

Karla Andrade Quevedo

JUEZA PONENTE

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

El Pueblo Originario de la Nacionalidad Kichwa del Cantón Santa Clara - PONAKICSC, representados por **Cristian Aguinda Pilla**, con documento de identidad número 160046530-4, en calidad de Presidente del Consejo de Gobierno, comparecemos como *amicus curiae* o terceros con interés en la causa de revisión No. 273-19-JP, referente a la acción de protección que tuteló los derechos de la hermana comunidad A'í Cofan de Sinangoe¹, en los siguientes términos

I. INTERÉS EN LA CAUSA: PATRONES DE VIOLACIÓN A NUESTROS DERECHOS COLECTIVOS

1. Nuestro territorio, en el que convivimos 22 comunidades indígenas de la Nacionalidad Kichwa, se encuentra ubicado en la provincia de Pastaza, cantón Santa Clara, en las riberas del río Piatúa, pilar de nuestra identidad cultural y existencia. Obtuvimos reconocimiento formal como Pueblo Originario Kichwa por parte del Consejo de Desarrollo las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), el 23 de julio de 2010, mediante Acuerdo No. 1913. Desde el inicio del año 2000, llevamos a cabo procesos de legalización de nuestras tierras comunitarias.

2. Nuestro pueblo ha demostrado firmeza ante diferentes intentos de desconocer y vulnerar nuestros derechos colectivos y los de la naturaleza, en especial del río Piatúa. En el año 2019, junto a la Defensoría del Pueblo y otras organizaciones, presentamos una acción de protección² en contra del Ministerio Energía y Recursos Naturales No Renovables, la Agencia de Regulación y Control de Electricidad el Ministerio de Medio Ambiente y otras entidades, que autorizaron y concesionaron el proyecto “Central Hidroeléctrica Piatúa de 30 MW y línea de transmisión a 138 Kv Piatúa- Puerto Napo” a favor de la empresa GENEFRAN S.A., sin que se respete nuestro derecho a la consulta previa, libre e informada. Esto, toda vez que para la construcción de la hidroeléctrica, se autorizó una desmedida captación de agua del río Piatúa, del que dependemos, de tal forma que arriesgaba su existencia y conservación.³

¹ Acción de protección presentada por la comunidad A'í Cofan de Sinangoe, juicio No. 21333201800266.

² La acción de protección fue signada como juicio Nro. 16281201900422. Este caso fue seleccionado para desarrollar jurisprudencia vinculante por la Sala de Selección de la Corte Constitucional y fue signado como caso N° 1754-19-JP.

³ Este proyecto concesionaba las aguas del Río Piatúa por 40 años, autorizando el uso y aprovechamiento desmedido de su caudal ecológico, inicialmente de 12,60 m³/s y posteriormente reasignada a un caudal de 10,50 m³/s, lo que equivale al 90% del caudal, arriesgando la existencia misma del río. Además, la descarga del agua no se devolvía al Río Piatúa sino al Jandiyacu. Esto, sumado a los daños ocasionados por la deforestación del bosque nativo y el cambio en el ecosistema por las obras de construcción para la captación del agua y los conflictos al interior de las comunidades.

3. Si bien, la sentencia de primera instancia rechazó nuestra demanda,⁴ en segunda y última instancia se acepta y se verificó las vulneraciones de nuestros derechos y los de la naturaleza. La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Pastaza, en su sentencia del 5 de septiembre de 2019, verificó que: la autoridad del ambiente no actuó de forma técnica y vulneró los derechos de la naturaleza; que la autoridad del agua otorgó el uso y aprovechamiento del caudal ecológico del río Piatúa con datos desactualizados y de estiaje de otro río de la zona; y que no existió un proceso adecuado de consulta previa a nuestro Pueblo por parte de las autoridades competentes.⁵ Por ello, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y aceptó parcialmente nuestras pretensiones, ordenando, entre otras medidas, que se revoque la autorización del uso y aprovechamiento del agua y la licencia ambiental entregadas a la empresa y dispuso que se suspenda el proyecto hasta que se cumplan con los parámetros de la sentencia.⁶

