
La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia No.001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados) Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de Minería

José García Cevallos*

Resumen

El presente artículo analiza el criterio de la Corte Constitucional del Ecuador, la misma que se encontraba en etapa de transición hasta que se conforme la Corte Constitucional definitiva. Éste organismo analizó la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) contra la Ley de Minería, dentro de la cual se establece varios aspectos que son analizados dentro del presente fallo, el carácter y naturaleza de la Consulta Previa colocándole no como un requisito formal previo a la expedición de una ley, sino como un derecho constitucional de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Palabras clave: Estado Constitucional, consulta pre legislativa, derechos colectivos, constitucionalidad condicionada.

Fecha de recepción: 30 de junio de 2014 | **Fecha de aprobación:** 15 de octubre 2014

* Especialista en Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia, Especialista y Magister en Derecho Administrativo UASB Sede Quito

Abstract

This article analyzes the approach of the Constitutional Court of Ecuador, the same that was in transition until the Constitutional Court as final. This organization analyzed the constitutional claim presented by the Confederation of Indigenous Nationalities of Ecuador (CONAIE) against the Mining Law, within which several aspects are analyzed within this ruling is set, the character and nature of prior consultation placing not as a formal prerequisite to the issuance of a law, but as a constitutional right of indigenous peoples and nationalities.

Keywords: Constitutional status, pre-legislative consultation, collective rights, conditional constitutionality.

I. Introducción

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia

La promulgación de la Constitución del 2008, conllevó a que en el Ecuador exista un cambio significativo en el marco constitucional, en lo concerniente a sujetos de derechos, crecimiento de las garantías constitucionales, nuevos operadores de justicia, en especial en el campo constitucional, etc.

La Constitución de la República, establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.¹ Un estado constitucional es la aproximación máxima a la que se ha llegado por parte de la civilización occidental, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es un perfeccionamiento de las anteriores formas de Estado que ha tenido el Ecuador.

Este avance constitucional referente a la nueva forma de Estado la señala Ramiro Ávila señalando: “el Estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el Estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales.”²

Así mismo García Falconí manifiesta:

“Hay que considerar que el Estado se funda con la nueva Constitución en nuevos valores-derechos que se consagran en esta Carta Política y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, del control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos constitucionales.”³

La Corte Constitucional en su sentencia interpretativa 001-08-SI-CC manifestó:

Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución;

¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 1

² Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en: Ávila Santamaría, Ramiro (Ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, 2008, p. 37.

³ García Falconí, José, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, 2008, p. 67

c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas Infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad y e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.”⁴

Este nuevo marco constitucional acarrea perfeccionamientos respecto del Estado de Derecho, donde se tenía como piedra angular que las actuaciones de la administración y los administrados, se encuentren apegadas a la norma legislativa, es decir predominaba el imperio de la ley, García Pelayo manifiesta: “El Estado Liberal asignaba derechos sin mención de contenidos y se limitaba a asegurar la justicia legal formal”,⁵ esto lo recoge Upegui al señalar:

“El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema.”⁶

64

Como puede observarse, el Estado de Derecho ha quedado atrás y se ha venido perfeccionándose a través del paso del tiempo en América Latina, si bien se mantienen principios propios de este sistema como es el principio de legalidad,⁷ éste ya no se considera el centro medular del sistema jurídico, pues como se ha señalado el constitucionalismo moderno ha ido incorporando nuevos elementos que deben ser acogidos tanto por operadores jurídicos, como entidades de la administración pública, entre los cuales tenemos: la Supremacía de la Constitución, la creación de órganos de control constitucional, la exigibilidad de los derechos sin que medie ley secundaria, en el caso ecuatoriano la eliminación clásica de la generación de derechos, el reconocimiento del principio de dignidad humana.

Sin embargo en el caso ecuatoriano, el respeto a los derechos humanos es uno de

⁴ Sentencia Interpretativa Corte Constitucional No. 001-08-SI-CC. R.O. Supl. No. 479, 02/12/08.

⁵ García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1989, p. 26

⁶ Upegui, Juan Carlos, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho: discurso jurisprudencial, elementos, usos*, Bogotá, 2009, p. 23

⁷ Constitución Política del Ecuador, Art. 226: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley(…)”

los deberes primordiales del Estado tal como se establece en la Constitución,⁸ por tanto esta es la piedra angular y por la cual el Estado debe adecuar sus actuaciones, a fin de lograr el buen vivir o Sumak Kawsay.

Toda esta nueva ingeniería constitucional ha permitido la instauración dentro de la estructura de la justicia y del control constitucional, de un órgano especializado para cumplir con este objeto, organismo que se convierte en una entidad de relevancia importantísima dentro de la creación de fuente del derecho, pues sus decisiones comienzan a tener fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico, en éste sentido la Corte Constitucional, viene a ser el órgano más importante dentro de la esfera constitucional en el Ecuador.

