

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador



CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Acción Constitucional de Protección
Caso No. 273-19-JP

Amicus Curiae

**“Estándares Internacionales sobre el Derecho al
Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos
Indígenas”**

**Washington, D.C.
4 de diciembre de 2021**

Información de la organización firmante del amicus curiae

Due Process of Law Foundation (DPLF) / Fundación para el Debido Proceso

DPLF es una organización no gubernamental con sede en Washington, D.C., dedicada a promover el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina, mediante la investigación aplicada, las alianzas estratégicas con actores de la región y actividades de cabildeo. La finalidad de nuestro trabajo es lograr un pleno respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos, bajo el marco de referencia de las normas y los estándares internacionales

Sitio Web: www.dplf.org

Tabla de Contenidos

Sección	Página
1. Sobre el instituto del <i>amicus curiae</i> y el interés de la organización firmante de este escrito	3
2. Introducción y resumen de los hechos del caso	3
3. Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado	4
4. Obligatoriedad de la obtención del consentimiento indígena	7
6. Conclusiones y recomendaciones	9

1. Sobre el instituto del *amicus curiae* y el interés de la organización firmante de este escrito

El presente escrito se enmarca en la tradición jurídica conocida como *amicus curiae*. Se trata de un instituto que remonta al Derecho Romano y cuyo significado literal (“amigo de la corte”) denota el propósito para el cual fue concebido: proporcionar subsidios sobre los hechos o *de iure* a un tribunal, para una mejor solución de una controversia¹. Desde sus orígenes, el instituto del *amicus curiae* se ha consolidado como una herramienta ciudadana de maximización de principios y valores compartidos por una comunidad jurídica. Con la consolidación de los Estados Democráticos de Derecho y su inmersión en el proceso de universalización de los derechos humanos, el mencionado instituto pasó a trascender el ámbito doméstico de construcción doctrinal y jurisprudencial del Derecho.

Actualmente, el instituto del *amicus curiae* se encuentra incorporado en la práctica jurisdiccional de la mayor parte de los altos tribunales latinoamericanos. De igual manera, la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, entre otros tribunales y cortes internacionales, consagran expresamente en sus reglamentos o estatutos, o a través de una práctica consolidada, la intervención de *amici curiae*. También en el ámbito de los tribunales arbitrales con competencia para resolver controversias sobre tratados de inversión y libre comercio; así como los tribunales penales *ad hoc*, tales como los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial para Sierra Leona, es una práctica regular la intervención de *amici curiae*².

Dada la amplia producción bibliográfica de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF en sus siglas en inglés) sobre los estándares internacionales en materia de derecho de los pueblos indígenas, y teniendo en cuenta la trascendencia jurídica y social del caso sometido a la jurisdicción de la Corte Constitucional del Ecuador, confiamos en que este *amicus curiae* será admitido y que los y las Honorables Magistradas tomarán en cuenta los argumentos de hecho y de Derecho expuestos a continuación.

2. Introducción y resumen de los hechos del caso

El presente *amicus curiae* guarda relación con una acción de protección presentada por la Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo de Sucumbios y por Mario Pablo Criollo Quenama, presidente de la comunidad A 'I Cofan de Sinangoe (en adelante también los accionantes), en contra del Ministerio de Energía y Recursos

1 Scourfield McLauchlan, Judithanne, Congressional Participation As Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court. LFB Scholarly Publishing (2005), p. 266.

2 Vide, ao respeito, Pascual Vives, José Francisco, EL DESARROLLO DE LA INSTITUCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. Revista Electrónica de Estudios Internacionales (2011), disponible em: www.reei.org/index.php/.../Estudio_PASCUAL_FcoJose.pdf

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

Naturales no Renovables, la Agencia de Regulación y Control Minero, el Ministerio de Ambiente, la Secretaría Nacional del Agua y la Procuraduría General del Estado.

