeceras, ríos Chingual y Cofanes en los límites del parque nacional Cayambe-Coca, espacios de reproducción material y cultural de la comunidad A'i Cofán de Sinangoe.



Ref. Mapa de una parte del territorio ancestral de Sinangoe y las concesiones mineras

¹ Sentencia 273-19-JP, 27 de enero de 2022:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6j3RyYW1pdGUUnLCB1dWl kOidjOWE40DAyZC03Y2E1LTQ4NDItOWIzNS01ZDZjMzZiM2I3ZGMucGRmJ30=

El 3 de agosto de 2018, la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Gonzalo Pizarro emitió sentencia a favor de la comunidad en la que determinó que se había vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada y ordenó la suspensión de las 52 concesiones mineras y la realización de la consulta previa conforme a los estándares internacionales y especialmente los establecidos por el Convenio No. 169 de la OIT.²



Ref. Celebración comunitaria de la victoria en I instancia, exteriores de la Unidad Judicial del cantón Gonzalo Pizarro, en Lumbaqui agosto de 2018

Ambas partes (accionados y accionantes) apelaron respecto a esa sentencia de primera instancia. La comunidad por considerarla insuficiente para la protección de sus derechos colectivos.

Así, el 16 de noviembre de 2018, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia de Sucumbíos rechazó la apelación presentada por las instituciones del Estado por no haber justificado los motivos de sus apelaciones y haberse centrado en asuntos de mera legalidad. Y, por otra parte, aceptó la apelación presentada por la comunidad y amplió la sentencia de primera instancia en un doble sentido:

1. En cuanto al efecto de la ausencia de consulta **dispuso la reversión inmediata de las 52 concesiones mineras al Estado, incluidas aquellas en trámite.**

Esta disposición ratifica el estándar establecido por la Corte Constitucional en 2010 de que un efecto de la violación al derecho a la consulta previa, libre e informada es la nulidad del acto administrativo. En este caso, el acto administrativo inconsulto es la

² Sentencia de primera instancia del Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el Cantón Gonzalo Pizarro de 03 de agosto de 2018

concesión cuya nulidad implica la reversión al Estado. La sentencia de apelación ratifica además la calidad de previa, de manera que los jueces no pueden disponer como reparación que se haga una consulta. En cualquier caso, de persistir el interés del Estado, deberá iniciar un proceso de consulta **bajo los estándares procesales y sustantivos** para su realización.

2. Determinó la vulneración de los derechos de la naturaleza, al agua, al medio ambiente sano, a la cultura, al territorio, entre otros, por la entrega inconsulta de concesiones, por las actividades mineras que se realizaron y por las afectaciones previsibles si las concesiones mineras entrarán en funcionamiento.

Es decir, reconoce expresamente la interdependencia entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la consulta previa, la identidad cultural y el territorio; otros derechos de todos, como el medio ambiente, el agua, la salud; y, los derechos de la naturaleza. El vínculo esencial entre todos permite el desarrollo de una vida digna³.

El 27 de enero de 2022, la Corte Constitucional revisó las sentencias de instancia de esa acción de protección en aplicación de su facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección” (Constitución, artículo 436.6). Reconoció que las sentencias de instancia tutelaron los derechos de la comunidad A'i Cofán de Sinangoe al declarar la nulidad y la consecuente reversión al Estado de las concesiones mineras aprobadas a esa fecha y disponer el archivo de las que se encontraban en trámite por haberse vulnerado el derecho a la consulta previa, libre e informada y los derechos de la naturaleza. La Corte confirmó estas medidas de reparación ordenadas por los jueces de instancia. Las entidades estatales no han cumplido aún esta disposición, por lo que se exigirá el cumplimiento y ejecución íntegra de las medidas de reparación ordenadas.

Adicionalmente, ratificó estándares de obligatorio cumplimiento sobre la consulta previa a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en cuanto a:

- 1) el derecho a la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como eje transversal de relación intercultural dentro del Estado ecuatoriano;
- 2) la relación especial entre los pueblos y el territorio y la naturaleza, base para la reproducción de su identidad cultural;
- 3) el proceso de consulta profunda que debe llevar a cabo el Estado antes de planes y programas extractivos que puedan afectar esta especial relación, sea porque se pretendan en el territorio ancestral o fuera de él;
- 4) la obligación estatal de buscar el consentimiento previo, libre e informado en estos casos y la prohibición de autorizar planes, proyectos o actividades que sacrifiquen a los pueblos.

