

SEÑORAS JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:

Verónica Potes, ecuatoriana, abogada, comparezco ante ustedes, con base en lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y presento el presente escrito como *Amicus Curiae* en la causa 273-19-JP:

I. Credenciales.

Soy abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (1993), Máster en Asuntos Internacionales por la Universidad de Columbia en Nueva York (1997) y Máster en Derecho Aplicado a los Pueblos Indígenas por la Universidad de Calgary, Alberta, Canadá (2007). He sido profesora universitaria en instituciones locales y en el extranjero y fui profesora-investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE) hasta 2017. Actualmente soy profesora en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador e investigadora jurídica independiente. Soy además miembro de la Alianza de Organizaciones por los Derechos Humanos en el Ecuador. Mis áreas de experticia incluyen el análisis del Derecho en las relaciones entre los Estados y los Pueblos, la Consulta Previa, Libre e Informada en las Américas y en el Ecuador. Sobre este último tema tengo algunas publicaciones académicas y de difusión legal.

II. Desarrollo

En esta colaboración al caso voy a proveer mi opinión versada sobre ciertos aspectos esenciales de la consulta previa, libre e informada, sin perjuicio de los otros aspectos que no incluiré en este escrito porque considero que están abordados apropiadamente:

- (1) La calidad de herramienta de protección de derechos sustantivos de la consulta previa en el Ecuador, prevista en el art. 57.7 de la Constitución y en el marco de los estándares internacionales;
- (2) La calidad de vinculante de los acuerdos y los casos en los que el Derecho internacional prevé el consentimiento como requisito para que proceda una propuesta estatal sometida a consulta
- (3) Las implicaciones del requisito de “previa” de la consulta previa, libre e informada según los estándares internacionales y constitucionales vigentes y exigibles en el Ecuador;
- (4) Las implicaciones del requisito de “libre” de la consulta, previa, libre e informada, según los estándares internacionales y constitucionales vigentes y exigibles en el Ecuador; y,
- (5) las consecuencias legales de la falta de consulta previa, libre e informada del art. 57.7 en el derecho ecuatoriano.

1. Las consultas previas como herramientas de protección de derechos sustantivos

En el Ecuador, tanto la consulta debida a las comunidades, comunas, nacionalidades y pueblos indígenas como la consulta previa ambiental debida a las comunidades en general son derechos-herramienta. Están orientados a hacer operativa la participación efectiva de los sujetos consultados en la decisión final y, a través de esa participación, a la promoción de sus propias prioridades de vida, y a la defensa, prevención de la violación y protección de los demás derechos sustantivos que están en juego por la medida consultada, incluidos derechos

colectivos y derechos de la naturaleza.

En el caso específico de la consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, ésta busca superar la política asimilacionista de los Estados que implica tomar decisiones respecto a ellos pero sin ellos. Contra la asimilación, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989¹, ratificado por Ecuador en 1998, reconoce que los pueblos aspiran a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones”,² y dispone que

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. (énfasis añadido)

Es en este marco de protección de derechos que se encuentra y entiende el rol *instrumental* de la consulta previa que aplica ampliamente a todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles y que debe ejecutarse con el fin de llegar a un acuerdo o al consentimiento sobre el objeto de las consultas. Lo dice expresamente el art. 6. del Convenio 169

Artículo 6

1. al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

...

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. (énfasis añadido)

Posteriormente, en 2007, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas³, firmada por el Ecuador e incorporada expresamente en el bloque constitucional en 2008 como marco de interpretación del art. 57, “afirma la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan

¹ Consultar texto completo aquí:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314. En adelante, Convenio 169.

² Considerando 5 del preámbulo. Consultar texto completo aquí:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314. En adelante, “el Convenio 169”.

³ Consultar texto completo en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf. En adelante, “la Declaración”.

libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.⁴ La libre determinación de los pueblos indígenas en la Declaración implica una serie de derechos que, a la vez, viabilizan la autonomía de los pueblos indígenas y orientan relaciones más paritarias entre estos pueblos y los Estados.