4. Si bien nuestro Pueblo obtuvo sentencia favorable, ***observamos los siguientes patrones que, al igual que en nuestro caso, ocurrieron en la causa de la comunidad A'í Cofan de Sinangoe, vulneran de forma sistemática los derechos de los pueblos y nacionalidades ancestrales;*** y que amerita un pronunciamiento vinculante por parte de la Corte Constitucional:
 - a) La práctica de entidades estatales y empresas, en lugar de garantizar nuestro ejercicio a una consulta previa, libre e informada, lo que hacen es socializar y/o promocionar” las ventajas de los proyectos extractivos que se pretenden realizar en nuestros territorios; sin ofrecer, además, información completa y precisa sobre los impactos ambientales de los proyectos en las zonas de influencia. Además, cabe señalar que las llamadas socializaciones se realizan cuando ya se han entregado concesiones, firmado contratos u otorgado los permisos de construcción o funcionamiento del proyecto.

 - b) Asimismo, hemos observado que uno de los efectos derivados de las estrategias de socialización o promoción de los proyectos extractivos, al desconocer nuestras formas propias de toma de decisiones, es el fraccionamiento y debilitamiento de nuestras relaciones comunitarias, que provocan divisiones y conflictos internos. Por ejemplo, como estrategias de socialización o promoción de los proyectos, se realizan: reuniones organizadas muchas veces por la propia empresa a la que invitan y acuden ciertos miembros de la comunidad, desconociendo nuestra estructura organizativa; o los llamados facilitadores o socializadores generan división en la comunidad ya que identifican a ciertas familias y ofrecen puestos de trabajos u otras ventajas a cambio de ceder o vender parte del territorio; o tratan de cooptar o corromper a nuestros líderes para legitimar sus intervenciones.

⁴ Juicio Nro. 16281201900422, sentencia del 25 de junio de 2019 de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza.

⁵ Sentencia de segunda instancia, juicio Nro. 16281201900422.

⁶ Ídem. La Sala además ordenó al Ministerio de Ambiente, a la Secretaría del Agua (SENAGUA), la Subsecretaría de la Demarcación Hidrográfica Napo capaciten a sus funcionarios; que las entidades demandadas y la empresa ofrezcan disculpas públicas al Pueblo; que se realice una investigación de los funcionarios que generaron vulneración de derechos; que se remita el requerimiento del Presidente de la POKAKIS al Sistema de Protección, asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal de la Fiscalía de Pastaza; y al haberse evidenciado la presencia de sitios arqueológicos (piedras con petroglifos) en el río Piatúa, que se remita esa información al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural.

- c) Dado que existen solapes de regímenes de propiedad en nuestras tierras y territorios, por los diferentes procesos de colonización que vivieron nuestros pueblos, entidades estatales y las empresas emplean figuras legales como la compraventa de lotes, fincas, terrenos o las servidumbres como mecanismos para fraccionar la propiedad o posesión ancestral de nuestro territorio.
 - d) Nuestros territorios son ecosistemas de mega biodiversidad, muchas veces únicos en el mundo y frágiles a cualquier tipo de intervención, por lo que la pérdida de especies y el cambio irreversible en sus ciclos de vida es inminente. A pesar de esta realidad y de la información científica que la respalda, las autorizaciones estatales son deficientes y poco rigurosas en el control de los estándares ambientales. Por lo que, la exigencia de estudios ambientales para obtener licencias se convierte en meros trámites y formalidades. Y es nula alguna visión desde la protección a los derechos de la naturaleza.
 - e) En la práctica, ante la nula o deficiente control para la implementación de proyectos extractivos, de la actuación de empresas y la falta de respeto a las garantías de nuestros derechos y los de la naturaleza, casi siempre nos vemos obligados a judicializar nuestros reclamos para obtener alguna respuesta por parte de las entidades competentes.
5. Por lo anterior, consideramos que la Corte Constitucional del Ecuador, a través del desarrollo de jurisprudencia vinculante, puede y debe establecer parámetros precisos y categóricos que el Estado debe cumplir para cesar este patrón sistemático de vulneraciones a nuestros derechos y los de la naturaleza.
6. En particular, consideramos que debe pronunciarse respecto de nuestro derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos (**en adelante, “derecho a la consulta previa”**), reconocido en el art. 57.7 de la Constitución, ya que es la piedra angular para la protección de nuestro territorio.