En la decisión, la Corte invoca la Constitución de la República, el bloque de constitucionalidad, el Convenio 169 OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos

³ Sentencia de segunda instancia de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos de 16 de noviembre de 2018.

Indígenas, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁴, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal como manda el preámbulo del artículo 57 de la Constitución. Esto significa que los derechos de los pueblos indígenas **deben garantizarse siempre bajo los más altos estándares** en la materia.

1. Derecho a la autodeterminación como eje transversal de la relación intercultural



El derecho a la autodeterminación (o derecho a la libre determinación) es el eje transversal en la construcción del Estado plurinacional e intercultural y un principio rector de conducta del Estado ecuatoriano en sus relaciones con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.⁵ Este derecho está implícito en el artículo 57.1 relativo al derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia y formas de organización social.”⁶ Lo anterior significa que las obligaciones concretas de proteger, respetar y garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas se deben entender como correlativas, en última instancia, a la autodeterminación de estos pueblos.

Este derecho a la libre determinación parte del reconocimiento de que los pueblos indígenas son sociedades originarias, preexistentes a la colonización e instauración de las actuales fronteras estatales, y que han sido sujetos a condiciones de marginación y discriminación a lo largo de siglos. A partir de este hecho histórico, la comunidad internacional ha reconocido que dichos pueblos, además de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, poseen **el derecho a determinar libremente su desarrollo económico, social y cultural de manera que les permita asegurar su existencia y bienestar como pueblos diferenciados.**⁷

La decisión también reconoce como expresión de la autodeterminación los derechos a crear y practicar su derecho propio y a establecer sus propias formas de organización, previstos en el artículo 57 numerales 9 y 10 de la Constitución.

⁴ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 62

⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 1779-18-EP/21, 28 de julio de 2021; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II (Washington: OAS, 2021), párr. 6; sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 64.

⁶ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 66

⁷ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 2016, par. 237

La Corte expresamente rechazó el argumento de las entidades estatales de que la “*Ley Propia de Control y Protección del Territorio Ancestral de la Comunidad Sinangoe de la Nacionalidad A'I Kofan*” no era válida por no ser promulgada por la Asamblea Nacional. Al respecto, la Corte dispuso que las normas generadas por las comunidades indígenas deben “ser comprendidas por las entidades del Estado desde una óptica intercultural y dialógica que no pretenda aplicar los mecanismos jurídicos mestizos a su ejercicio de autodeterminación”⁸.

Y en ese mismo sentido, se pronunció sobre la guardia indígena de Sinangoe, estableciendo que esta forma propia de organización indígena se encuentra protegida por el artículo 57 numeral 9:

(...) Así también, respecto de la creación de una guardia indígena, se encuentra que esta también forma parte de sus usos y costumbres y responde a la facultad que tienen las comunidades y pueblos indígenas para la generación y ejercicio de la autoridad dentro de su territorio ancestral, de conformidad con lo prescrito en el artículo 57 numeral 9 de la Constitución, sin que por ello pueda considerarse per se que exista una policía o milicia paralela. En todo caso, esta debe siempre respetar y enmarcarse en los límites previstos por la Constitución.



Ref. Guardia Indígena en actividades de control territorial, Río Aguarico, maquinaria en actividades de explotación concesión prosperidad, enero de 2018

Con base en el principio de interculturalidad, la Corte dispuso que la sentencia sea traducida al idioma A'i Cofán y que sea notificada de forma oral ante los accionantes y la autoridad indígena.

⁸ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 138. La Corte ha desarrollado este derecho en otras sentencias: Sentencia No. 1779-18-EP/21, 28 de julio de 2021, párrs. 62 - 63; Sentencia No. 134-13-EP/20, 22 de julio de 2020, párr. 31, se declara la vulneración del derecho del art. 57 numeral 10; Sentencia No. 1-15-EI/21 y acumulado, 13 de octubre de 2021, párr. 49.