La consulta previa está pensada para servir los dos propósitos implicados en el principio de libre determinación de los pueblos: la libre determinación de su condición política y la libre búsqueda de su desarrollo económico, social y cultural (art. 3, Declaración). Estos dos propósitos se materializarían a través del ejercicio de una serie de derechos:

- A la autonomía y el autogobierno en los asuntos internos y locales (art. 4);
- A la determinación de su propia identidad conforme a sus costumbres; (33.1);
- A disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (arts. 20; 33.2, 34);
- A determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, incluida la utilización de sus tierras, territorios y recursos (arts. 23 y 32);
- A no ser sometidos a asimilación forzada (8), incluidas cualquier forma de traslado forzoso (8, 10);

La Declaración confirma el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en las decisiones que puedan afectarles de distinta manera (10, 15.2, 17.2, 19, 30, 36.2, 38) con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado (10,19, 28, 29, 32.2., 11.2)

En virtud del bloque constitucional, estos derechos previstos en los instrumentos internacionales (convenios, declaraciones y otros) se entienden incorporados a la Constitución del Ecuador y se suman a los derechos previstos en ésta incluidos los derechos comunes a todas y todos y los específicos reconocidos a los pueblos indígenas.

Entre los derechos previstos en la Constitución, comunes a todas y todos en el Ecuador en virtud del principio de igualdad y no discriminación, y susceptibles de ser afectados por operaciones extractivas, están:

- a. los derechos al ambiente sano, ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir (art. 14),
- b. a vivir en un ambiente libre de contaminación y en armonía con la naturaleza (art. 66.27); y a todos los derechos conexos a éste, incluidos los derechos:
 - a. a la vida digna (art. 66.2),
 - b. a la integridad personal (66.3),
 - c. al agua (art. 12),
 - d. al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, seguros y nutritivos y a la soberanía alimentaria (art. 13),
 - e. a construir y mantener la identidad cultural (art. 21),
 - f. al hábitat seguro y saludable (art. 30),
 - g. a la vivienda adecuada y digna (art. 30),
 - h. a la salud (art. 32),
 - i. al trabajo saludable (art. 33), etc.

⁴ Se trata de la aplicación a los pueblos indígenas del derecho a la autodeterminación previsto en el artículo 1 de los dos pactos de Derechos Humanos de 1966, el de Derechos Civiles y Políticos, y el pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos, ratificados por el Ecuador, reconocen el derecho a la autodeterminación política y económica de los pueblos.

c. los derechos de la naturaleza (arts. 70 y 71).

Además están los derechos colectivos reconocidos en la Constitución a las comunas, comunidades y pueblos y nacionalidades indígenas, previstos en el art. 57 y que pueden agruparse en:

- derechos a no ser discriminados (57.2, 57.3)
- derechos a la identidad (arts. 57.1, 57.12, 57.13, 57.14, 57.19, 57.20, 57.21),
- derechos a los territorios y recursos naturales (arts. 57.4, 57.5, 57.6, 57.7, 57.8, 57.11)
- derechos a sus propias formas de organización social, autoridad y relaciones (arts. 57.9, 57.10, 57.15, 57.18)
- derechos de participación (57.7, 57.16, 57.17)

Entonces, cuando el derecho manda a realizar consultas previas, libres e informadas con pueblos indígenas no manda simplemente a un trámite procesal cualquiera sino a un proceso sustantivo que viabilice las prioridades de vida de esos pueblos y la defensa y protección de sus derechos. Como indiqué arriba, éstos son amplios: aquellos generales de la población toda, aquellos específicos de los pueblos indígenas y los derechos de la naturaleza, aquellos que constan reconocidos en los instrumentos internacionales, incluidos tratados, declaraciones y otros; todos interpretados y aplicados bajo los principios de interpretación de derechos que incluyen además de la igualdad y la no discriminación, el principio pro derecho o de interpretación más favorable al derecho, el principio de cláusula abierta o reconocimiento de los demás derechos no expresamente previstos pero necesarios para sostener la dignidad de individuos y colectivos.