II. LA OPORTUNIDAD PARA PRECISAR EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA: EL CONSENTIMIENTO DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES.

2.1. Reconocimiento expreso del derecho a la consulta y el consentimiento.

7. El art. 57.7 de la Constitución reconoce el derecho a la consulta previa de la siguiente forma:

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; 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.** [Énfasis añadido]*

8. Además, el art. 424 y 425 de la Constitución del Ecuador⁷ incluyó dentro de la más alta jerarquía normativa a los tratados internacionales de derechos humanos como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, varios de nuestros derechos colectivos contemplados en el citado artículo 57 tuvieron como fuente a los tratados internacionales de derechos humanos que Ecuador suscribió y ratificó en décadas atrás; y de los cuales, los organismos internacionales encargados de su interpretación y vigilancia continúan desarrollando su contenido.
9. Cabe destacar a los siguientes instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la consulta y consentimiento de pueblos y nacionalidades indígenas:

*Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1998.*⁸

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.*

Artículo 15

*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 qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus 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.* [Énfasis añadido]

⁷ CRE, Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

⁸ Ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998 (Ver Registro Oficial 206 de 07-jun.-1999).

*Derechos de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, de 2007.*⁹

Artículo 32

*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. [Énfasis añadido]*

*La Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.*¹⁰

Artículo XXIX. Derecho al desarrollo

*4. 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. [Énfasis añadido]*

10. Por su parte, a partir de la interpretación evolutiva del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH), incluido en el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva¹¹, determinó que el derecho a la consulta previa es un derecho y deber del Estado protegido bajo dicho artículo.¹²

Primera conclusión

11. En ese sentido, consideramos que, si incluso la Corte Constitucional emplea el método tradicional de interpretación literal, tendría que precisar que el derecho a la consulta es la manifestación del consentimiento o no, previo, libre e informado (**en adelante “el consentimiento previo”**) de comunidades, pueblos y nacionalidades como se especifica en el artículo 57.7 de la Constitución y los citados instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte.

⁹ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, en su 61º sesión contó con el voto favorable de Ecuador (Registró Oficial 18, 15-VIII-2019).

¹⁰ Asamblea de la OEA, aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016.

¹¹ Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131.

¹² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No., párr. 129.

12. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la Corte tiene la oportunidad de desarrollar el contenido de nuestros derechos desde otros métodos más garantistas, como la interpretación más favorable a los derechos, y que ya los ha usado en su jurisprudencia.¹³

2.2. Principios en los que se sustenta el derecho al consentimiento

13. Consideramos que el reconocimiento del derecho al consentimiento tiene como sustento al menos tres presupuestos o derechos que debe la Corte Constitucional tener en cuenta: la autodeterminación, el territorio y la identidad cultural.

Autodeterminación: presupuesto para decidir nuestra vida y desarrollo

14. A pesar de los extensos o violentos procesos de colonización a los que nos hemos enfrentado los pueblos indígenas y a los procesos de interacción e intercambio con la sociedad mayoritaria mestiza,¹⁴ los pueblos y comunidades indígenas hemos conservado características propias que nos definen, identifican y diferencian de aquella sociedad mayoritaria.

15. En ese sentido, desde los primeros tratados internacionales se ha reconocido como un principio valioso la libre determinación de los pueblos.¹⁵ Si bien, este principio se asociaba inicialmente a la idea de conformación de los Estados, como sujetos del Derecho Internacional; su importancia se reconoció como un principio fundamental de la dignidad humana, de los derechos humanos. Esto, toda vez que la libre determinación de los pueblos es una garantía frente a la imposición de un pueblo frente a otro, especialmente, en situaciones que podrían amenazar la existencia de algún pueblo. El artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que:

16. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

17. En el caso de pueblos y nacionalidades ancestrales, la libre determinación se reconoció de forma expresa como un principio indispensable para el ejercicio de nuestros derechos colectivos. El artículo 4 Convenio 169 de la OIT señala que:

Artículo 4

¹³ Corte Constitucional de Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párr. 129.

¹⁴ Conforme datos del censo de 2010, más del 70% de la población se auto identifica como mestiza.