Por ello, los estándares detallados a continuación, deben ser considerados instrumentales al derecho a la autodeterminación. Las instituciones estatales están obligadas a adoptar una perspectiva intercultural y a realizar una interpretación intercultural de las normas jurídicas que aplican en sus procedimientos, para promover el pleno desenvolvimiento de los pueblos indígenas. Ello, a su vez, mediante la aplicación directa e inmediata del bloque de constitucionalidad, reconocido y aplicado en esta sentencia, en lugar de las normas jerárquicamente inferiores que deben ser actualizadas, moduladas y en algunos casos derogadas.⁹

2. Protección reforzada de la relación entre el territorio y la naturaleza con los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional estableció que existe la obligación de respetar y proteger la relación que tienen los pueblos indígenas con el territorio y la naturaleza, en la medida en que garantiza y permite su existencia y la reproducción de su identidad cultural. Ello implica reconocer los usos y costumbres de los pueblos indígenas y garantizar que no sean afectados tanto por actividades desarrolladas dentro de su territorio como por aquellas desarrolladas en otras áreas y que de alguna forma puedan afectar cualquiera de sus derechos o intereses.

Para la Corte, un rasgo transversal de las comunidades, pueblos y nacionalidades es la especial importancia que tienen sus tierras o territorios y la naturaleza como parte inherente a la identidad cultural y sus valores espirituales, como elementos conectados de manera intrínseca al ejercicio de sus derechos fundamentales y que les permite “generar históricamente una identidad”¹⁰. Esa relación e identidad cultural, enfatiza la Corte, tiene una naturaleza colectiva que debe ser respetada, protegida, promovida y garantizada dentro de un Estado plurinacional e intercultural.



Ref. Familia de Olger Quenama, el “abogado”, guardia y defensor de derechos colectivos, Sinangoe noviembre 2021

⁹ Por ejemplo, las carteras de estado deben derogar y dejar de aplicar el “Reglamento de consulta en procesos de licitación de áreas y bloques”, emitido mediante Decreto Ejecutivo 1247, y publicado en Registro Oficial 759 del 02 de agosto de 2012; así mismo, deben aplicar la Ley de Minería, Código de Ambiente y su reglamento, la Ley Orgánica de Participación y todas las demás disposiciones en armonía con las obligaciones derivadas de la sentencia en mención.

¹⁰ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 65

Internacionalmente, se ha desarrollado con profundidad el significado del territorio para los pueblos indígenas y la especial relación que éstos tienen con el mismo. Así, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua,¹¹ la Corte IDH consideró que el derecho a la propiedad en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos incluye la propiedad *comunal* -además de la privada-, que la relación entre los indígenas y la tierra constituye “la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia”¹² y que la mera posesión basta como título de propiedad de las comunidades indígenas.¹³

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ya había establecido la preeminencia de la posesión ancestral en sentencias previas.¹⁴ Esta sentencia ratifica que los territorios indígenas no están sujetos a la formalización estatal: “el derecho de propiedad viene dado por el uso y posesión tradicional o ancestral de las tierras y recursos.”¹⁵

Pero, además, la Corte indica que la consulta previa corresponde incluso en casos en que, **por cercanía**, las actividades propuestas puedan impactar a los territorios y/o los recursos naturales de los pueblos indígenas. En palabras de la Corte, la protección de los territorios

(...) no se refiere únicamente a aquellos planes o proyectos que se encuentren dentro las tierras de las comunidades o pueblos indígenas (...) sino **también sobre aquellos que, aun sin estar en sus tierras, puedan afectarles ambiental o culturalmente de forma directa por estar dentro de su ámbito de influencia.**¹⁶

Esto porque “un límite físico o una división en medio de la naturaleza no significa la desaparición de impactos o afectaciones para las comunidades, menos aun teniendo en cuenta su interrelación con la naturaleza.”¹⁷

Entonces, la determinación de la obligación de consultar debe considerar en cada caso concreto **el contexto propio de los pueblos indígenas involucrados**. La mera posibilidad de que las actividades propuestas, cualesquiera sean éstas, les afecten detona el deber de consultar, **independientemente del área establecida en el título de propiedad emitido por el Estado y de que las actividades propuestas vayan a ejecutarse dentro del territorio ancestral o fuera del mismo**. En otras palabras, basta que las concesiones puedan afectar a los territorios indígenas incluso si no traslapan con estos.

¹¹ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y costas), Serie C No. 79.

¹² Ibid, párrs. 148 y 149.

