



AMICUS CURIAE

Ref: Causa 273-19-JP

I. PERSONA QUE PRESENTAN EL AMICUS CURIAE E INTERÉS EN LA CAUSA.

Carla Luzuriaga Salinas, coordinadora de litigio de la *Plataforma por el Acceso a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva* de la Fundación Haciendo Ecuador, legitimada en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presento a su autoridad opinión escrita de *amicus curiae*, por mis propios derechos, para que sea tomado en consideración al momento de resolver sobre esta causa.

II. CUESTIONES SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

2.1. Antecedentes

El derecho a la consulta previa, libre e informada, recogido en la Constitución de 2008, reza:

“Art. 57.7.- (...) 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”

Sin embargo, Ecuador no posee una ley orgánica que regule las entidades responsables, así como los contenidos de la consulta previa frente a actividades extractivas, pese a una sentencia de la Corte Interamericana que ordenó, como **garantía de no repetición:** Emisión de medidas legislativas administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar



aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.¹

El presente amicus abordará un compendio sobre los estándares nacionales, internacionales e interamericanos sobre consulta previa, libre e informada a comunidades indígenas con el objetivo de brindar a esta Corte un sumario sobre las principales obligaciones de los Estados para la garantía de este derecho, así como las novedades jurisprudenciales relativas a la consulta previa.

2.2. Sentencias Constitucionales

Sentencia 001-10-SIN-CC

Al analizar la constitucionalidad de la recién expedida Ley de Minería en 2009, la Corte Constitucional para el periodo de Transición y los elementos del derecho colectivo a la consulta pre legislativa, la Corte diferenció entre esta consulta, la consulta previa y la consulta ambiental.

Entonces se abordó a la consulta previa como un derecho de participación y que constituye un parámetro mínimo a observar en su realización que la consulta previa debe constituirse en un **verdadero** mecanismo de participación. Así como otros parámetros que daban contenido al derecho: Es previa si ocurre antes de la actividad, aunque no se especifica cual, debe garantizarse acceso oportuno a información relevante, debe darse en un tiempo razonable, debe ser transparente, debe respetarse las formas de organización y decisión de los pueblos y nacionalidades indígenas y; el irrespeto de la consulta podría ocasionar la nulidad de los procedimientos y las medidas adoptadas.

Sentencia 22-18-IN

Recientemente, la Corte Constitucional en un asunto relativo al derecho a la consulta previa, libre e informada ratificó el contenido de la sentencia 001-10-SIN-CC, respecto a actividades mineras, consideró que se encontraban adecuados los lineamientos de la sentencia Sarayaku vs. Ecuador de la Corte Interamericana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y resaltó que las disposiciones constitucionales deben interpretarse sistemáticamente: *“En caso alguno, cuando se trate de pueblos*

¹ CorteIDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Punto B.2.b, párr 301.



indígenas, se aplicarán los artículos impugnados y se procederá aplicar los estándares propios del derecho a la consulta previa.”²

La Corte en esta oportunidad fue específica al determinar que “en cuanto al obligado, la consulta previa de pueblos indígenas es **toda entidad estatal** que realice actividades que afecten a dichos pueblos.”³

2.3. Caso Sarayaku vs. Ecuador⁴

En un caso que determinó responsabilidad de Ecuador por la vulneración al derecho a la consulta previa contra el pueblo kichwa de Sarayaku, la Corte Interamericana delimitó los elementos constitutivos que integran este derecho:

La consulta debe ser realizada con carácter previo

Dentro de su característica más relevante, la consulta debe ser previa a cualquier autorización o decisión que afecte potencialmente el ambiente. El art. 15.2 de la Convención 169 de la OIT señala que “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**”

La CorteIDH ha indicado que “se debe consultar(...) **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 respuesta adecuada al Estado.”

Sobre el Estudio de Impacto Ambiental:

La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, **no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo**. Los Estudios de

² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 22-18-IN/21, párr. 126.

³ *Ibíd*em, párr. 134.

⁴ *Ibíd*em, págs. 43-65.



Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y **ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión**, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio.

En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado (Ecuador) 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.

En la sentencia de este caso, la Corte Interamericana contextualiza la vulneración al derecho a la consulta previa, libre e informada dentro del proceso de otorgamiento y posterior implementación de una concesión petrolera. Entiende, entonces, a una concesión como un contrato del Estado con un tercero, mediante un “acto administrativo que implica el otorgamiento del derecho de explotación o gestión, por un período determinado, de bienes y servicios por parte de una administración pública o empresa a otra, generalmente privada.”⁵

En Ecuador, según la normativa minera y ambiental⁶, una vez exista un titular minero, es decir, **después de que se otorga una concesión**, es éste quien debe realizar los trámites pertinentes para la emisión de una licencia ambiental, a través de la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental ante el Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica para ejecutar las “actividades mineras” de prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de minas.

El escenario es ligeramente distinto en las actividades hidrocarburíferas, por cuanto su titular es la Administración Pública. El marco legal sobre el petróleo permite la celebración de contratos de participación entre el Estado y una empresa privada o, generalmente, públicas y nacionales.