Ver en: <https://www.eluniverso.com/2011/09/02/1/1356/poblacion-pais-joven-mestiza-dice-censo-inec.html>

¹⁵ Ver en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas de 1945: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: (...) 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;” . De igual forma en el artículo 55 de este instrumento.

En el marco de la OEA, el art. 13 de la Carta de la OEA señala: “Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.”

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Asimismo, se estableció que nuestra libre determinación incluye, además, el derecho a decidir sobre nuestra forma de desarrollo. El art. 3 Derechos de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Por tanto, tal como lo ha manifestado la Corte IDH en su jurisprudencia, este principio implica, de forma correlativa, una obligación de respeto y garantía por parte del Estado a la autodeterminación:

*La identificación de la Comunidad, **desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía.** Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones¹⁶. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.¹⁶ [Énfasis añadido]*

18. Como explica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ["CIDH"], la composición de nuestra autodeterminación incluye decidir sobre el desarrollo de nuestros proyectos de vida, marcados por una cosmovisión que es preexistente a la invención misma del Estado y de la delimitación de las fronteras actuales:

23. Los pueblos indígenas, como sociedades preexistentes al establecimiento de las fronteras estatales, son titulares del derecho colectivo a **la libre determinación, cuyo ejercicio supone definir libremente su desarrollo económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados.** De este modo, estos colectivos **pueden definir su propio destino en condiciones de igualdad y participar de manera efectiva en todos los procesos que involucren la toma de decisiones que los afectan.**¹⁷

24. **El reconocimiento de este derecho constituye una premisa fundamental para el ejercicio pleno de los otros derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto individuales como colectivos, lo cual, como sostiene la CIDH, incluye derechos sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales.** En ese sentido, la imposición de actividades extractivas y megaproyectos de desarrollo sin una consulta previa, libre e informada puede suponer la vulneración de su contenido.¹⁸ [Énfasis añadido]

¹⁶ Corte IDH, Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 37

¹⁷ CIDH, "Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía" , 2019.

¹⁸ Ídem.

19. Para nosotros, resulta claro que el respeto a la autodeterminación de nuestras comunidades y pueblos tiene que ver con todas las esferas de vida, como son las decisiones sobre el espacio en el que habitamos y los elementos que lo conforman: la tierra, el agua, los árboles, la selva, las rocas, etc; ya que, la forma de relacionarnos con nuestro espacio, al mismo tiempo, construye lo que somos, nuestra identidad.
20. Por ejemplo, en el caso de nuestro pueblo PONAKICSC, las aguas del Río Piatúa no sólo permiten el ejercicio de nuestra soberanía alimentaria; sino que en ellas además nos curamos, practicamos los rituales que nos enseñaron nuestras abuelas y abuelos. El río Piatúa nos permite alcanzar el Sumak Allpa o tierra sin mal. Ellas permiten el equilibrio de todo el ecosistema que nos rodea y garantiza la existencia de una diversidad de especies de flora y fauna, algunas de ellas en peligro de extinción. Así, tal como lo mencionamos en la acción de protección, una intervención y cambio en el caudal ecológico del río Piatúa impacta gravemente a la vida de nuestras comunidades.
21. De igual forma, observamos lo mismo con el hermano pueblo de Sinagoe, en el que alteraciones a los ríos Aguarico y sus nacientes, ríos Chingual y Cofánes, suponen un altísimo riesgo para la población que usa las aguas de esos ríos, entre ellas especialmente Sinangoe, que usan sus aguas para el consumo humano, la pesca y es importante los recursos hídricos para su forma de vida tradicional.¹⁹

Extensión de nuestros territorios

22. Nuestro derecho al territorio se encuentra reconocido en el artículo de forma amplia en en varios numerales del artículo 57 de la Constitución. El texto constitucional reconoce que nuestras tierras y territorios son comunitarios, imprescriptibles e inalienables²⁰; son de posesión ancestral²¹; tenemos derecho a usar, administrar y conservar los recursos naturales que están en ellos;²² a conservar nuestras prácticas de manejo de la biodiversidad²³; a no ser desplazados²⁴. En el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, sus territorios son irreductibles.²⁵
23. Esta forma amplia de entender al territorio ha sido también reconocida en el ámbito internacional, en los instrumentos internacionales ya citados: el Convenio de 169 de la OIT²⁶, la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas,²⁷ la Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas.²⁸ Y, en el caso interamericano, a partir de la interpretación que realizó la Corte IDH del artículo 21 de la CADH.