¹³ Ibid, párr. 151. Casos posteriores ratifican la posesión ancestral como hecho suficiente para que los Estados reconozcan la propiedad colectiva y titulen los territorios indígena. Xákmok Kásek en 2010[#] (párrafos 85 al 89 y 108 al 111); Comunidades Garífuna de Punta Piedra[#] (a partir del párrafo 162) y Triunfo de la Cruz[#](a partir del párrafo 100), ambas de 2015.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 20-12-IN/20, 01 de julio de 2020, párr. 105; Corte Constitucional, Sentencia No. 2-14-EI/21, 27 de octubre de 2021, párr. 112

¹⁵ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 78.

¹⁶ Ibid, párr. 105

¹⁷ Ibid, párr. 108.

De ahí que, según la Corte, para esa determinación se debe “recurrir a la opinión de las personas indígenas que se encuentran involucradas”.¹⁸ Es decir, **el Estado no puede determinar unilateralmente si un proyecto o plan afectará o no y de qué forma a un pueblo o comunidad**, sino que debe contar esencialmente con la opinión y análisis de las comunidades, pueblos y nacionalidades involucradas.

Este tema es de vital importancia puesto que en la acción de protección el Estado argumentó que las concesiones mineras que están fuera de territorio no deben ser consultadas. Aceptar ese argumento implicaría desconocer no sólo la preeminencia del territorio ancestral sobre el titulado sino, además, los potenciales efectos de las actividades extractivas más allá de su ubicación. Así por ejemplo, los efectos de la minería o la extracción petrolera en los ríos y la contaminación o alteraciones que generaría en los territorios y vidas río abajo o en sus riberas no serían sujeto de consulta.

Como ya indicamos arriba, la Corte Constitucional rechazó esos argumentos y expresamente manifestó: 1) que el Estado no haya reconocido formalmente el territorio ancestral de la comunidad, en ningún caso, constituye un limitante para el ejercicio de sus derechos colectivos; y, 2) pese a que algunas de las actividades mineras autorizadas por el Estado estaban ubicadas fuera del territorio ancestral de Sinangoe, el desarrollo de dicha actividad afectaría sus derechos e intereses, por tanto, debieron activarse las obligaciones del Estado de consulta y obtención de consentimiento.

Es por esto que el alcance de esta disposición trasciende a la comunidad de Sinangoe. Según la Corte, los potenciales efectos de la minería más allá de donde estos se producen volvía necesario

(...) consultar a la comunidad Cofán de Sinangoe y **otras que puedan resultar directamente afectadas sobre su conformidad con las actividades extractivas y los efectos de estas en las riberas de los ríos Aguarico, Cofanes y Chingual y en la zona limítrofe del parque nacional Cayambe-Coca.**¹⁹

Es decir que las carteras de Estado debieron consultar y buscar el consentimiento no solo de la comunidad A'i Cofán de Sinangoe sino de todas las comunidades aguas abajo del río Aguarico por las potenciales afectaciones. En esos procesos, las entidades ministeriales estaban obligadas a considerar las propias particularidades de cada comunidad involucrada, independientemente de su identidad étnica y cultural, de acuerdo a la relación que cada una mantenga con la naturaleza y el territorio.

En síntesis, resulta evidente del propio proceso de acción de protección, y reconocido en la sentencia de CCE en análisis, que el derecho al territorio no puede disociarse del derecho a la autodeterminación. El derecho de los pueblos a la participación en los asuntos de su interés o que les puedan afectar es la herramienta que vincula la protección del territorio y la autodeterminación. Así lo considera también el Mecanismo de Expertos de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2012: “el derecho a participar es

¹⁸ Siguiendo su propio y previo criterio en la Sentencia 3-15-IA/20 de 11 de noviembre de 2020.

¹⁹ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 108.

inseparable de otros derechos de los pueblos indígenas y está interrelacionado con ellos, por ejemplo su derecho de libre determinación y sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos.”²⁰

Esta especial relación evidencia lo trascendental de la consulta y el consentimiento previo cuando se prevea desarrollar actividades que puedan afectar estos derechos territoriales y con ello sus formas de supervivencia. Es el caso de todo emprendimiento extractivo que se pretenda desarrollar en territorios indígenas o fuera de los mismos pero que podrían afectarles. Tal y como ocurrió en el caso de la comunidad de Sinangoe, donde las concesiones revertidas por la Corte Provincial de Sucumbíos se encontraban en el río Aguarico, parte del territorio, pero también en los afluentes cabecera de dicho río -Cofanes y Chingual-, lo cual innegablemente hubiera afectado al territorio de la comunidad y la pervivencia de la misma.

