



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

La Consulta Prelegislativa y la Ampliación de la Zona Intangible del Parque Nacional Yasuní

Adriana Rodas Merino

2022 / 04

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2022 / 02 / 12

Difundido: 2022 / 04 / 21

Materias: derecho administrativo, derecho ambiental, derecho constitucional, derecho hidrocarburífero y minero, derechos humanos

URL: <https://ssrn.com/abstract=4089854>

Citación sugerida: Rodas Merino, Adriana. “La Consulta Prelegislativa y la Ampliación de la Zona Intangible del Parque Nacional Yasuní”. *USFQ Law Working Papers*, 2022/04, <https://ssrn.com/abstract=4089854>.

© **Adriana Rodas Merino**

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

LA CONSULTA PRELEGISLATIVA Y LA AMPLIACIÓN DE LA ZONA INTANGIBLE DEL PARQUE NACIONAL YASUNÍ

THE PRE-LEGISLATIVE CONSULTATION AND THE EXPANSION OF THE INTANGIBLE AREA OF THE YASUNI NATIONAL PARK

Adriana Rodas Merino
Corte Constitucional del Ecuador
adriana.rodasmerino@gmail.com

TEMA: Desarrollo de estándares sobre consulta previa y consulta prelegislativa a través de acciones públicas de inconstitucionalidad.

RESUMEN

En su sentencia No. 28-19-IN/22 la Corte Constitucional del Ecuador aceptó parcialmente una acción de inconstitucionalidad presentada en contra del Decreto Ejecutivo No. 751, mediante el cual se amplió la zona intangible del Parque Nacional Yasuní y se redefinió su zona de amortiguamiento. La Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 1 y 2 del Decreto, por estar alineados con la esencia de la norma y no contravenir los principios constitucionales analizados, mientras que declaró inconstitucionales por la forma a los artículos 3, 4, 5, 6, 8, y 9, en virtud de la falta de consulta prelegislativa a los pueblos indígenas contactados afectados por estos.

ABSTRACT

In its ruling No. 28-19-IN/22, the Ecuadorian Constitutional Court partially accepted an action of unconstitutionality filed against Executive Decree No. 751, through which the intangible zone of the Yasuní National Park was expanded, and its buffer zone was redefined. The Court declared the constitutionality of articles 1 and 2 of the Decree, for being aligned with the essence of the norm and not contravening the analyzed constitutional principles, while it declared articles 3, 4, 5, 6, 8 and 9 unconstitutional, because of the lack of pre-legislative consultation with the contacted indigenous peoples affected by them.

PALABRAS CLAVE

Consulta previa, consulta prelegislativa, derechos colectivos, pueblos indígenas contactados, pueblos indígenas en aislamiento.

KEYWORDS

Prior consultation, pre-legislative consultation, collective rights, contacted indigenous peoples, indigenous peoples in isolation.

DATOS DE LA SENTENCIA NO. 28-19-IN/22	
Órgano judicial que emitió la decisión	Corte Constitucional del Ecuador
Fecha de emisión	19 de enero de 2022

Registro Oficial	28 de enero de 2022 (fecha de suscripción por parte del presidente de la Corte Constitucional) ¹
Cuerpo normativo en discusión	Decreto Ejecutivo No. 751 de 27 de mayo de 2019, publicado en el Registro Oficial No. 506 el 11 de junio de 2019
Partes procesales	Accionantes: Carmen Marisol Rodríguez Pérez, Ivette Rossana Vallejo Real, Silvana del Carmen Murgueytio Jeria, Nathalia Bonilla Cueva, Lisset Coba y María Liliana Cristina Solís Chiriboga Entidad accionada: Presidencia de la República
Tipo de proceso	Acción pública de inconstitucionalidad
Votos salvados o concurrentes	- Voto concurrente del juez constitucional Ramiro Avila Santamaría - Voto concurrente de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce

I. Reseña de los hechos

Mediante Decreto Ejecutivo No. 552, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 121 de 02 de febrero de 1999, se declaró a la zona denominada Cuyabeno-Imuya como “zona intangible de conservación vedada a todo tipo de actividad extractiva”². Esta zona tenía una superficie “de aproximadamente 435.000 hectáreas”³, y tenía el fin de garantizar “el ejercicio de los derechos colectivos de las comunidades y pueblos Quichua, Siona y Cofán que actualmente habitan la zona Cuyabeno-Imuya”⁴.