El derecho también ha entendido que esta defensa y protección de prioridades propias y derechos *sólo es posible* con la participación *efectiva* de los pueblos, comunidades, comunas en las decisiones que les atañen. Esta participación efectiva es condición sine qua non para la legalidad y legitimidad de esas decisiones pues, como han demostrado la historia y la práctica, las medidas unilaterales por parte de los gobiernos resultan, además de impuestas, destructivas de sus vidas, territorios y entorno, particularmente cuando esas medidas están fundadas en intereses económicos y cuando esos intereses contradicen las prioridades de vida de los pueblos indígenas. Éste es el caso particular de proyectos que requieren infraestructura a gran escala con afectación directa a territorios ancestrales indígenas (como es el caso de actividades de hidrocarburos, minería a gran escala, mega hidroeléctricas) que tantos conflictos causan entre estados y pueblos indígenas alrededor del mundo.⁵

⁵ Ver art. 15 del Convenio OIT 169:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. 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 que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

La calidad de instrumento de la consulta previa al servicio de los pueblos indígenas para la protección de sus intereses sustantivos, más allá de simples ejercicios de recepción de información y expresión de opiniones, y de los deberes estatales correlativos, está confirmada a lo largo del Convenio OIT 169 que reconoce en el art. 7.1. que

los pueblos interesados en los procesos de consulta tienen derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural... (énfasis añadido)

Y en el art. 7.3. que dice,

Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. (el subrayado es mío)

Así también lo han ratificado los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, el organismo internacional que rige y vigila la correcta aplicación del Convenio 169 OIT, al indicar que

No toda consulta estará en conformidad con el Convenio. Para que lo esté, la consulta se debe efectuar mediante procedimientos apropiados a las circunstancias, a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento, según lo establecido por el párrafo 2 del artículo 6 del convenio. Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.⁶

Y art. 32 de la Declaración:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. 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.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

⁶ Organización Internacional del Trabajo, (2010). *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010*. Pág. 45

La consulta prevista en el Convenio “no es un requisito formal sino un verdadero instrumento de participación”⁷ significativa y efectiva. El objetivo de todo proceso de consulta, el consentimiento del pueblo consultado, previsto en el art. 6.2. del Convenio 169 confirma también que la consulta no es proceso de negociación cualquiera sino que privilegia las prioridades propias del pueblo consultado que obviamente incluyen la defensa de sus derechos.

Artículo 6.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La Declaración confirma el objetivo del consentimiento previo, libre e informado como estándar del proceso de consulta previa.

Entonces, es claro que para el derecho vigente, la consulta previa es un derecho herramienta para la promoción de las propias prioridades de los pueblos indígenas titulares del derecho y para la defensa y protección de una serie amplia y compleja de derechos sustantivos de las comunidades y pueblos indígenas. No es un simple proceso burocrático que los agentes del gobierno emprenden antes de empezar actividades “para cumplir la letra de la ley.”

Contrario a lo que manda el derecho, esto último ha resultado ser el espíritu y práctica de los procesos de “socialización” que viene emprendiendo el Ecuador desde hace algunos años y que fue plasmado en leyes y reglamentos subestándar con relación al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esto incluye el Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos emitido mediante Decreto 1247 el 19 de julio de 2012 y que rigió el proceso de “socialización” de la llamada Ronda Petrolera XI. Los diversos intentos por “regular” la consulta previa bajo estos criterios subestándar en el ámbito minero no han prosperado por las acciones legales impulsadas desde organizaciones indígenas.

Este tratamiento legal subestándar de los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluida la consulta previa 57.7, ya fue rechazado por la Corte Constitucional del Ecuador que en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley minera en 2010 descartó la aplicabilidad de diversas normas y principios generales del quehacer minero en el caso de afectación de territorios indígenas, incluidas las reglas sobre consulta previa.⁸

En la decisión, la Corte Constitucional, expresamente señaló que la consulta con pueblos indígenas tiene características y objetivos de protección específicos a estos pueblos, directamente derivados de la especial relación de vida con sus territorios.

⁷ Organización Internacional del Trabajo, (2010). *Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010*. Pág. 45

⁸ Sentencia No. 001-10-SIN-CC Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados) sobre la inconstitucionalidad de la Ley Minera. (en adelante, Sentencia Ley Minera). Descargar texto completo del siguiente enlace en línea: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/justicia-indigena/item/sentencia-del-caso-0008-09-in-y-0011-09-in-ley-de-mineria.html>

En cualquier caso, la consulta previa, libre e informada no es un proceso abierto a cualquier final ni la vía para la autorización de las medidas propuestas por el estado que pueden afectar derechos de los pueblos indígenas. Es un proceso en el que al final, la decisión deberá ser razonada a cabalidad y no podrá vulnerar derechos de las comunidades, comunas, nacionalidad y/o pueblos consultados, incluidos no sólo sus derechos colectivos indígenas en el bloque constitucional (bajo el paraguas del derecho a la autodeterminación de sus propias prioridades de vida) sino además, todos los derechos que les corresponden como seres humanos y los derechos de la naturaleza. Más allá no podrá poner en riesgo la pervivencia de los pueblos en tanto pueblos indígenas.