3. El Estado debe llevar a cabo un proceso de consulta profunda de los planes y programas extractivos que puedan afectar la especial relación entre las comunidades, pueblos indígenas y sus territorios.

Los principios de plurinacionalidad e interculturalidad exigen una especial atención a la ejecución de los deberes estatales correlativos a los derechos de los pueblos indígenas. La autodeterminación de los pueblos implica el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades y a decidir libremente su desarrollo económico, social y cultural de manera que les permita asegurar su existencia y bienestar como pueblos diferenciados. Los potenciales efectos de las actividades extractivas en los territorios y las vidas de las comunidades y pueblos indígena son altos. De ahí que la consulta de esas actividades no se agote en cualquier proceso, menos aún en la socialización o en un trámite más en la autorización de una actividad. El proceso requerido es una consulta profunda.

Al desarrollar el contenido del artículo 57, numeral 7 de la Constitución de la República²¹, la Corte reconoce que la consulta previa es un derecho colectivo que garantiza la participación de comunidades, pueblos y nacionalidades en las distintas medidas, planes y programas que puedan afectarles y un mecanismo democrático de diálogo intercultural que permite la materialización del derecho a la autodeterminación en la adopción de dichas decisiones, del que se desprenden obligaciones concretas para el Estado; y que “exige como mínimo que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”²², debiendo adecuarse por tanto a la realidad de cada comunidad o pueblo.

²⁰ ONU, Consejo Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas, 30 abril de 2012, A/HRC/EMRIP/2012/2, pár. 8.

²¹ Constitución, art. 57.7 (derecho a la consulta previa): La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

²² Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párrs. 88, 89 y 90.

La Corte resume en la sentencia los estándares de obligatorio cumplimiento que el Estado debe respetar al realizar la consulta previa, ratificando lo desarrollado por sentencias previas de esta misma Corte,²³ y determinando que los elementos esenciales son “a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental, y e) la consulta informada.”²⁴ Y rechaza expresamente que la obligación de consultar se agote o cumpla con un trámite meramente formal o informativo.

Este deber incluye la obligación de realizar la consulta de forma previa, es decir, desde las primeras etapas del plan o proyecto. En temas mineros desde “la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas”, debe realizarse “por la autoridad encargada de dicho plan o programa desde su inicio, antes de cualquier convocatoria para el otorgamiento de un derecho minero, ya sea petición u oferta para pequeña minería, procesos de subasta o remate para mediana minería y minería a gran escala, y procedimientos de autorización para minería artesanal”²⁵. Es decir, las autoridades estatales están obligadas desde antes del otorgamiento de la concesión minera y se extiende a los actos posteriores.

La información otorgada debe ser culturalmente apropiada, traducida al idioma del sujeto consultado, y otorgarle el tiempo adecuado para que puedan acceder a la información y deliberar internamente. Debe ser libre, es decir, sin coerción, intimidación, presión o manipulación. Debe ser informada y esto requiere revisar la forma y fondo de la información que se entrega, que deberá incluir los impactos, riesgos y beneficios.



Ref. Acto ceremonial antes de la instalación de la Audiencia de la Corte Constitucional en Sinangoe, el 15 de noviembre de 2021.

²³ Al respecto ver, entre otras, sentencias de la Corte Constitucional 001-10-SIN-CC, 20-12-IN/20 y 22-18-IN/21.

²⁴ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 87.

²⁵ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 103, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley de Minería.

En todo momento, de forma transversal, las entidades consultantes deberán establecer mecanismos culturalmente apropiados que respeten las formas de organización propia de cada comunidad o pueblo indígena. Además, deben realizarla de manera articulada entre las carteras de Estado que tengan competencia en la autorización de permisos y otorgamiento de derechos.

La Corte ratifica e insiste en que la norma constitucional debe interpretarse complementariamente con el bloque de constitucionalidad y, en particular, con el contenido del artículo 6 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT que indica que las consultas deben realizarse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁶.