El 10 de mayo de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) “otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenani que habitan en la selva amazónica ecuatoriana situada en la zona fronteriza con el Perú y se encuentran en situación de aislamiento voluntario u ‘ocultos’”⁵. En este sentido, y con el objetivo de “proteger la presencia de terceros en el territorio en el que habitan”⁶ los pueblos indígenas mencionados, “la CIDH solicitó al Estado ecuatoriano la adopción de las medidas necesarias”⁷ para el efecto.

El 16 de enero de 2007, se publicó en el Registro Oficial No. 1 el Decreto Ejecutivo No. 2187. En lo principal, este decreto delimitó la zona intangible establecida mediante Decreto Ejecutivo No. 552, con una superficie de 758.051 hectáreas⁸. Adicionalmente, estableció “una zona de amortiguamiento de diez kilómetros de ancho contiguo a toda la zona intangible

¹ En virtud de su reciente aprobación, su publicación en el Registro Oficial se encuentra pendiente. No obstante, conforme consta de la razón sentada por la secretaria general de la CCE, la sentencia fue notificada a las partes el 01 de febrero de 2022.

² Decreto Ejecutivo No. 552, Registro Oficial Suplemento No. 121 de 02 de febrero de 1999, art. 1.

³ Id., art. 2.

⁴ Id., art. 3.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Medidas cautelares 2006*. Párr. 25. Extraído el 04 de febrero de 2022 desde <http://www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm>

⁶ Id.

⁷ Id.

⁸ Decreto Ejecutivo No. 2187, Registro Oficial No. 1 de 16 de enero de 2007, art. 1.

delimitada”⁹, con el objeto de “establecer un área adicional de protección que, mediante la implementación de restricciones en las actividades que se desarrollen, contribuya a proteger a los grupos en aislamiento voluntario y condición de contacto inicial”¹⁰. En tal razón, el Decreto Ejecutivo No. 2187 prohibió en la zona de amortiguamiento: **(i)** la realización de actividades extractivas de productos forestales con propósitos comerciales; **(ii)** el otorgamiento de concesiones mineras; **(iii)** nuevas obras de infraestructura; y, **(iv)** “otras obras que los estudios técnicos y de impacto ambiental juzguen incompatibles con el objeto de la zona intangible”¹¹.

El 04 de febrero de 2018, se llevó a cabo una consulta popular impulsada por el Presidente de la República, cuya séptima pregunta refería: “¿Está usted de acuerdo en incrementar la zona intangible en al menos 50.000 hectáreas y reducir el área de explotación petrolera autorizada por la Asamblea Nacional en el Parque Nacional Yasuní de 1.030 hectáreas a 300 hectáreas?”¹² El resultado obtenido fue de 68% a favor de la pregunta¹³.

En consecuencia, el Decreto Ejecutivo No. 2187 fue reformado por el Decreto Ejecutivo No. 751 de 27 de mayo de 2019, publicado en el Registro Oficial No. 506 el 11 de junio de 2019 (en adelante, “Decreto”). En lo principal, el Decreto delimitó la Zona Intangible Tagaeri Taromenane a una superficie de 818.501,42 hectáreas, y estableció “una zona de amortiguamiento de diez kilómetros de ancho contiguo a toda la zona intangible redelimitada”¹⁴. Asimismo, en la zona de amortiguamiento estableció las mismas prohibiciones con respecto a la zona de amortiguamiento previstas en el reformado Decreto Ejecutivo No. 2187, exceptuando de esta prohibición “a las plataformas de perforación y producción de

⁹ Id., art. 2.