¹⁹ Acción de protección de la Comunidad Sinagoe, juicio N° 21333201800266, sentencia de primera instancia.

²⁰ Constitución, art. 57. 4.

²¹ Constitución. art. 57.5.

²² Constitución. art. 57.6.

²³ Constitución. art. 57.8.

²⁴ Constitución. art. 57.9.

²⁵ Constitución. art. 57 penúltimo inciso.

²⁶ Convenio OIT, artículos 13 a 19.

²⁷ Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, artículos 8.2.b), 10, 25 a 32.

²⁸ Declaración Americana de Pueblos Indígenas, artículo XXV.

24. Cabe destacar que el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, dejó establecido que la protección no es solo de las tierras que usamos los pueblos y nacionalidades indígenas, sino a nuestros territorios, entendido como todo el hábitat que ocupamos:

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. [Énfasis añadido]

25. Esta protección especial de nuestras tierras y territorios se explica, porque, a diferencia de la idea de propiedad individual, en que son solo bienes transferibles e intercambiables; para nosotros tienen vida y significado.

26. Primero, porque nuestro territorio, las tierras y recursos tienen sentido colectivo. Como lo explicó la Corte IDH a los estados en su jurisprudencia:

*145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.*²⁹

27. En segundo lugar, porque no sólo se protege nuestros territorios por tener un título de propiedad, sino por la ocupación y/o posesión ancestral de nuestros territorios, que incluye el derecho a exigir a recuperarlo:

127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas [...]

*128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.*³⁰

²⁹ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2021, párr. 145.

³⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

28. Y, tercero, porque varios lugares, elementos y recursos tienen sentido cultural para nosotros. Así también lo ha señalado la Corte IDH:

150. Los territorios ancestrales tienen un profundo valor espiritual para los pueblos indígenas y tribales. Además, los pueblos indígenas y tribales consideran que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección. Los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales son un elemento constitutivo de su cosmovisión y su religiosidad, dado que, para ellos, los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con los lugares donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se han desarrollado a partir de la ocupación y uso de sus territorios físicos.³¹

El territorio como elemento de nuestra identidad cultural

29. La seguridad de gozar y acceder a nuestro territorio, que incluye los recursos naturales que usamos y conservamos, son indispensables para existir y desarrollar nuestra vida como comunidades indígenas. Como ha explicado la Corte IDH:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen identidad cultural.

175. Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida.³²

30. El reconocimiento de la relación entre el territorio de pueblos indígenas y su identidad cultural también ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su reciente sentencia 1779-18-EP/21, del 28 de julio de 2021:

La Constitución reconoce, por ser colectividades de continuidad histórica, el derecho a administrar y vivir de manera libre en sus territorios, que son la base fundamental de sus culturas. El territorio no es meramente una cuestión de posesión y reproducción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente.³³

31. Así, por ejemplo, esta forma amplia de entender nuestro territorio permitió que la sentencia de segunda instancia reconozca en nuestro caso que:

³¹ Ídem, párr. 150.

³² Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 174. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 212.

³³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1779-18-EP/21, párr. 88.

[...] De análisis de este tribunal de apelación no encontramos que exista colisión entre los dos derechos, ya que el derecho colectivo al territorio indígena, sobre el derecho a la propiedad privada descritos en los derechos de libertad, no se contraponen porque si bien en las tierras donde pasa o se construye el proyecto son propiedades de finqueros tanto Kichwa como mestizos, los impactos sobre el río aguas abajo de la captación se reflejan en comunidades indígenas pertenecientes al pueblo Kichwa de Santa Clara [...] que en el caso corresponde al pueblo ancestral Kichwa PONA KICSC, agrupado en el Gobierno del Pueblo Originario de la Nacionalidad Kichwa del Cantón Santa Clara respecto a sus conexiones fluviales y entorno natural, como ya lo describimos las consecuencias que producirá el proyecto, y estas han sido advertidas incluso por la misma empresa en EIA y como tal era obligación del Estado considerar que previo a emitir cualquier permiso debían contar con la opinión del pueblo Kichwa de Santa Clara [...].³⁴