La consulta es una herramienta reconocida a las comunidades y pueblos indígenas para que defiendan sus derechos sustantivos a la vida, la identidad cultural, la especial relación con su entorno y demás derechos conexos. El deber estatal de consultar entonces no se puede entender desligado del resultado del proceso de consulta. De ahí que una consulta profunda necesariamente debe demostrar que en todo momento el Estado ha sido:

- a) lo suficientemente receptivo a las inquietudes, cuestionamientos y objeciones que le presenten los consultados,
- b) lo suficientemente flexible para acomodar esas inquietudes, cuestionamientos y objeciones en la medida consultada y
- c) lo suficientemente razonable y garantista para alterar e incluso descartar la propuesta en respuesta a lo que conoce a través del proceso de consulta.

Esto hace que la Corte desarrolle obligaciones adicionales que tiene el Estado en relación a los procesos de consulta previa, libre informada:

- (i) el deber de acomodo del plan o proyecto consultado; (ii) el deber reforzado de adoptar decisiones razonadas sobre la base de los resultados de la consulta; y, (iii) la imposibilidad del Estado de exigir sacrificios desproporcionados a las comunidades indígenas que no sean proporcionales en una sociedad democrática.²⁷

En primer lugar, las autoridades estatales tienen el “deber de acomodo”, para lograr flexibilizar los intereses en juego, de tal forma que las necesidades e intereses de los pueblos indígenas puedan ser tomados en cuenta, y con ello, la posibilidad de modificar o cancelar el proyecto o actividad. Caso contrario, sería una decisión ya tomada y demostraría mala fe en el sujeto consultante.

4. Obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado para autorizar planes y actividades que afecten a pueblos indígenas.

La Corte, por primera vez en Ecuador, establece el estándar de que previo a autorizar proyectos o actividades que afecten a los pueblos indígenas debe obtenerse el consentimiento de los

²⁶ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 93.

²⁷ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 116

misimos. Sólo en casos excepcionales se podrá ejecutar un proyecto sin haber obtenido ese consentimiento.²⁸

Realizado el proceso de consulta profunda descrito en la sección anterior, la Corte se refiere a los escenarios posibles derivados de la decisión comunitaria: el primero cuando se obtiene el consentimiento, el segundo, cuando no.

En el primer caso, debemos entender aunque la Corte no lo diga expresamente que para que un acuerdo califique como “consentimiento” debe ser previo, libre e informado. La garantía de cumplimiento de esas condiciones está dada en el proceso de consulta profunda esbozado en la sección anterior. De ahí que los “acuerdos” que en procesos espurios han conseguido los gobiernos en medio de coerción, manipulación, criminalización de la protesta, cooptación de dirigentes, división de comunidades,²⁹ ofertas indebidas de obras y servicios que el Estado debe cumplir como derechos,³⁰ información limitada y sesgada, plazos que responden a las urgencias de las empresas o del Estado y no a las necesidades de los consultados, etc., no califiquen como el consentimiento legítimo obtenido a partir de una consulta en serio.

Eso dicho, suponiendo que el proceso y el consentimiento reúne las condiciones indicadas el Estado puede proceder con las actividades propuestas con condiciones adicionales. El derecho a participar incluye el derecho de los consultados a participar de los beneficios del plan o proyecto como lo prevé el artículo 57.7 y así lo ratificó la sentencia. Esta sentencia no elabora sobre el contenido de ese derecho; solo dice que en lo posible se integre laboralmente a comuneros. Esto es cuestionable. Como se dijo, las prestaciones que el Estado debe en garantía de derechos económicos, sociales, culturales no pueden ser usadas como moneda de negociación porque eso vicaría la libertad de la consulta y del consentimiento. De ahí que no pueda considerarse “participación en beneficios” a la entrega de puestos de salud, escuelas, carreteras, viviendas.

Además, el acuerdo debe prever las indemnizaciones por los perjuicios que cause la ejecución de las actividades consentidas. También, efectivos canales de comunicación y participación para que puedan ser escuchados a lo largo de la ejecución del proyecto consentido, puesto que se debe consultar cada fase de este.

Finalmente, el consentimiento en este caso no es una carta abierta para el Estado o las empresas, quienes deben respetar el bloque de constitucionalidad y, en particular, los derechos de la naturaleza.