¹⁰ Id.

¹¹ Id., art. 3.

¹² Consejo Nacional Electoral. Resolución No. PLE-CNE-1-8-2-2018-R de 08 de febrero de 2018.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Decreto Ejecutivo No. 751, Registro Oficial No. 506 de 11 de junio de 2019, art. 2.

hidrocarburos”¹⁵. En este sentido, los artículos 4¹⁶, 5¹⁷ y 6¹⁸ regularon las actividades petroleras que el Decreto permitía en la zona de amortiguamiento.

Adicionalmente, el artículo 8 facultó al Ministerio del Ambiente la emisión de nuevas “licencias en un área máxima de intervención de 300 hectáreas”¹⁹. Finalmente, el artículo 9 incluyó tres disposiciones transitorias: la primera estableció “un plazo para la delimitación física y elaboración de cartografía inicial”²⁰; la segunda otorgó “un plazo para que los ministerios de Energía y Recursos Naturales no Renovables, del Ambiente, de Turismo y la Secretaría de Derechos Humanos regulen las actividades que se pueden realizar”²¹ tanto en la zona de amortiguamiento como en la zona intangible; y, la tercera estableció “un plazo para la emisión de los instrumentos y definiciones necesarias para la implementación del Decreto”²².

II. Acción de inconstitucionalidad y pretensión

El 02 de julio de 2019, Carmen Marisol Rodríguez Pérez, Ivette Rossana Vallejo Real, Silvana del Carmen Murgueytio Jeria, Nathalia Bonilla Cueva, Lisset Coba y María Liliana Cristina Solís Chiriboga (en adelante “las accionantes”) presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra del Decreto. En este sentido, solicitaron a la Corte Constitucional (en adelante, “CCE” o “la Corte”) que declare la inconstitucionalidad por la forma de la totalidad del Decreto, y por el fondo de sus artículos 1, 2, 3, 4 y 9 (disposición segunda), sobre la base de que no se habría efectuado la correspondiente consulta previa en la adopción del Decreto.

¹⁵ Id. “Art 3.- Sustituir el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 2187 [...] por el siguiente:

‘Se prohíbe realizar en la zona de amortiguamiento nuevas obras de infraestructuras tales como carreteras, centrales hidroeléctricas, centro de facilidades petroleras; y, otras obras que los estudios técnicos y de impacto ambiental juzguen incompatibles con el objeto de la zona intangible.

Se exceptúa de la prohibición expresada en el artículo 3, a las plataformas de perforación y producción de hidrocarburos”.

¹⁶ Id. “Art. 4.- Sustituir el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 2187 [...] por el siguiente:

‘El Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, Secretaría de Derechos Humanos y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, o las autoridades competentes, en el plazo de ciento ochenta días, definirán las políticas y procedimientos adecuados para evitar o minimizar la influencia que, las actividades de las operadoras petroleras legalmente autorizadas a operar en la zona de amortiguamiento, puedan ejercer sobre la vida de los pueblos ocultos que habitan en la zona intangible.

Las operaciones petroleras autorizadas deberán utilizar técnicas de bajo impacto para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Zona de Amortiguamiento (técnicas de perforación direccionada o en racimo, tendido tubería subterránea); mismas que, tendrán que ser autorizadas por el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables”.

¹⁷ Id. “Art. 5.- Sustituir el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 2187 [...] por el siguiente:

‘El Instituto Nacional de Patrimonio Cultural conjuntamente con la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, Secretaría de Derechos Humanos, el Ministerio del Ambiente y el Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables, o quienes hicieren sus veces, precautelarán que las actividades permitidas no afecten o incidan en las costumbres, lenguaje, manifestaciones culturales, artesanales, técnicas, artísticas, musicales, religiosas, rituales o comunitarios de los grupos ancestrales que en esta región habitan;”.