La acción plantea, en lo pertinente, que, al haber otorgado veinte concesiones mineras y al encontrarse en trámite otras treinta y dos solicitudes de concesión susceptibles de afectar directamente a los derechos territoriales de la comunidad indígena A'Í Cofan de Sinangoe, el Estado ecuatoriano incumplió la obligación de obtener su consentimiento previo, libre e informado. Asimismo, se alga que tal situación se ha agravado con la presencia de mineros ilegales, cacería y tala no autorizada en el territorio de la referida comunidad, afectando gravemente las formas de sus integrantes. Por lo anterior, los accionantes demandan la suspensión de los trámites administrativos de concesión minera y requieren dejar sin efecto los títulos mineros ya otorgados.

Tras el conocimiento de la controversia en primera y en segunda instancia, el 21 de octubre de 2019 la Sala de Selección de la Corte Constitucional del Ecuador decidió atraer el caso, encontrándose pendiente un pronunciamiento final, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Entre las diversas controversias jurídicas deducidas en el caso, el presente amicus curiae abarca los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada y en la obligatoriedad de la obtención del consentimiento de la Comunidad A'Í Cofán de Sinangoe frente a cualquier tipo de actividad minera de gran escala, que implique el empleo de sustancias tóxicas o que conlleve al riesgo de desplazamiento.

3. Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante también SIDH), el derecho de propiedad, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), “protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”³. Con base en ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido salvaguardias especiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

³ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. párr. 111.

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

- 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) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de los pueblos indígenas;
- 4) 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;
- 5) 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 calidad⁴.

La Corte IDH ha establecido que, además de los requisitos comúnmente aplicados en la restricción de la propiedad individual (legalidad, necesidad y estricta proporcionalidad), las restricciones derivadas de la concesión de actividades económicas que afecten a los pueblos indígenas no deberán poner en peligro la integridad cultural de la comunidad respectiva y, en última instancia, su supervivencia como pueblo culturalmente diferenciado⁵.

Como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’”. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física⁶. En sentido similar, para la CIDH, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del

4 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de agosto de 2010. Serie C. 214, párr. 109. Véase igualmente Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C. 124, párr. 209; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151 y 153. Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 117.

5 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 37.

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo [indígena] con su territorio y su cultura”⁷.

La Corte IDH ha establecido tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales, en los términos señalados, frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales. Tales garantías específicas consisten en:

- a) asegurar la participación efectiva del pueblo y sus miembros en la toma de la decisión de conformidad con sus costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, y obtener su consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena;
- b) garantizar que el pueblo y sus miembros se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- c) garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental⁸.

Con tal fin, los Estados deben llevar a cabo procesos de consulta libre e informada, de buena fe, antes de autorizar cualquier actividad económica que afecte a los territorios de los pueblos indígenas y tribales. La jurisprudencia del SIDH ha establecido también que la consulta debe realizarse “de conformidad con las costumbres y tradiciones” de los pueblos indígenas⁹.

Según ha establecido la Corte IDH, los Estados deben garantizar que los miembros de las comunidades indígenas se beneficien razonablemente de estas actividades¹⁰ y que no se otorgue ninguna concesión hasta que una entidad independiente y

⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 29.

⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 157.

⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159-167.

¹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139.

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

técnicamente capaz que actúa bajo supervisión del Estado haya realizado una evaluación previa del impacto social y ambiental del proyecto¹¹.

4. Obligatoriedad de la obtención del consentimiento indígena

Tanto la CIDH como la Corte IDH se han referido de manera constante a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en especial al derecho al territorio y su relación intrínseca con el derecho al consentimiento. De acuerdo con la CIDH, el consentimiento debe:

“(…) interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales en relación con la ejecución de planes de desarrollo e inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”¹².

Se trata pues de un “deber limitado de obtener el consentimiento libre, previo e informado”¹³, done el consentimiento no puede ser circunscripto solamente como un objetivo del proceso de consulta, sino un verdadero derecho fundamental.

La Corte IDH ha establecido una serie de circunstancias bajo la cual el consentimiento es exigible cada vez que el Estado tome decisiones o medidas que afecten los territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. Adicionalmente, la Corte ha establecido una serie de circunstancias en donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas por parte del Estado es de obligatorio cumplimiento.

Esas circunstancias o supuestos del consentimiento como mandatorio guardan estricta relación con los proyectos de inversión de gran impacto, así como de los casos de desplazamientos territoriales de los pueblos indígenas, los que detallaremos a continuación.

