

# **HONORABLES MIEMBROS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**Asunto:** Escrito de Amicus Curiae para el proceso Nro. 98-21-IN que demanda la acción pública de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nro. 95, expedido el 7 de julio de 2021.

**GABRIELA NATHALY ANDRADE CARDOSO**, ecuatoriana, por mis propios y personales derechos, someto ante la Honorable Corte Constitucional del Ecuador el presente escrito de Amicus Curiae en el marco del proceso 98-21-IN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de someter a su consideración algunos argumentos jurídicos sobre la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nro. 95, expedido el 7 de julio de 2021, que se encuentra en su conocimiento, por lo que, respetuosamente comparezco ante usted y manifiesto lo siguiente:

## **I. NATURALEZA DEL AMICUS CURIAE**

Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de Amicus Curiae en favor de una determinada pretensión o contenido de una de las partes procesales que se encuentre dentro de un proceso judicial.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”) dispone:

Art. 12.- “Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.” La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre esta institución y señala: “es una herramienta que permite a personas ajenas a un proceso judicial, aportar con criterios jurídicos sobre un punto determinado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“[...] Los amicus curiae son presentaciones de terceros ajenos a la disputa que aportan a la Corte argumentos u opiniones que pueden

servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma”.

Es menester señalar a esta Honorable Corte lo emblemático que representa este caso, no solo para el Estado Ecuatoriano, sino para toda una comunidad internacional, que de manera progresiva se ha ido adhiriendo a normas internacionales de protección de los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y de establecer limitaciones a la exploración y explotación en zonas habitables por dichas comunidades.

En este sentido, y entendiendo la complejidad que el presente caso concierne, se expone en el presente documento un breve resumen de lo que establece el Decreto Ejecutivo Nro. 095, para posteriormente establecer la normativa nacional e internacional referente a los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada.

## **II. HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 95, expedido el 07 de julio de 2021 por el Presidente Constitucional de la República, Guillermo Lasso Mendoza, se decretó expedir la Política de Hidrocarburos a través de un Plan de Acción Inmediato para el desarrollo del sector hidrocarburífero para los próximos cien días, contados a partir de la expedición de dicho Decreto.

El objetivo de dicho Plan es optimizar los ingresos estatales, para lo cual, por una parte debe incrementarse la producción de hidrocarburos, de una “manera racional y ambientalmente sustentable”; y por otra parte, reducir ineficiencias y costos en las áreas de industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos.

En este sentido, mediante Acuerdo Ministerial de 16 de julio de 2021, suscrito por el Ministro José Bermeo, publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento Nro. 556 de 12 de octubre de 2021, a través del cual, basándose en lo que señala el litera *a* del artículo 4 del Decreto Ejecutivo Nro. 95, se estableció la obligación del Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables para implementar las políticas públicas y normativa que sea necesaria, con la finalidad de que permita atraer la inversión privada para participar en las distintas áreas de la actividad hidrocarburífero.

De la misma manera, en otro de sus Considerandos, se señala la necesidad de actualizar la normativa que permita generar las condiciones para incrementar la producción de hidrocarburos de una manera racional y ambientalmente sustentable, y por otro lado, reducir ineficiencias y costos, derogando el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, expedido mediante Acuerdo

Ministerial Nro. 01 de 05 de enero de 2018, publicado en el Registro Oficial Nro. 254 de 02 de febrero de 2018.

El Reglamento al que se hace mención, entró en vigencia posterior a la expedición del Decreto Ejecutivo 95, y fue expedido mediante Resolución Nro. ARCERNR-024/21, publicado en el Registro Oficial Sexto Suplemento Nro. 514 de 12 de agosto de 2021.

En el artículo 2 de dicho Reglamento se establece el ámbito de aplicación, en el cual se estipula lo siguiente:

*“a todas las Operaciones de Hidrocarburos en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera como son: exploración, explotación, transporte, almacenamiento, industrialización, refinación, comercialización de hidrocarburos, biocombustibles y sus mezclas, y demás actividades técnicas, operaciones y económicas relacionadas con la industria del sector de hidrocarburos”.*

Regulándose diferentes procedimientos a través de actos de menor jerarquía, los cuales tuvieron que haber sido regulados en reformas legales.

Una vez expuestos los hechos derivados de las normas publicadas, se procederá a realizar un análisis legal sobre el derecho a la consulta previa, libre e informado, el mismo que fue vulnerando al haber sido emitido el Decreto Ejecutivo Nro. 95, dado que no se tomó en cuenta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para la exploración y explotación de sus territorios ancestrales.