2. La calidad de vinculante de los acuerdos y los casos en los que el Derecho internacional prevé el consentimiento como requisito para que proceda una propuesta estatal sometida a consulta

Es bastante cuestionable la pretensión del Estado de imponerse en un proceso que cada vez más va tomando la forma de una negociación entre pares (precisamente, para marcar diferencias sustanciales con el antiguo régimen de subordinación de los indígenas). Esa actitud no sólo siembra dudas sobre la real disposición del Estado para promover un nuevo relacionamiento con estos pueblos indígenas. Además, puede socavar la posibilidad de alcanzar acuerdos que es el objetivo legal de toda consulta.

Entonces, propongo que empecemos por lo positivo –como deben construirse las relaciones entre iguales. ¿Qué pasa si tras un proceso que cumpla los requisitos de la consulta según la constitución y los instrumentos internacionales se logra un acuerdo con la comunidad o pueblo afectado? Pues pasa que el acuerdo es válido y es vinculante para las partes. Éste es el escenario al que el Estado debería apuntar cada vez que convoca a un proceso de consulta.

Pero puede pasar también que la comunidad, nacionalidad, pueblo no consienta. En ese caso, por cierto, lo primero que hay que revisar es que efectivamente se hayan cumplidos todos los requisitos de la consulta como proceso, porque si no se han cumplido todo el proceso está viciado. Es lo que sucedió en el caso de las “consultas” de la Undécima Ronda donde el gobierno sí presentó supuestos acuerdos (hojas de asistencia firmadas o arreglos privados con líderes suscritos a espaldas de las comunidades). Luego, revisar si la consulta fallida cae en los casos en que el derecho internacional reconoce que además de consulta se requiere el consentimiento de las comunidades consultadas, a saber,

- (a) casos de desplazamiento de las tierras y territorios (Convenio 169, artículo XX, Declaración ONU, artículo 10),
- (b) el almacenamiento o instalación de materiales peligrosos, (Declaración ONU, artículo 29)
- (c) proyectos de megainversión con efectos negativos altos y riesgo a la supervivencia de la comunidad o pueblo en tanto indígena, (Saramaka v Suriname, párrafo 134)
- (d) casos en los que los impactos de la medida propuesta acumulados a los impactos negativos de otras actividades y circunstancias preexistentes impliquen efectos negativos altos y riesgo a la supervivencia de la comunidad o pueblo en tanto indígenas. (Saramaka v. Suriname, sentencia de interpretación, párrafo 41)

Hay que agregar aquí que en la sentencia de interpretación del caso Saramaka, la Corte aclaró que “riesgo a la supervivencia” es mucho más que “peligro de extinción física”. La clave está en entender que lo que se precautela es la “supervivencia *como pueblo indígena*”. Esto incluye las prácticas sociales, culturales, políticas, económicas, espirituales, que entran en riesgo sobre todo cuando se impacta el entorno de los pueblos.

En cualquier caso, la CCE de 2010 erró al rechazar efectos vinculantes a la consulta previa del 57.7. (página 55 de la sentencia, literal k) Como ya indiqué antes, en caso de que se llegara a algún acuerdo sobre una medida consultada, ese acuerdo es obviamente vinculante. En caso de que no se llegara a acuerdos, habrá que distinguir si el caso es de aquellos que exigen consentimiento como requisito en el derecho internacional. Si es, como en el caso de grandes inversiones con alto potencial de impactos –incluidos impactos acumulativos—el Estado no puede proceder.

Más allá de lo que dice el derecho internacional que señala los mismos, Ecuador es un Estado Plurinacional (artículo 1) regido bajo el pluralismo jurídico sustantivo. La imposición de decisiones extractivas en contra de las prioridades de los pueblos consultados es una seria restricción al derecho a la libre determinación estos pueblos.