¹⁸ “Art. 6.- Incorpórese un artículo posterior al artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 2187, [...] con el siguiente contenido:

‘Previo a la emisión de las autorizaciones administrativas ambientales que se requieran para la ejecución de actividades en la zona de amortiguamiento, se deberá contar con el pronunciamiento de la Autoridad encargada de la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario”.

¹⁹ Decreto Ejecutivo No. 751, Registro Oficial No. 506 de 11 de junio de 2019, art. 8.

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN de 19 de enero de 2022, párr. 105.

²¹ Id.

²² Id.

III. Argumentos del órgano judicial y decisión

Previo a efectuar el análisis de constitucionalidad del Decreto, la CCE enfatizó la diferencia entre la consulta previa y la consulta prelegislativa. La primera, prevista en el artículo 57.7 de la Constitución, debe realizarse “en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena”²³, mientras que la segunda, establecida en el artículo 57.17 de la Constitución, “debe efectuarse previo a adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas”²⁴.

En virtud de que el Decreto “no constituye una decisión relacionada directamente a programas o planes de prospección y explotación de recursos naturales no renovables, sino que norma, de modo general y abstracto, el mandato aprobado por consulta popular en febrero de 2018”²⁵, la Corte determinó que “no se configura el presupuesto exigido por la Constitución para la realización de la consulta previa”²⁶. Por el contrario, lo que cabe es una consulta prelegislativa. En tal razón, y sobre la base del principio *iura novit curia*, la CCE advirtió que analizaría la constitucionalidad del Decreto con respecto a la obligación estatal de consulta prelegislativa.

a. Análisis de constitucionalidad por la forma

La Corte estableció que no es procedente realizar una consulta prelegislativa a los pueblos indígenas no contactados en virtud de su autodeterminación y realizó un recuento de los estudios realizados para determinar el área de ocupación y movilidad de estos pueblos previo a la delimitación de la ampliación de la zona intangible. En tal razón, para la emisión del Decreto, sí “se valoró su situación y se aplicaron mecanismos que garanticen sus derechos constitucionales”²⁷.

Por el contrario, considerando que, de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, los pueblos indígenas contactados sí son sujetos de consulta prelegislativa, y en virtud de que estos también se vieron afectados tanto por la ampliación de la zona intangible como de la redelimitación de la zona de amortiguamiento, la CCE concluyó que al haberse emitido el Decreto sin haberse realizado la correspondiente consulta, se transgredió el artículo 57.17 de la Constitución.

Ahora bien, la CCE se refirió al artículo 76.7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, según el cual la vulneración de reglas formales en la producción normativa “únicamente acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad cuando implica la transgresión de los principios o fines sustanciales para los cuales fue instituida la respectiva regla”²⁸. En esta línea, analizó cada uno de los artículos del Decreto a fin de determinar si hubo afectación a los fines sustanciales de la consulta prelegislativa.

²³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-18-IN/21 de 8 de septiembre de 2021, párr. 119.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN/22 de 19 de enero de 2022, párr. 61.

²⁵ Id. párr. 63.

²⁶ Id. párr. 64.

²⁷ Id. párr. 81.

²⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. Art. 76.6.

Al respecto, la Corte encontró que el artículo 1 del Decreto amplió la zona intangible en más de 60.000 hectáreas (al menos 10.000 hectáreas más que las correspondientes según el mandato de la consulta popular), y el artículo 2 redelimitó la zona de amortiguamiento, según la ampliación. En este sentido, la Corte consideró que la redelimitación del Decreto era compatible con los derechos tanto de los pueblos indígenas no contactados como de los contactados, así como con los derechos de la naturaleza y al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Así las cosas, estimó que los artículos 1 y 2 del Decreto “no implican la transgresión de los principios o fines sustanciales de la norma ni tienen un impacto sobre los derechos de los directamente involucrados por las particularidades del caso”²⁹, de modo que no se justifica su expulsión del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En consecuencia, la Corte declaró la constitucionalidad por la forma de los artículos 1 y 2 del Decreto.

