



SEÑORES JUECES DE LA CORTE PROVINCIAL DE AZUAY

Ref: Amicus Curiae dentro de la Acción de Protección No. 01333-2018-03145

El art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) contempla la posibilidad de que terceros comparezcan a procesos de acciones constitucionales, como es la presente, para presentar un *amicus curiae* que tiene como finalidad exclusiva el aportar elementos jurídicos para salvaguardar de mejor manera todos los derechos reconocidos en la Constitución.

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos -Inredh-, es una organización ecuatoriana no gubernamental ni partidista, reconocida por el gobierno ecuatoriano mediante acuerdo ministerial N° 5577 del 28 de septiembre de 1993, que trabaja por la promoción y defensa de los derechos humanos. Desde hace más de 20 años, Inredh, a través del acompañamiento de casos y el litigio estratégico nacional e internacional, trabaja por el respeto y la exigibilidad de los derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas y derechos de las personas privadas de libertad, entre otros.

Por lo anterior, y entendiendo la complejidad que el presente caso atañe, como organismo de derechos humanos comparecemos a la presente causa como Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos –INREDH, a través de nuestra abogada Gabriela Flores Villacís con Mat. 17-2014-91 del Foro de Abogados de Pichincha, y remitimos la siguiente información que contiene normativa nacional y estándares internacionales sobre el derecho a la Consulta Previa libre e informada.

I. Derecho a la Consulta previa, libre e informada

1. Vigencia del derecho a la Consulta Previa en el Ecuador

La institución de la consulta previa es de vital importancia 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.

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. Este esfuerzo ha quedado plasmado en varias resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional, de la actual Corte Constitucional así como en la propia inclusión del derecho a la consulta previa en la Constitución de 1998, en la actual Constitución y en la ratificación del Convenio 169 de la OIT.



El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas aparece en el derecho positivo ecuatoriano el 15 de mayo de 1998 con la ratificación por parte de Ecuador del Convenio 169 de la OIT, el cual recoge dicho derecho en los siguientes términos:

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.

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.

El derecho a la consulta previa fue recogido por primera vez en el régimen constitucional ecuatoriano en la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998. Luego a pesar del impulso de la sociedad civil ecuatoriana, la Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador no recogió el consentimiento informado previo en la Constitución vigente desde el lunes 20 de octubre de 2008, sin embargo se amplió el reconocimiento del derecho en los términos del convenio 169, en cuanto a la consulta pre-legislativa, el texto actual de aplicación directa conforme a lo prescrito en el mismo texto constitucional, es el 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 conciernan, 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.[...]

En los 10 años de vigencia de la Constitución de 1998 no existió regulación legal a pesar de ser mandato constitucional. La Constitución de 1998 en su artículo 141 de la Constitución, establecía reserva de Ley para ciertas materias; entre ellas “1.- Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución.” La misma carta magna determinaba, en su artículo 142(3), que “serán leyes orgánicas (...) las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”.

Dichas leyes tienen un procedimiento especial para ser promulgadas, por parte del Congreso Nacional, el Art. 143 (3) de la Constitución prescribía que “Las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas, derogadas o interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional.”

El constituyente sometió a la regulación del legislador el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, por su trascendencia para el convivir social, pues se considera que deben ser objetos de regulación por una norma formada conforme al procedimiento determinado para el Poder Legislativo, cuyos integrantes son los representantes directos del titular de la soberanía que es el pueblo.

Para la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión “ley” dentro de la formulación de un derecho se refiere a la “[...] norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegido, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de Leyes¹”.

El órgano legislativo contemplado en la Constitución de 1998, el Congreso Nacional, tenía el deber y la atribución de “expedir reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”². Por lo que, tratándose de regular y garantizar el

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 38.

² Constitución de 1998, Art. 130 (5).



ejercicio de un derecho fundamental era necesario que el Congreso Nacional expida una ley conforme el procedimiento y las normas que regulan ésta facultad. Sin embargo, y como ampliaremos en el siguiente apartado, se expidieron dos reglamentos para regular el ejercicio del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas sin que tengan sustento en una ley orgánica.

Estos reglamentos no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos fundamentales, ya que no fueron dictados por el órgano legislativo constitucionalmente competente (el único órgano competente era el Congreso Nacional), ni elaborada con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas).

La única referencia contenida a la consulta previa dentro de la legislación ecuatoriana la encontramos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, aún vigente:

Art. 28.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.

Art. 29.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes.

Estos artículos hacen referencia expresa a la consulta previa en materia ambiental contenida en la Constitución. Por lo que podemos concluir que nunca se emitió la legislación necesaria para el ejercicio del derecho a la consulta previa de las nacionalidades indígenas, por lo que esta deuda pasa a la nueva Asamblea Nacional, con el agravante de que dicha ley deberá dar contenido al derecho a la consulta previa al definir los efectos jurídicos de la falta de consentimiento, acto que hasta la fecha no se ha realizado.

2. Fuentes del derecho a la consulta previa en el Ecuador



Como ya se mencionó 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 justicia constitucional ecuatoriana ha reconocido al Convenio de la OIT de manera tímida, así encontramos referencias al mismo en los considerandos de resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional pero no en la *ratio decidendi* de las mismas.

La segunda fuente de derecho internacional son las declaraciones, en esta materia la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuyo debate participó el Estado de 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 (sino como fin deseable de la consulta previa) en la Constitución de 2008, se entiende entonces que dicho derecho se encuentra vigente en nuestro país³.

La tercera fuente es la más problemática, la expresión "los demás instrumentos internacionales de derechos humanos" en muy amplia y se entiende que excluye a las anteriores (tratados y declaraciones). En virtud del principio *pacta sunt servanda*, y realizando una interpretación conservadora de esta norma, se entendería que estos instrumentos internacionales serán los emitidos por instancias de las cuales Ecuador es parte por medio de un tratado ratificado o una declaración aprobada: (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 CorteIDH, en virtud de que Ecuador es parte

³ David Cordero Heredia, "Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Ecuador", Quito, 2009.



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.

De lo antes expuesto cobran especial importancia las sentencias de los casos *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, *Comunidad indígena Yakye 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. Surinarn*, de la Honorable Corte Interamericana en las que mediante la interpretación de las disposiciones de la CADH 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. 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.

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 el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del 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. Tampoco se debe consultar únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.

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.

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.

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. En este sentido, 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.

II. Solicitud

Conforme lo establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicitamos:

1. Se acoja el razonamiento técnico jurídico de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH en calidad de *Amicus Curiae*.



III. Notificaciones

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla judicial número 3264 del Palacio de Justicia, o a su vez en los siguientes correos electrónicos: garantias@inredh.org; proteccion@inredh.org; y legal@inredh.org

Atentamente,

Ab. Gabriela Flores

MAT: 17-2014-91