Es evidente que el extractivismo es un ámbito en el que difícilmente se puede encontrar conciliación entre los intereses estatales y los intereses de los pueblos indígenas *protegidos como derechos*. Ignorar esta realidad es evitar el meollo de la cuestión y desgastarse en retórica sobre los alcances del poder estatal. El derecho internacional avanza hacia el reconocimiento pleno del consentimiento como requisito para proceder con una medida consultada.

Los escollos aún en pie son difíciles de sostener. La misma reflexión sobre por qué se necesita consentimiento en algunos casos revelan la irracionalidad de no reconocer prohibiciones tajantes al poder público. Cuando *Saramaka* dice que en caso de megainversiones con potencial de poner en riesgo la supervivencia de un pueblo –donde supervivencia es mucho más que permanencia con vida—el Estado tiene la obligación de contar con el consentimiento del pueblo consultado manda un extraño mensaje.

¿Está queriendo decir que un Estado puede poner en riesgo la supervivencia de un pueblo indígena en tanto indígena si cuenta con el consentimiento de este? Si no es eso, ¿qué es exactamente? Con respeto, estas maromas retóricas son el resultado de querer mantener al Estado libre de prohibiciones en su capacidad de decidir sobre territorios de los pueblos indígenas. Ese es un problema fundamental en el derecho de la consulta previa. No se sostiene en general pero menos aún se sostiene en un Estado Plurinacional donde el estándar “no denegar supervivencia” es demasiado bajo. El Estado Plurinacional no se sostiene con pueblos indígenas viviendo al borde de la supervivencia. La pervivencia, el florecimiento de los pueblos indígenas como pueblos dignos y con futuro es la pervivencia misma del Estado Plurinacional en Ecuador.

3. Las implicaciones del requisito de “previa” de la consulta previa, libre e informada según los estándares internacionales y constitucionales vigentes y exigibles en el Ecuador

Las implicaciones que busco resaltar aquí son dos: la primera, evidencias de la sistemática

violación del carácter de previa de la consulta de actividades hidrocarburíferas; y la segunda, la relación entre la consulta tardía (como contraria a la previa) y la nula disposición del consultante a la consideración de “no proceder”.

Uno de los requisitos esenciales de la consulta y del consentimiento es que sean previos, es decir que los procesos se desarrollen con anterioridad a la decisión sobre la medida administrativa o legislativa. Esto es fundamental pues qué sentido tendría una consulta sobre una decisión ya tomada.

Sin embargo, la pregunta pendiente en las discusiones sobre la consulta era cuán previa es previa. Para los órganos de la Organización Internacional del Trabajo, “previa” significa “con la suficiente antelación para que [la consulta] pueda ser significativa y efectiva [para los consultados]”.⁹ Significativa y efectiva significa que la consulta sea realmente una herramienta de los consultados para avanzar sus derechos, intereses y prioridades. Lo que se busca es que no sea simplemente un ejercicio formal y burocrático de difusión de información ni de comunicación de una decisión ya tomada.

Con respecto a las actividades de desarrollo o inversión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido más explícita y ha establecido que la consulta con el objetivo de lograr un acuerdo u obtener el consentimiento del pueblo consultado

se debe realizar ... en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (énfasis añadido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Sarayaku v. Ecuador*, párrafo 180)

El texto del art. 57.7 de la Constitución confirma el estándar internacional al decir,

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. 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 ... (énfasis añadido)

El texto constitucional es amplio. Incluye desde los planes y programas sobre recursos no renovables. En el caso de la minería, ya la Corte Constitucional en 2010 dijo que deben consultarse bajo el 57.7 incluso las concesiones aunque no generen per se impactos pues las operaciones recién se pueden empezar cuando se obtienen las licencias de operación más

⁹ Ver Organización Internacional del Trabajo, *Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales A Través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010*. [En adelante, Monitoreo OIT]. Versión en línea en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf pág. 21

adelante.¹⁰ Un enfoque garantista debe entender también que se debe consultar las “rondas” -como se denominan en el país a los programas petroleros macro en los que se insertan bloques o campos que luego salen a licitación para explotación. Este alto estándar que nunca se ha cumplido responde a una tradición constitucional que no se inicia en Montecristi, pues ya la Constitución de 1998 lo incorporaba.¹¹