Por otro lado, al permitir y regular la construcción de infraestructura hidrocarburífera en la zona de amortiguamiento -que era prohibido bajo el reformado Decreto Ejecutivo No. 2187- la CCE estimó que los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 9 tenían repercusiones directas en los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento “a permanecer en aislamiento y la intangibilidad de su territorio, así como también hacia los pueblos indígenas contactados ubicados en”³⁰ la zona de amortiguamiento. Por lo tanto, la falta de consulta prelegislativa acarreó la inconstitucionalidad por la forma de los mencionados artículos. No obstante, la Corte precisó que, al ser el Decreto una norma derogatoria, aquello “no genera un vacío normativo puesto que la redacción original de los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Ejecutivo No. 2187 mantienen su vigencia”³¹.

Con respecto al artículo 7 del Decreto, la Corte desestimó su cargo de inconstitucionalidad por la forma, toda vez que únicamente se trata “de una cláusula que deja insubsistentes disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 2187”³².

b. Análisis de constitucionalidad por el fondo

En el análisis de constitucionalidad por el fondo, la Corte analizó si los artículos 1 y 2 del Decreto eran contrarios a las garantías territoriales prescritas en los numerales 4, 5, 9, 11, 12, y penúltimo párrafo innumerado del artículo 57 de la Constitución. Al respecto, determinó que la emisión del Decreto estuvo respaldada por un informe técnico sobre la ampliación de la zona intangible y la idoneidad del territorio hacia el que fue ampliado, por lo que la CCE descartó este cargo.

Posteriormente, la Corte examinó si el artículo 1 del Decreto es contrario al principio de progresividad y a la prohibición de regresividad, consagrados en los numerales 4 y 8 del artículo 11 de la Constitución. La CCE observó que con el Decreto Ejecutivo No. 2187, la zona intangible tenía un área de 758.051 hectáreas, mientras que con el Decreto impugnado, esta alcanzó un área de 818.501,42 hectáreas. Al haber un incremento de 60.450,42 hectáreas, la Corte señaló que el artículo 1 respetó el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de derechos.

Por todo lo expuesto, la Corte aceptó parcialmente la acción de inconstitucionalidad.

IV. Análisis de votos concurrentes

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN/22 de 19 de enero de 2022, párr. 93.

³⁰ Id., párr. 97.

³¹ Id., párr. 107.

³² Id., párr. 102.

a. Voto concurrente del juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría

El juez Ramiro Ávila Santamaría manifestó que, si bien concuerda con la decisión y con la mayor parte del análisis efectuado en la sentencia, genera preocupación que, conforme lo señalaron las accionantes, en 2013 hubo un “cambio de los mapas por parte del Ministerio de Justicia para modificar la presencia de los Pueblos Indígenas en Aislamiento en el Yasuní”³³. Así, afirmó que la demarcación de la ampliación de la zona intangible “se la hizo motivada por los intereses extractivos y sin consideración alguna de los derechos de los pueblos indígenas”³⁴.

Finalmente, expresó que, tomando en consideración la falta de consulta prelegislativa,

y que la información generada por el Ejecutivo no era clara, [...] era importante dar un paso más allá y declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2, diferir sus efectos y designar una nueva Comisión compuesta por expertos independientes que establezca, en consideración de los derechos involucrados, otras áreas de incremento de la [...] [zona intangible]³⁵.

b. Voto concurrente de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce

La jueza Carmen Corral Ponce sostuvo que, bajo una interpretación sistemática de los artículos 57.17 de la Constitución y 6.1 del Convenio No. 169 de la OIT, “es fácil colegir que la consulta prelegislativa, tal como su nombre lo indica, es exclusiva y previa a la implementación de una medida ‘legislativa’ mas no administrativa como erradamente se afirma”³⁶, toda vez que “para estas últimas existen otros mecanismos apropiados como la consulta previa, libre e informada y la consulta ambiental”³⁷.