Modelo de Control Constitucional en Ecuador

El control constitucional, es la figura jurídica por la cual se establece que las actuaciones de los organismos del Estado, y las normas establecidas en el ordenamiento jurídico existente en un país, lleven la concordancia debida con la Carta Constitucional y de no ser así el organismo encargado del control, determinará su aplicación o no en el campo jurídico.

Carlos Bernal Pulido nos dice al respecto el control de constitucionalidad: “se trata de una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales.”⁹

Definitivamente en un Estado Constitucional, es necesario y fundamental contar con un control constitucional, pues es la única manera de que el Estado y todos sus organismos respeten la Constitución y por ende los derechos de sus administrados.

Gregorio Badeni señala al respecto: “el control de constitucionalidad es una función esencial que en el marco de la división de poderes constituidos, ha sido atribuida por la Ley Fundamental.”¹⁰

En Ecuador existe un modelo concentrado de control constitucional, por cuanto existe un organismo propio de esta actividad denominado Corte Constitucional, que al tenor de la Carta Magna señala que es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia,¹¹ en concordancia con lo establecido en el artículo 170 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control

⁸ *Ibíd.*, Art. 3, numeral 1 *Ibidem*, “Son deberes primordiales del Estado: 1) Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, 2005, p. 29.

¹⁰ Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Argentina, 2004, p. 862

¹¹ Constitución Política del Ecuador, Art. 429.

Constitucional,¹² que viene prácticamente a repetir el enunciado constitucional, esto evidencia la existencia de un control concentrado para conocer de manera especial y exclusiva los conflictos constitucionales.

Derecho a la Consulta

El derecho a la consulta, va ligado al ejercicio de participación que tienen los ciudadanos en la toma de decisiones como un mecanismo de democracia directa, en este sentido los Pueblos y Nacionalidades Indígenas al ser un grupo que goza de una protección adicional por su naturaleza, la herramienta de consulta previa, deviene en un protección a su identidad y cultura.

Jahncke y Meza señalan: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación de acuerdo con el régimen general de derechos humanos tradicional (...)”¹³

En el Tratado respecto a la Consulta Previa elaborado por la Fundación para el Debido Proceso señala: “los pueblos indígenas consideran que el consentimiento libre, previo e informado es un requisito indispensable de la consulta y una manifestación del ejercicio de su derecho a la libre determinación, definido en la normativa internacional de derechos humanos, que abarca todos los proyectos que los afectan.”¹⁴

66

Esta protección que tienen los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, no solo se han enmarcado en el ordenamiento jurídico nacional, sino su principal protección nace en esferas internacionales a través de varios instrumentos internacionales, como son: El Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Se evidencia a través de los instrumentos internacionales la importancia y la relevancia respecto al respeto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual obliga a que los Estados incorporen mecanismos jurídicos administrativos a fin de establecer procedimientos que protejan este derecho legítimo de consulta, dado que este derecho ya se encuentra reconocido en este tipo de instrumentos internacionales.

¹² Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 170: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional. Es un órgano autónomo e independiente de los demás órganos del poder público, tiene jurisdicción nacional y tendrá su sede en la ciudad de Quito.”

¹³ Jahncke Benavente, Javier y Meza, Rocío, *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*, Perú, 2010, p. 28

¹⁴ Fundación para el Debido Proceso, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Estados Unidos, 2011, p. 22

Procedimiento llevado a cabo en la Corte Constitucional del Ecuador respecto a la demanda de inconstitucionalidad a la Ley de Minería

Intervención de los legitimados activos en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería

La CONAIE a través de su Presidente Marlon Santi Gualinga, señaló dentro de su argumentación que la Ley de Minería no cumplió con un requisito formal que devenía en la consulta pre-legislativa pues ésta ley afecta derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo que se estaría desatendiendo el Art. 57, numeral 17 de la Constitución de la República, así como otras normativa constante en instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Respecto a la inconstitucionalidad de fondo que a juicio de los legitimados activos se estaba afectando, estos manifiestan que se afectó el principio de jerarquía constitucional, que existe una violación al derecho de los territorios que tienen los pueblos indígenas en tanto y en cuanto la Ley de Minería, establece posibilidad de prospección, posibilidad de establecer servidumbres y concesiones en territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual atentaría contra los principios de inalienabilidad e inembargabilidad de este tipo de tierras, pertenecientes a este grupo étnico.

Por lo tanto los legitimados activos demandan la expulsión del ordenamiento jurídico argumentando inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la Ley de Minería.