### **III. ANÁLISIS LEGAL**

#### **3.1 Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada**

Este derecho es importante y trascendental para el ejercicio de los derechos colectivos en el Ecuador. A través de la consulta previa se cumple con el deber primordial del Estado de defender el patrimonio natural y cultural, proteger el medio ambiente, promover la participación ciudadana, entre otros.

Lamentablemente, desde la inclusión de este derecho en el derecho positivo del Estado ecuatoriano en 1998 y con la expedición de la constitución del 2008, no se ha conseguido su plena garantía dentro de la práctica administrativa y judicial pese a los constantes intentos de las organizaciones indígenas y la sociedad civil en general.

El Convenio 169 de la OIT reconoce a este derecho en su artículo 6, indicando lo siguiente:

*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;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

*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”.*

Dentro de la normativa interna del Estado Ecuatoriano, en la Constitución del 2008, artículo 57, se establece lo siguiente:

*“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.*

*[...] 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas*

*que les conciernen, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.*

*17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. [...]”*

Al estar este derecho reconocido en normas internacionales y en la normativa interna del Ecuador, se puede colegir que en el Decreto Ejecutivo Nro. 95 no se menciona ni se explica que haya existido algún proceso de consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que potencialmente serían afectadas, concluyendo que hasta la presente fecha no se ha realizado ningún proceso de consulta que garantice su participación en el Decreto.

Asimismo es menester recalcar cual es el verbo rector que determina el deber de consultar a los pueblos, que es “poder afectar” (Constitución, artículos 57.7 y 57.17) o “ser susceptible de afectar” (OIT 169, artículo 6), entendiéndose que es suficiente con que exista una posibilidad de que ocurra alguna afectación, no probabilidad ni certeza, para que se configure el deber estatal de consultar.

Dicho criterio también es compartido por esta Honorable Corte, en su sentencia No. 20-12IN/20 de 01 de julio de 2020, en el que establece que procede una consulta pre legislativa previo a la emisión de toda medida legislativa o administrativa que tenga la potencialidad de afectar derechos colectivos.

### **3.1.1 Fuentes del derecho a la consulta previa en el Ecuador**

Conforme se ha estipulado anteriormente, el artículo 57 de la Constitución de 2008 establece que el Estado ecuatoriano, además de los derechos reconocidos en forma expresa, reconoce los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas contenidos en *“pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”*.

Del artículo 57 se desprenden tres fuentes de derecho internacional de rango constitucional en materia de derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas: (i) los tratados internacionales (pactos y convenios); (ii) las declaraciones internacionales de derechos; y (iii) los demás instrumentos internacionales.

Respecto a los tratados internacionales, se entiende que se encuentra incorporado a la Constitución el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual fue ratificado por el Estado Ecuatoriano en 1998.

La segunda fuente de derecho internacional son las declaraciones, estando vigente la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuyo debate participó el Ecuador, que además votó por su aprobación. Esta Declaración contiene el derecho al consentimiento libre, informado y previo, que no fue reconocido de forma expresa en la Constitución de 2008, coligiendo que este derecho se encuentra reconocido en la normativa interna de nuestro país.

La tercera fuente se refiere a “los demás instrumentos internacionales de derechos humanos”, siendo la misma demasiado amplia, por lo que, en aplicación al principio *Pacta Sunt Servanda*, se debe entender que dichos instrumentos internacionales serán los emitidos por instancias de las cuales Ecuador es parte por medio de un tratado ratificado o una declaración aprobada, como pueden ser los siguientes:

- (i) Las observaciones generales y los informes de las relatorías del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en virtud de que Ecuador es parte de los dos pactos internacionales de derechos humanos.
- (ii) Las resoluciones de los Comités de quejas de la OIT sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.
- (iii) Los informes de la CIDH y de las observaciones generales y sentencias de la Corte IDH, en virtud de que Ecuador es parte de la CADH, del Protocolo de San Salvador y de todos los demás tratados que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, de lo mencionado anteriormente, esta Honorable Corte debe considerar al momento de emitir su dictamen, las siguientes sentencias resueltas por la Corte IDH, siendo estas: casos Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, Comunidad indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay, Pueblo Saramaka vs. Surinam, Comunidad Moiwana vs. Surinam, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Yatama vs. Nicaragua, Aloeboetoe vs Suriname y Pueblo Saramaka vs. Surinam,

En dichas sentencias, la Corte IDH realiza una interpretación de las disposiciones de la CADH, en el cual se desprenden derechos específicos de los pueblos indígenas, los cuales estarían integrados al ordenamiento jurídico del Estado con rango constitucional.