Según el Reglamento para aplicación de Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, el “contratista, dentro de los seis primeros meses de vigencia del contrato, deberá

⁵ Diccionario panhispánico del español jurídico. Consultado en: <https://dpej.rae.es/>

⁶ Ley de Minería: Arts. 26 y 27; Código Orgánico del Ambiente: Arts. 172, 173, 177, 178, 179 y 180.



efectuar un estudio de impacto ambiental (...)”⁷. Es decir, **los procesos de licitación, adjudicación de campos y firma del contrato ocurren antes de la emisión de un Estudio de Impacto Ambiental.**

También es importante señalar que la normativa comparada internacional⁸ se refiere a los Estudios de Impacto Ambiental como una sola figura frente a actividades antrópicas de cualquier impacto, siendo probable que la jurisprudencia interamericana también lo haga. En Ecuador no es así. Es obligación del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, mediante un catálogo⁹, medir el nivel de impacto de “los proyectos, obras o actividades existentes en el país que deban regularizarse” y determina con esa base qué tipo de “permiso ambiental”¹⁰ es requerido. No todos los permisos ambientales requieren de un Estudio de Impacto y, adicionalmente, la legislación técnica separa las fases de la minería industrial, tratándolas de manera diferenciada, facilitando que se distribuyan en varias categorías del citado catálogo. Lo mismo ocurre con las fases hidrocarburíferas, que deben recibir la aprobación de la Autoridad Ambiental Nacional individualmente.

Ni las leyes orgánicas que regulan estas materias, ni los Reglamentos Ambientales de Actividades Hidrocarburíferas y Mineras, que cabe decir no son las únicas actividades que puedan afectar a territorios e identidad cultural de pueblos indígenas, contemplan los impactos que su desarrollo tenga sobre pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y mestizas. La legislación secundaria y técnica ambiental, tampoco.

La consulta debe ser realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo

De acuerdo con las disposiciones del Convenio 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.”

⁷ Art. 25, Reglamento para aplicación de Ley Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos.

⁸ Asociación Interamericana de Defensa del Ambiente. Buenas Prácticas a nivel Mundial para los Estudios de Impacto Ambiental (EIA). Una Guía para las políticas públicas en América Latina y El Caribe, págs. 1-4. Disponible en: <https://aida-americas.app.box.com/s/cq0vhmiobbezda78e10r1n275xfqywtm>

⁹ Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica. Catálogo de Categorización Ambiental (CCAN). Última versión disponible en línea: http://maetransparente.ambiente.gob.ec/documentacion/Cat%C3%A1logo_Categorizaci%C3%B3n_Ambient_al_Nacional_028.pdf

¹⁰ Art 172, Código Orgánico del Ambiente.



La Corte determinó que “es inherente a toda consulta (...) el establecimiento de un clima de confianza mutua y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades, que son contrarias a los estándares internacionales.”

De igual manera, la Corte enfatizó que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo a la empresa privada o a terceros, mucho menos a la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. Señaló que los actos de “socialización” o de búsqueda de “entendimiento” **no satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida.**

La consulta debe ser adecuada y accesible

Sobre este asunto la Corte estableció que los procesos de consulta deben ser culturalmente adecuados: a través de sus instituciones representativas y el respeto a las formas indígenas de decisión.

Debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto **no hay un único modelo de procedimiento apropiado**, el cual debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como, contextualmente, de la naturaleza de las medidas consultadas.

2.4. Recientes estándares interamericanos sobre la consulta previa, libre e informada.

Desde el caso Sarayaku vs. Ecuador, la Corte Interamericana ha avanzado en el contenido de estándares sobre el derecho a la consulta:



Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras¹¹

En esta ocasión la CorteIDH determinó que el Estado debe garantizar la consulta previa, mediante la participación **en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto** que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, otorgándole el espacio para que la comunidad pueda **influir en el proceso de adopción de decisiones**. Especialmente, la consulta debe ser aplicada con anterioridad a cualquier programas de prospección o proyecto de **exploración** que pueda afectar el territorio tradicional de las comunidades indígenas o tribales.

En el 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.

La Corte recordó que la consulta además de constituir una obligación convencional es también un principio general del derecho internacional, que los Estados deben de cumplir, independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación, por lo que la exigencia consiste en que el Estado cuente con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta en estos casos, sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras¹²

La obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales está en relación directa con la obligación general del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 1.1 de la Convención. Esto implica el deber del Estado de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a las comunidades indígenas y tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

¹¹ CorteIDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, párrs. 216, 217 y 222.

¹² CorteIDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, párrs. 159 y 160.



PLATAFORMA POR EL ACCESO A LA JUSTICIA
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA



En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y tribales no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdo que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.

III. FIRMA Y NOTIFICACIONES

Futuras notificaciones serán recibidas en el correo electrónico: carlaluzuriagas@gmail.com

Suscribo atentamente,

Carla Luzuriaga Salinas.
C.C. 1150409249