11 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

12 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre de 2009, párr. 332.

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CIDH, Washington, 2010, pág. 125.

a. Proyectos de inversión de gran impacto

Sobre este supuesto, la Corte IDH ha señalado 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”¹⁴.

Cuando la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales amenace con el despojo de su territorio a los pueblos indígenas, así como de los recursos naturales para la subsistencia de los mismos, requiriendo *per se* el consentimiento de éstos.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “algunas actividades pueden considerarse *prima facie* a gran escala, como las grandes explotaciones mineras [...]”¹⁵. Asimismo, ha precisado que existen “evidentes diferencias entre pequeñas actividades mineras y los grandes tajos propios de la 'megaminería', que implica la remoción de altas cantidades de materia por año y la afectación de una amplia superficie”, actividades que constituirían proyectos de gran impacto.

b. Desplazamiento territorial

El desplazamiento es una medida excepcional para llevar a cabo proyectos de inversión dentro de los territorios indígenas, debido a que sus efectos principales

[...] “comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”¹⁶.

Consecuentemente, el Estado tiene el deber de garantizar el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Al respecto el Art. 16.2 del Convenio 169

14 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133

15 CIDH. *Informe sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 de diciembre de 2015. párr. 187.

16 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 135.

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

de la OIT señala que “cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.”

Concordemente el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que añade lo siguiente:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. **No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas** interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso (enfaticado añadido).

En su informe titulado “Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, exploración y desarrollo”, la CIDH abordó detalladamente los supuestos que requieren el consentimiento de los pueblos afectados. Allí, la CIDH ratificó la posición de la Corte IDH en el caso Saramaka vs. Surinam, en el sentido de que los proyectos a gran escala deben ser precedidos no solo de la consulta, sino del consentimiento del pueblo indígena o tribal afectado.

En el mencionado documento, la CIDH desarrolló pautas para definir a un proyecto como “a gran escala”, a partir de la magnitud del proyecto, volumen e intensidad de la afectación al territorio e impacto humano y social de la actividad. En este sentido, la CIDH mencionó expresamente la extracción de minerales, gas y petróleo como ejemplos de actividades a gran escala¹⁷.

Finalmente, cabe destacar que, de conformidad con los artículos 11.3, 417 y 426 de la Constitución ecuatoriana, los estándares internacionales descritos en el presente documento integran el bloque de constitucionalidad vigente en el país, por lo que instamos a la Honorable Corte Constitucional que resuelva la controversia del caso traído a su conocimiento a la luz de tales estándares.

5. Conclusiones y recomendaciones

Sobre la base de lo expuesto, respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional del Ecuador admita el presente escrito de amicus curiae y lo integre al expediente del caso *sub judice*. Asimismo, recomendamos que los y las magistradas constitucionales:

¹⁷ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, 31 de diciembre de 2015, paras. 185 a 193.

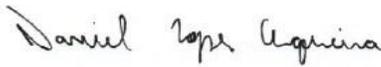
Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

Amicus Curiae “Estándares Internacionales sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado de los Pueblos Indígenas”

Caso 273-19-JP radicado en la Corte Constitucional del Ecuador

1. Interpreten los hechos objeto de controversia a la luz de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas aquí descritos.
2. Reconozcan la obligatoriedad de la obtención del consentimiento de la comunidad indígena A 'I Cofan de Sinangoe frente a los proyectos de extracción minera susceptibles de afectarles directamente.
3. Revoquen los títulos de concesión minera otorgados por las autoridades del Estado ecuatoriano y suspendan los procesos de concesión en curso, hasta tanto la referida comunidad indígena manifieste su consentimiento previo, libre e informado.
4. Tomen en cuenta la libre determinación de la comunidad indígena A 'I Cofan de Sinangoe, reconociéndoles el derecho de vetar cualquier tipo de concesión de actividades de exploración o explotación económica en sus territorios que sean incompatibles con sus modos de vida y que pongan en riesgo su supervivencia física y cultural.

Muy atentamente,



Daniel Cerqueira
Oficial de Programa Sénior
Fundación para el Debido Proceso



Katya Salazar
Directora Ejecutiva
Fundación para el Debido Proceso