Cabe señalar además que, según el artículo 424 de la Constitución, en materia de derechos humanos, entre una norma constitucional y una de derecho internacional, será aplicable la norma que establezca un estándar más favorable.

La normativa infra-constitucional no se encuentra acorde, además, a los derechos reconocidos mediante las fuentes de derecho internacional, en especial el derecho al territorio y al consentimiento libre, informado y previo, lo que, además de configurar una violación al artículo 2 de la CADH, podría ser considerado por la CIDH y la Corte IDH, dentro de peticiones individuales, como violaciones a los artículos 4 y 21 de la CADH por la sola aplicación de dicha normativa

### **3.1.2 Características que debe cumplir el Derecho a la Consulta Previa**

La justificación de las disposiciones constitucionales y convencionales mencionadas se sustenta en que los pueblos indígenas mantienen una relación especial con su territorio, diferente a la desarrollada por la visión occidental.

Existe un profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que estos pueblos mantienen con su territorio, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

El Estado, por tanto, está en la obligación de respetar esta diferencia y de implementar medidas que sean respetuosas de su condición particular, otorgándoles la posibilidad de decidir acerca del destino de las áreas que conforman sus territorios, mediante mecanismos participativos, democráticos y pluralistas, como la consulta previa.

La obligación constitucional y convencional de implementar un mecanismo de consulta previa en estos casos, implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y el poder público, de tal forma que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente y de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

Los estándares fijados por los instrumentos internacionales y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecen que la consulta debe ser previa, informada, accesible y de buena fe.

Al respecto, me permito indicar a que se refiere cada una de las características de una consulta previa.

- a. *La consulta debe tener carácter previo.*- El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT señala claramente que los gobiernos deberán establecer procedimientos de consulta a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

Sobre lo manifestado, la Corte IDH, en el caso Pueblo indígena de Sarayacu vs. Ecuador ha determinado, de forma precisa, que se debe consultar en las

primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no más adelante. De igual manera, tampoco se debe consultar únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.

- b. *La consulta debe ser informada.* - La consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento pleno del plan propuesto y de sus posibles riesgos ambientales, sociales y de salubridad, lo cual requiere que el Estado brinde información precisa, completa y suficiente, e implica también una comunicación constante.

De esta forma, se pretende que los comuneros puedan evaluar si aceptan la propuesta de prospección o explotación de recursos, con conocimiento y de forma voluntaria.

- c. *La consulta debe ser accesible y adecuada.* - Las consultas a pueblos indígenas deben ser implementadas a través de procedimientos culturalmente adecuados, es decir, ajustados a las tradiciones y creencias de cada comunidad.

En este sentido, no se puede afirmar que exista un único modelo de procedimiento apropiado, sino que cada consulta debe considerar contextualmente las circunstancias nacionales y las de la comunidad de la que se trate.

- d. *La consulta debe ser de buena fe.* - Las consultas deben ser desarrolladas de buena fe, con la finalidad sincera de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento acerca del proyecto propuesto, por lo que, la consulta no debe configurarse como un mero trámite formal sino, como lo ha concebido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas*”.

La buena fe, por tanto, es incompatible con cualquier tipo de coerción por parte del Estado, de sus agentes o de quien haga sus veces, ejercido contra los miembros de la comunidad.

En el análisis del Decreto Ejecutivo Nro. 95 y las actuaciones que se emplearon con base a dicho Decreto, en relación a la normativa internacional y nacional, se desprende que el estado Ecuatoriano no tiene evidencia alguna de que se hayan cumplido los parámetros constitucionales e internacionales para garantizar el derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esto es la, consulta previa, libre e informada.

Dado que, para que se garantice este derecho fue necesario que previo a emitir el Decreto, se analicen las potenciales afectaciones a los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades al pretender incrementar la producción de hidrocarburos, así como también el garantizar y cumplir con las consultas que hubiesen sido necesarias, actuando de buena fe.

#### **IV. PETICIÓN**

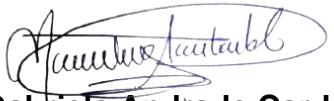
Por todo lo manifestado anteriormente, se solicita a esta Honorable Corte Constitucional del Ecuador, lo siguiente:

5.1 Se tomen en cuenta los criterios desarrollados en este Amicus Curiae, y, por lo tanto, se acepte la Acción de Inconstitucionalidad de la referencia, declarando la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo Nro. 95.

#### **V. NOTIFICACIONES**

Notificaciones que me correspondan las recibiré en el correo electrónico gabynathaly@outlook.com.

Atentamente,



**Abg. Gabriela Andrade Cardoso**  
**ABOGADA**