La realidad es que en este país, JAMÁS se ha consultado un programa, plan, ronda petrolera con las comunidades o pueblos que van a ser afectados por esos programas. Estos se deciden a puertas cerradas en el ministerio sectorial y en acuerdo con la presidencia de la república, a lo mucho. El gobierno actual ha emitido dos políticas extractivas, minera y petrolera, sin consultar. En la CCE está el caso sobre la segunda, pendiente de resolver. Entre tanto, el gobierno avanza sus planes de duplicar la producción petrolera. Sin decisión de la corte, los resultados se presentarán como hechos consumados

Los procesos de socialización –ni siquiera consulta- se convocan luego precisamente cuando ya el estándar los considera tardíos, cuando la ronda petrolera ya está decidida, los bloques demarcados y numerados, la promoción para atraer a las empresas ya empezada y andando. Precisamente cuando “surge la necesidad de obtener la autorización de la comunidad”, como critica la Corte Interamericana. Lo mismo con la política minera y el llamado “catastro minero” decidido también a puertas cerradas o, peor, con la participación –ahí sí—de las empresas.

Es así que el Reglamento constante en el Decreto 1247 respecto a la oportunidad de la consulta previa dice que se llevará a cabo “antes del inicio de los planes o programas de asignación de bloques o áreas...” Se refiere al inicio de la ejecución de los planes. Ignora que las políticas, los planes y programas de determinación de bloques anterior a la asignación de los bloques a las empresas son los momentos oportunos para iniciar la consulta.

La línea de tiempo de la Ronda Suroriente o Ronda Décimo Primera se la puede discernir de una serie de notas periodísticas, boletines oficiales, etc. y ha sido más o menos la siguiente:

2010 el gobierno anuncia una nueva ronda petrolera de 8 bloques con una extensión de 1.3 millones de hectáreas en la Amazonia Centro Sur

2011 Noviembre, el entonces Ministerio de Recursos Naturales no Renovables (hoy de Energía), presenta el nuevo catastro petrolero con 21 bloques que abarcan 3.6 millones de has. y afectan un porcentaje elevado de los territorios de los pueblos amazónicos Achuar, Andoa, Kichwa, Sapara, Shiwiar, Shuar, Waorani, y las posibilidades de movilidad de los Tagaeri y Taromenani¹²

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-SIN-CC Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, página 43. La sentencia decidió las acciones de inconstitucionalidad interpuestas en marzo de 2017 por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE y por los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay. (En adelante, Sentencia Ley de Minería).

¹¹ Constitución de 1998, Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

¹² Mauricio Castillo and others, *La Cultura Sapara en Peligro ¿Otro Sueño es Posible? La lucha de un pueblo por su supervivencia frente a la explotación petrolera* (Terra Mater; Nación Sapara del Ecuador; NAKU 2016) 60.

2012 Abril, gobierno anuncia que se harán las consultas previas entre mayo y octubre

2012 Julio, el gobierno emite el reglamento de consulta previa precisamente para regular el ejercicio de la consulta previa actividades hidrocarburíferas ya citado, sin la consulta prelegislativa debida,

2012 Noviembre, el Ministro de Recursos Naturales no Renovables declara abierta la Ronda Petrolera hasta mayo de 2013.

2018 Febrero, Ministro de Energía y Recursos No Renovables (nuevo nombre) anuncia una nueva Ronda Intracampos para marzo y fines de año y publicita el interés ya expresado por empresas. Y empieza nuevamente el ciclo de planes y programas inconsultos y tardíos procesos de socialización.

Si el estándar es que toda medida administrativa o legislativa susceptible de afectar [a pueblos indígenas] directamente debe ser consultada, entonces su cumplimiento efectivo implica iniciar un proceso cada vez que esa afectación sea previsible. La pregunta fundamental que deben hacerse los funcionarios públicos a cargo de los sectores estratégicos es si la medida X puede afectar a un pueblo indígena (comuna, comunidad o nacionalidad), si la respuesta es sí entonces es ahí cuando y donde se gatilla la obligación de consultar. Para que nazca la obligación de consultar no se requiere que la afectación sea inmediata solamente que sea posible. Difícilmente alguien pueda sostener con honestidad que la determinación de una ronda petrolera en la amazonía en Ecuador o del catastro minero no puede afectar a los pueblos indígenas en el país.