32. Y de forma similar consideramos que ocurre con el hermano pueblo de Sinangoe, ya que ante los señalamientos de que las minas no se encuentran directamente en sus tierras, el presidente de la comunidad indicó a los jueces que:

“Estoy aquí porque nuestro territorio, nuestra agua y la vida de mi comunidad está afectado, quien vive sin obtener agua para poder vivir; están diciendo aquí, los abogados, que todas las afectaciones están fuera del territorio, pero en si el río Chingual, el río Cofanes que hacen el río Aguarico es también nuestro río que de ello depende nuestra vida; el juez de Lumbaqui reconoce nuestros derechos al agua, a la alimentación nosotros somos los defensores del territorio y es por esa razón que estamos aquí; estamos sufriendo por todas estas amenazas, lo único que queremos es vivir consumiendo un agua limpia que garantice la supervivencia de nuestra comunidad.”³⁵

Segunda conclusión:

33. Por lo manifestado, consideramos que la Corte Constitucional puede desarrollar el contenido del derecho al consentimiento respecto del uso de los recursos naturales que se encuentran en nuestro territorio con base en los principios y derechos de libre determinación, territorio e identidad personal. Esto, toda vez que para pueblos y nacionalidades indígenas y ancestrales, las tierras y recursos de nuestros territorios no son un simple bien fungible o transmisible o reemplazable; sino que constituyen elementos de y para nuestra existencia como pueblo -Kiwcha, Cofán, Waorani, etc-. Por lo que, es razonable y mandatorio, que, a nuestras comunidades, a diferencia de la sociedad mayoritariamente mestiza occidental, se nos garantice el derecho a decidir sobre los recursos que marcan nuestra existencia.

2.3. Desarrollo del contenido del derecho a la consulta: el consentimiento de comunidades

Desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta

³⁴ Acción de protección del pueblo PONA KICSC, juicio 16281201900422, Sentencia de segunda instancia.

³⁵ Acción de protección del pueblo Sinangoe. Sentencia de segunda instancia 21333201800266.

34. Como se señaló anteriormente, en nuestra constitución, el art. 57 de la Constitución y varios tratados internacionales de derechos humanos reconocen el derecho a la consulta de pueblos y nacionalidades. Si bien en el ámbito internacional no existe una división tajante entre diferentes tipos de consultas de pueblos y nacionalidades, nuestra Constitución reconoció distinguió entre la consulta previa, libre e informada en contextos de planes y proyectos de extracción y explotación de recursos (artículo 57-7 Constitución) y la llamada consulta prelegislativa (art. 57.17 de la Constitución). Por ello, la Corte Constitucional, la citada sentencia N° 20-12-IN/20 de 01 de julio de 2020, las distinguió en el siguiente sentido:

81. [...] El artículo 57.7 de la Constitución contempla una forma de consulta que debe realizarse previo a la toma de decisiones relacionadas con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables; mientras que el artículo 57.17 de la Constitución contempla el derecho a la consulta en asuntos no relacionados con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, garantizando así la participación en cualquier decisión que pueda afectar derechos colectivos. Ambos tipos de consulta deben efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, de manera tal que la consulta no se limite ni se agote en un mero trámite formal. [Énfasis añadido]

35. En todo caso, la Corte IDH ha realizado a lo largo de su jurisprudencia varias precisiones sobre nuestro derecho a la consulta previa, libre e informada en contextos de explotación de recursos; especialmente en la sentencia del caso Sarayaku vs Ecuador:

- a) **El Estado debe realizar la consulta y no las empresas:** “Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado³⁶, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada”³⁶.
- b) **La consulta debe ser previa, en todas las etapas de planes y proyectos:** “Tribunal ha observado que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, 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.”³⁷
- c) **La consulta debe ser informada:** “la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad” .
- d) **La consulta debe ser de buena fe:** “la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”³⁸. Esto conlleva

³⁶ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 187.

³⁷ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 180.