En el segundo caso, de no obtenerse el consentimiento, sólo excepcionalmente el Estado puede continuar con el plan o proyecto. Para ello debe tomar una resolución debidamente motivada³¹ en la que explique de forma argumentada las razones por las que no le ha sido posible acomodar

²⁸ Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 123

²⁹ En la reciente sentencia en el caso Los Cedros, 1149-19-JP, párrafo 307, la Corte Constitucional ha dicho que la consulta no es libre si ocurre bajo “presión, intimidación, coerción o manipulación a la comunidad consultada por parte de entidades públicas o terceros”. Asimismo, que “[n]o cabe que en las consultas se pretenda direccionar el pronunciamiento de la comunidad mediante injerencias inadecuadas: incentivos monetarios, estrategias de división social, amenazas, represalias o criminalización”

³⁰ Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser usados como moneda de cambio para lograr la aceptación de un plan o proyecto minero. Ya lo ha dicho la Comisión IDH.

³¹ Según lo dispone el artículo 83 de la Ley de Participación

el proyecto y considerar las necesidades e intereses del sujeto consultado. En esa resolución se deben establecer las razones objetivas, razonables y proporcionales que justifiquen la continuidad del plan o proyecto pese a la “oposición mayoritaria”.

Pese a lo anterior, el Estado nunca podrá sacrificar a una comunidad o pueblo indígena en favor de la realización de una actividad, plan o proyecto por legítimos que sean los fines que persiga. Así lo dice expresamente la sentencia:

(...) el Estado **no puede llevar a cabo planes o proyectos que conlleven sacrificios que resulten desproporcionados** para los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y de la naturaleza, incluso cuando estos puedan perseguir la satisfacción de finalidades legítimas en una sociedad democrática³².

En todo momento, las autoridades estatales están obligadas a adoptar una perspectiva intercultural al momento de autorizar los planes y proyectos extractivos y a respetar y proteger la visión y análisis que los pueblos y nacionalidades hagan de los impactos que les generaría una actividad en sus formas de vida; algo diferente iría contra lo desarrollado en la propia sentencia, y contra el fundamento plurinacional e intercultural del Estado y los derechos esenciales de autodeterminación y participación de los pueblos indígenas. Ello conlleva que quien debe calificar si un sacrificio es “desproporcionado”, y generará efectos directos y graves en la vida de un pueblo o nacionalidad son los propios pueblos, eliminando la arbitrariedad que existiría si es el Estado es el que debe calificar esa situación.



Ref. Jueces escuchando a la comunidad en audiencia de la Corte Constitucional en Sinangoe, el 15 de noviembre de 2021.

³² Sentencia 273-19-JP/22, 27 de enero de 2022, párr. 125.

Estándares a desarrollar

Reconocemos que la sentencia de la Corte Constitucional constituye un gran paso en la construcción del Estado Plurinacional, y establece garantías para los pueblos indígenas en Ecuador frente a una política pública extractivista del gobierno central que pretende desarrollar planes y proyectos mineros y petroleros dentro de los territorios de los pueblos indígenas o fuera de los mismos, pero que afectarán sus derechos o intereses. No obstante, consideramos que existen algunas cuestiones que requieren un pronunciamiento por el máximo órgano de control e interpretación constitucional.

Que el *consentimiento previo, libre e informado sea un derecho respetado por el Estado sin excepciones*, considerando que bajo el principio de autodeterminación cuando los intereses y necesidades de los pueblos indígenas no puedan ser considerados para modificar o cancelar el plan o proyecto, se está poniendo en riesgo y sacrificando su vida, integridad e identidad cultural. En particular considerando proyectos extractivos que estén cercanos a pueblos en aislamiento voluntario o de reciente contacto como los Waorani.

Que la consulta sea libre implica que la comunidad o pueblo involucrado no pueda ser obligado a participar en un proceso que rechaza. El proceso preparatorio de una consulta (la preconsulta) debe partir con la decisión de proceder con la consulta o no. Si las comunidades o pueblos involucrados no consienten en ser consultados sobre un plan o proyecto dado, el proceso no puede darse. De serlo, no sería libre y violaría la autodeterminación de esas comunidades y pueblos.

Que la forma en cómo se realiza la consulta previa, libre e informada debe respetar el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades; debiendo considerarse que cada uno tiene su propia forma de organización social y toma de decisiones que pueden estar materializados en protocolos de consulta. Se debe prohibir la aplicación de instrumentos estandarizados construidos unilateralmente por las entidades ministeriales.

Este documento ha sido elaborado de manera colaborativa por: Jorge Acero, Ángel González, María Espinosa, Sofía Jarrín, Vivian Idrobo, Verónica Potes.