El no consultar las políticas, planes y programas extractivos no sólo incumple el mandato constitucional e internacional del carácter previo de la consulta. En la práctica, la consulta tardía le resta a la consulta la posibilidad de ser una herramienta efectiva de participación en la decisión y de protección y promoción de sus propias prioridades a los pueblos consultados. Sus posibilidades de influir en la decisión, que es la medida de la efectividad de la participación, se reducen ante decisiones que ya están tan avanzadas en su preparación al punto que el funcionario consultante o el proponente mismo no disponen ya de mucho margen de maniobra para variar la propuesta.

Una ronda petrolera o un catastro minero no se diseñan de un día para otro. Cuando en 2010 el gobierno anunció la ronda Suroriente por primera vez, cuando este año el gobierno emitió las políticas minera y petrolera ya tenía algún tiempo preparándolas. Ya habían invertido en ellas tiempo, recursos, esfuerzos [públicos todos, por cierto]. En otras palabras, ya se habían encariñado con sus propuestas. Consultar después de eso sólo permite ligeras variaciones al plan inicial y difícilmente permite condierar en serio la opción de no proceder salvo que se trate de razones económicas. La opción de no proceder porque la ejecución vulnera derechos colectivos ni siquiera entra en consideración. La decisión de que la ronda petrolera o el plan minero se va a ejecutar ya está tomada cuando el gobierno procede a “consultar”. Por eso más honestamente la llaman “socialización” o “participación”.

Por eso —a sabiendas de que las comunidades rechazan las actividades extractivas intensas en sus territorios por los impactos negativos previsible— las autoridades ministeriales se

¹² *ibid.*

apresuran a aclarar que los procesos con las comunidades no se trata de consentimiento. Esto pese a que la obligación internacional en el Convenio 169 expresamente habla del consentimiento como el objetivo al que debe apuntar todo proceso de consulta previa.

En la práctica, lo anterior resulta en que consultas reducidas a la “[identificación] de los beneficios sociales que podrán recibir las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultadas...” (como dice el artículo 1 del Decreto 1247)

Mientras el artículo 3 del reglamento confirma que el objetivo es que “las áreas o bloques a ser licitados o asignados, se desarrollen de manera adecuada” lo cual es positivo indudablemente, nada en el resto del reglamento sugiere siquiera a los consultantes que consideren la opción de “no proceder” si los resultados del proceso de consulta lo ameritan.

En el reglamento y en la práctica, el alcance de la consulta como legitimadora de las operaciones hidrocarburíferas es claro. En consecuencia, también es claro el alcance limitado de la consulta en como herramienta de participación efectiva y promoción de derechos propios de los pueblos.

4. Las implicaciones del requisito de “libre” de la consulta, previa, libre e informada, según los estándares internacionales y constitucionales vigentes y exigibles en el Ecuador.

Otro requisito esencial de la consulta es el carácter de libre. Éste es quizás el requisito de más amplio alcance de la consulta y el consentimiento. El carácter de libre tiene que ver con el objetivo de la consulta previa de ser un mecanismo de diálogo intercultural entre el estado y los pueblos indígenas para el cual es necesario establecer un clima de confianza mutua y actuar siempre en buena fe. De esto se colige que cualquier forma de coacción, condicionamiento, amenaza, chantaje, intento por socavar la cohesión social, sea por parte de los consultantes o agentes que actúen con su autorización o permiso, se tendrá por violación al principio de buena fe por parte del Estado y al carácter de libre del proceso.

Hay, además, otra forma más sustantiva de entender el carácter de libre de la consulta previa y tiene que ver con la participación misma en el proceso. Si a una comunidad, nacionalidad, pueblo se le puede imponer la participación en una consulta entonces difícilmente ese proceso puede llamarse “libre”. Hay jurisdicciones en las que el derecho sobre la consulta previa impone esa participación. Canadá, por ejemplo, que ha servido de ejemplo los desarrollos jurisprudenciales en aspectos procedimentales de la consulta, no consagra el carácter de libre. En cambio sí dice que en el momento en que el Estado convoca a un pueblo a una consulta, el pueblo no puede negarse a participar en ella de buena fe.