³⁸ Ídem, párr. 186.

a que el Estado se abstenga de emplear prácticas dirigidas a forzar nuestro consentimiento, como prácticas de disgregación de la comunidad, corrupción de líderes o negociaciones individuales.³⁹

e) Deben respetar las estructuras internas de toma de decisiones de nuestras comunidades:

“La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes.”⁴⁰ Esto incluye un respeto al interior y exterior de las comunidades, ya que el Estado no debe exacerbar la conflictividad que puede producir los proyectos en nuestros territorios.⁴¹

f) La consulta debe ser adecuada y accesible: Incluye que los procedimientos de consulta sean culturalmente adecuados, a través de las organizaciones o estructuras propias de representación; e incluye la entrega de información entendible y de ser necesario con un intérprete.⁴²

g) Realizar estudios de impacto ambiental: “el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁴³. Los estudios deben realizarse antes de la entrega de la concesión.⁴⁴

h) Finalidad de la consulta: alcanzar el consentimiento (ver acápite *infra*).

36. Los anteriores elementos que configuran el contenido esencial del derecho a la consulta previa libre e informada, fueron recientemente reiterados por la sentencia No. 20-12-IN/20, 01 de julio de 2020, de la Corte Constitucional:

*75. A criterio de esta Corte, la participación efectiva de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas **garantizada por el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, exige que el Estado establezca consultas efectivas, previa y debidamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones relacionadas con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, que puedan afectar sus territorios tradicionales, y que éstas se realicen en un plazo razonable. Dicha información debe ser clara y accesible y, de ser necesario, transmitida a través de intérpretes autorizados o en un idioma que permita a los miembros de los pueblos y comunidades involucrados, comprenderla de forma plena. Además, el ejercicio de este derecho no puede estar condicionado a la tenencia de un título de propiedad o su inscripción.** [Énfasis añadido]*

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem., párr. 198.

⁴² Ídem., párr. 202-203.

⁴³ Ídem. párr. 205.

⁴⁴ Ídem, párr. 206.

37. Ahora bien, en la práctica, estos parámetros, que según el art. 11.2 de la Constitución serían de inmediata y directa aplicación, no se cumplen. De hecho, la mayor parte de veces no se trata de un deficiente cumplimiento de consulta, sino de un incumplimiento total.
38. Por ejemplo, en nuestro Pueblo, primero, no se realizó consulta alguna antes de la entrega de autorizaciones de uso de agua por parte de SENAGUA; y cuando supimos de aquella y se presentó nuestra oposición, esta no fue tomada en cuenta. Segundo, porque el Ministerio de Ambiente intentó justificar el cumplimiento de nuestra participación, alegando que había entregado invitaciones a personas de influencia directa, indirecta y autoridades fueron invitadas todas a participar en asambleas públicas. Sin embargo, dichas invitaciones no respondieron a nuestra forma de organización y toma de decisiones. Además, a pesar de que en dichas asambleas expresamos nuestra oposición a la concesión de la Central Hidroeléctrica, no constó en ninguna parte nuestras observaciones.⁴⁵
39. En el caso de los hermanos Sinangoe, observamos que las entidades estatales trataron de justificarse señalando que las concesiones mineras no se encontraban en su territorio, cuando, como lo se demostró en su juicio de acción de protección, las zonas de las concesiones afectan a los ríos Cofán y Chingual, cuyas cuencas dan origen al río Aguarico, las concesiones afectarán directamente los derechos de la naturaleza y fuentes de agua del Pueblo Cofán Sinangoe; fuentes de agua del Pueblo Cofán Sinangoe.⁴⁶

Tercera conclusión

40. Si bien existe un amplio marco constitucional e internacional que ha desarrollado las garantías de nuestro derecho, la práctica demuestra que en nuestro país la consulta es entendida como un mero requisito para entregar autorizaciones, licencias, etc. a favor de los planes y proyectos de extracción de recursos, sin considerar nuestras posiciones sobre los mismos; y que suele reducirse a sesiones informativas o estrategias de división, cooptación y presión.
41. Por ello, consideramos que este patrón de incumplimiento y vulneración de nuestro derecho a la consulta podría ser enfrentado, entre otras medidas que debe adoptar el Estado, con una definición contundente y categórica del efecto jurídico de nuestro derecho a la consulta previa, libre e informada; a saber, obtener nuestro consentimiento.