Ahora bien, señaló que más allá de sus propias convicciones jurídicas, se adhiere al reiterado y consistente precedente jurisprudencial de la CCE según el cual la consulta prelegislativa procede con respecto a “cualquier tipo de norma jurídica y no solo ante aquellas sancionadas y promulgadas por la Asamblea Nacional”³⁸, por cuanto este fundamento se ha tornado en vinculante para la Corte.

V. Relevancia de la decisión

En la sentencia bajo análisis, la Corte enfatizó que la consulta prelegislativa constituye tanto un requisito de forma como un derecho constitucional. En primer lugar, es un requisito formal “previo a la expedición de medidas adoptadas en ejercicio de cualquier poder normativo en cuanto constituye una fase previa a su aprobación”³⁹, toda vez que se trata de un requisito *sine qua non* “que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole normativa que pudiera afectar derechos colectivos, así como una obligación para el Estado⁴⁰”. En segundo lugar, constituye un derecho constitucional, reconocido en el artículo 57.17 de la Constitución,

³³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN/22 de 19 de enero de 2022. Voto concurrente del juez constitucional Ramiro Avila Santamaría, párr. 11.

³⁴ Id., párr. 14.

³⁵ Id., párr. 13.

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN/22 de 19 de enero de 2022. Voto concurrente de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce, párr. 12.

³⁷ Id.

³⁸ Id., párr. 7.

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 28-19-IN/22 de 19 de enero de 2022, párr. 69 (i).

⁴⁰ Id., párr. 61.

así como en el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

También es importante resaltar que la Corte distinguió entre la consulta prelegislativa con respecto a los pueblos no contactados y aquella relacionada con los pueblos contactados. En lo principal, precisó que con respecto de los primeros no cabe tal consulta, “puesto que prevalece el principio de no contacto como manifestación del derecho de los pueblos indígenas en aislamiento a su autodeterminación de conformidad con lo prescrito en el inciso antepenúltimo del artículo 57, en concordancia con el artículo 96 de la Constitución”⁴¹. En este sentido, estableció que el principio de no contacto y la intangibilidad del territorio de los pueblos indígenas no contactados “se traducen en una negativa tácita respecto de una eventual consulta, misma que debe ser interpretada de la forma más amplia posible”⁴².

No obstante, enfatizó que al no poder consultarles, “es una obligación reforzada del Estado garantizar su autodeterminación a través de mecanismos y herramientas que permitan protegerlos”⁴³. En tal razón, determinó que, frente a medidas legislativas o administrativas que puedan generar un impacto a los pueblos no contactados o a su modo de vida -ya sea directo o indirecto-, deben realizarse “los estudios especializados necesarios y dentro de la participación de su elaboración se tome en cuenta a expertos que contribuyan a la comprensión de su cultura y sus necesidades, a tutelar su territorio, sus usos y costumbres, y particularmente su posible afectación al principio de no contacto”⁴⁴.

Por el contrario, con respecto a los pueblos contactados, recalcó que la falta de consulta *per se* acarrea tanto un vicio formal como una vulneración de derechos colectivos, conforme se explicó previamente.

Con esto, la Corte realizó un importante avance en los estándares sobre la consulta prelegislativa, especialmente con respecto a los pueblos indígenas en aislamiento. En este sentido, resalta la perspectiva de que, en respeto de su derecho a la autodeterminación, debe prevalecer su no contacto e intangibilidad del territorio, de modo que no resulta posible realizar a estos pueblos consulta alguna. Sin embargo, tal como lo señaló la CCE, la imposibilidad de consulta debe entenderse como una negativa a la misma.

Finalmente, considerando la estrecha relación que tienen la consulta prelegislativa y la consulta previa -principalmente a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos- podría entenderse que la consulta previa también puede constituir tanto un requisito formal de los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, como un derecho colectivo, reconocido en el artículo 57.7 de la Constitución.

⁴¹ Id., párr. 78.

⁴² Id., párr. 81.

⁴³ Id., párr. 79.

⁴⁴ Id., párr. 79.