Sin embargo, los textos legales en el bloque de constitucionalidad ecuatoriana sí hablan de consulta *libre* y no hace sentido que ante oposición expresa de las comunidades al extractivismo y la injerencia oficial en los territorios y las vidas de las comunidades, el estado pueda insistir en sus socializaciones y llamarlas “libres”.

Adicionalmente, no se puede hablar de consulta libre si la actividad extractiva intensa es incompatible con los planes de vida de los pueblos potencialmente afectados y los pueblos han sido empujados a participar en el proceso. Al fin del día, la obligación de participar sin efectividad en procesos conocidamente viciados es lo que ha provocado en muchas comunidades y organizaciones la llamada “fatiga de consulta”.

5. Las consecuencias legales de la falta de consulta previa, libre e informada del art. 57.7 en el derecho ecuatoriano.

La Ley de Gestión Ambiental, vigente hasta abril de 2008 en que entró en vigor el Código Orgánico Ambiental, establecía en el art. 28 inciso 2 que el incumplimiento de la consulta ambiental “tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.” Estos efectos drásticos son los apropiados porque la consulta previa ambiental es, igual que en el caso de la consulta previa a pueblos indígenas, un derecho constitucional de las comunidades consultadas.

El Código Orgánico Ambiental vigente no dice nada respecto a la falta de consulta previa; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia sobre la ley minera, sí prevé el caso y dispone en el literal L sobre los parámetros específicos que deben tomarse en cuenta en los procesos de consulta previa, libre e informada prevista en el art. 57.7:

1. Respecto a los **efectos del incumplimiento de esta obligación estatal**, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas. (énfasis en el original) (Sentencia Ley Minera, pág. 55)¹³

Es claro entonces que la falta de consulta previa, libre e informada resulta en la nulidad de los procesos que se hubieren realizado en violación de los estándares de la consulta debida y la nulidad de las medidas adoptadas de la misma forma.

En el caso de la acción que dio inicio a este proceso, los jueces de primera instancia y de apelación correctamente encontraron que las concesiones que afectan al territorio tradicional de Sinangoe son nulas. Ese es el efecto legal de la violación del derecho fundamental a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Estos derechos a su vez son instrumentales y expresiones de la libre determinación de la comunidad.

El estado incurrió en responsabilidad ante la comunidad y sus pobladores. Los daños materiales e inmateriales de la violación de derechos colectivos deben ser identificados como daños. La ansiedad y la alarma social que genera en una comunidad enterarse que su territorio ancestral está sometido a concesiones mineras es un daño inmaterial pero muy real y específico que nunca se reconoce como tal ni se repara. Es un daño significativo sobre todo en culturas cuya relación con su entorno les impone responsabilidades individuales y colectivas de cuidarlo y pasarlo así a las futuras generaciones. Cuando los ai' cofán, o los waorani, o los achuar, dicen que ellos no son nada sin territorios sanos, no solo se están quejando. Están reconociéndose en falta por no haber podido proteger. Otro daño significativo que tampoco se considera cuando se habla de decisiones inconsultas es la ruptura del tejido social, el enfrentamiento entre familias y entre comunidades. Esto suele ser el resultado de prácticas agresivas ejercidas contra las comunidades por parte de los proponentes con la participación activa o la permisividad del Estado.

¹³ Sentencia No. 001-10-SIN-CC Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados) sobre la inconstitucionalidad de la Ley Minera. (en adelante, Sentencia Ley Minera). Descargar texto completo del siguiente enlace en línea: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/justicia-indigena/item/sentencia-del-caso-0008-09-in-y-0011-09-in-ley-de-mineria.html>

Este es otro tema que la CCE debe abordar en su revisión del caso.

Petición.

Solicito que en sentencia se consideren mis criterios aquí expuestos y que se me escuche en la audiencia convocada para el lunes 15 de noviembre en la comunidad de ai' cofán de Sinangoe.

Notificaciones.

Recibiré notificaciones en el casillero electrónico: veropotes@gmail.com

Atentamente,

Verónica Potes Guerra
CI. 0911100881