La finalidad de la consulta debe ser el consentimiento de pueblos y comunidades

42. Además de que el consentimiento se encuentra establecido textualmente en el art. 57.7 de la Constitución y de tratados internacionales de derechos humanos (ver acápite II *supra*), la jurisprudencia internacional y constitucional ya han establecido este parámetro, del que debe ahora partir la Corte Constitucional.
43. La Corte IDH, en el año 2007, en la sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, abordó las posibles dudas que podría conllevar el significado común de la idea de “consulta” . Por ello, ante la gravedad del impacto en el territorio ancestral indicó que:

⁴⁵ Acción de protección del pueblo POKAKICSC, juicio 16281201900422, sentencia de segunda instancia.

⁴⁶ Acción de protección del pueblo Sinangoe, juicio , sentencia de segunda instancia, 21333201800266.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, **el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.** [...]

135. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, **los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas** para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.

136. [...] La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, **debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.** [Énfasis añadido]

44. Así, la Corte IDH, en el año 2007, estableció que, dado el grado de afectación a nuestros territorios por la implementación de planes y proyectos de explotación de recursos, el nivel de exigencia incluye el consentimiento de las comunidades.
45. Si bien la misma Corte IDH, como en el citado caso Sarayaku vs. Ecuador del año 2012, señala que la consulta debe alcanzarse “con miras a alcanzar un consenso entre las misma” y tiene como objetivo establecer un “diálogo” entre las partes; lo cierto es que, previamente, ratifica el estándar de consentimiento desarrollado en el caso Saramaka:

185. De acuerdo con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT, las consultas deberán ser “llevadas a cabo [...] 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]

46. Asimismo, lo consideró recientemente esta Corte en la referida sentencia N° 20-12-IN/20 de 01 de julio de 2020,

[...] Ambos tipos de consulta deben efectuarse de buena fe y con la finalidad de **llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento** acerca de las medidas propuestas, de manera tal que la consulta no se limite ni se agote en un mero trámite formal.⁴⁷ [Énfasis añadido]

47. Es decir, contrario a la idea de que sería suficiente un mero proceso de intercambio de información u opiniones ("socializaciones"), consideramos que la consulta conlleva un real proceso de toma de decisiones en dos dimensiones:

- (a) Primero, al interior de las comunidades y pueblos afectados; con la garantía de entrega de información completa y entendible, para que, a través de nuestras estructuras orgánicas, podamos adoptar una posición respecto de plan o proyecto que podría afectar nuestros territorios.
- (b) Y, en segundo lugar, un proceso de toma de decisiones al exterior de las comunidades, en procesos de diálogo con las entidades estatales consultantes, en igualdad de condiciones y que el peso de nuestra decisión sea vinculante y no solo una opinión.

48. Caso contrario, no tendría coherencia ni importancia las garantías de adecuabilidad, temporalidad, accesibilidad que caracteriza al contenido de la consulta. Consideramos que avanzar en el consentimiento de pueblos y comunidades ante planes y proyectos de extracción minera es una medida efectiva para la construcción de una sociedad plural e intercultural; en el que todos los modelos de vida y desarrollo tienen el mismo peso y, por tanto, deben ser respetados, garantizados y valorados con el mismo valor y peso.

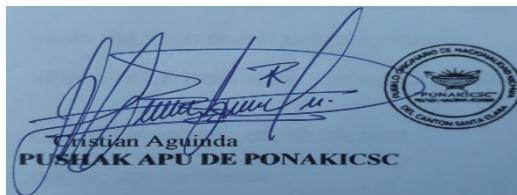
III. PETICIONES

49. Por lo expuesto, solicitamos que:

- (a) Se nos considere y acepte como AMISCURIANTE dentro del proceso constitucional; y,
- (b) Se recogan los argumentos expuestos en el presente memorial.

IV. NOTIFICACIONES

Notificaciones que corresponda las recibiremos en los correos electrónicos cthanatos84@yahoo.com



Cristian Aguinda
PUSHAK APU DE PONAKICSC

Firma:

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia N° 20-12-IN/20 de 01 de julio de 2020, párr. 81