67

Intervención de los legitimados pasivos

Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional del Ecuador

El Arq. Fernando Cordero, Presidente de la Asamblea Nacional, estableció que en la Legislación Ecuatoriana el concepto de derechos colectivos únicamente se encuentra plasmada en la Constitución de la República y en la Ley de Propiedad Intelectual, lo cual no ha permitido que se pueda desarrollar de manera efectiva este tipo de derechos, donde no se puede establecer de forma clara quién es el titular de los mismos.

Así mismo manifestó que dentro del análisis y creación de la Ley de Minería, en la Comisión Especializada de Desarrollo Económico y Producción se recibieron observaciones de varios sectores de la sociedad entre ellos las comunidades indígenas y campesinas a través de la misma CONAIE.

Que la Ley de Minería es un instrumento jurídico para permitir la extracción de los minerales, que no puede pretenderse que en todas las fases que tiene la minería exista consulta previa.

Respecto a la posibilidad de concesión en la actividad minera ésta la considera válida pues permite que se ejecute los derechos de comercio, empresa y trabajo.

Contestación Procuraduría General del Estado

Esta institución que de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría, es la entidad que representa al Estado en los juicios interpuestos al mismo y a sus entidades, principalmente señaló que no existió violación a la consulta pre-legislativa por cuanto dentro de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Asamblea Nacional, se realizaron talleres-consulta sobre la Ley de Minería, incluso donde la CONAIE participó activamente en estas actividades.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad de fondo este organismo manifestó que el Estado es propietario de los recursos no renovables y que estos al ser explotados lo que busca y genera el mismo es el buen vivir de la población.

Al hablar de la imposibilidad de expropiación dentro del territorio indígena, éste organismo señaló que existe una clara salvedad con respecto a este tipo de territorios dada únicamente por excepción y con acuerdo de las máximas autoridades y previo una consulta.

Contestación de la Presidencia de la República

68 El Dr. Alexis Mera, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, sostuvo que la Ley de Minería mantiene conformidad con el texto constitucional, pues se ha respetado el principio de publicidad en la formación de la Ley, puesto que en los archivos legislativos la Comisión pertinente, recibió argumentos por parte de ciudadanos y ciudadanas entre ellas la misma CONAIE, que no existe Ley previa que regule la consulta, por lo tanto es necesario la expedición de normativa secundaria para la aplicación y regularización de este mecanismo establecido en la Constitución de la República.

Que la Constitución de la República ha establecido a los recursos no renovables la característica de estratégicos por lo tanto le corresponde al Estado Ecuatoriano la propiedad y el derecho sobre los mismos a fin de satisfacer el interés general conforme el principio del buen vivir, por lo tanto es permisible la declaratoria de utilidad pública a fin de preservar los derechos de los habitantes del Ecuador.

Respecto al tema de concesión para realizar actividades mineras, la Ley de Minería establece la característica de excepcional, por lo tanto obliga a la concurrencia de varios actos jurídicos para que pueda ser aplicada.

En lo referente a la conservación del medio ambiente dentro de la actividad minera, ésta Ley establece una serie de filtros que definen los medios para la obtención de una licencia de concesión minera, a fin de que no vea afectado el medio ambiente, pues siendo esta una actividad que conlleva un impacto ambiental, ésta debe ser mínima lo cual ha sido visto y observado en la Ley de Minería.

Así mismo señaló que la Ley de Minería cumplió con todos los principios constitucionales y principios establecidos en instrumentos internacionales que versan sobre la protección de los pueblos indígenas, por lo tanto no existe inconstitucionalidad de forma, ni de fondo.

Principales problemas jurídicos puestos a resolución de la Corte Constitucional del Ecuador

1.- ¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?

La Corte Constitucional en varias ocasiones ha dejado claro que la Constitución de la República tiene fuerza normativa así como aplicación directa, en este sentido nuevamente se deja afianzado esta característica al manifestar que:

“La Constitución del 2008, establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primería del derecho”.

69

Hoy por hoy no puede caber duda que la Constitución de la República es un documento que dejó de ser un simple ideario político o un documento de buenas intenciones que al final no tenía posibilidad de brindar soluciones a conflictos jurídicos.

En eso tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia tanto de esta Corte Constitucional, como la de otros países (Colombia, Perú), han sido enfáticas en proporcionar un carácter normativo al texto constitucional, lo que permite que no medie legislación secundaria para aplicar su contenido directamente a la resolución de problemáticas jurídicas.

2.- ¿Cuál es la naturaleza de la Consulta Pre-legislativa?

En este punto la Corte Constitucional realiza un análisis de fondo de cómo debe considerarse la consulta pre-legislativa, pues si bien a los ojos de la lectura de la Constitución de la República este vendría a ser un paso dentro del procedimiento de expedición de una ley,¹⁵ es decir un requisito de mera formalidad, la Corte Constitucional establece que no puede considerarse únicamente como un mero

¹⁵ Constitución Política del Ecuador, Art. 57, numeral 17: “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: 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.”

requisito formal, sino a su vez como un derecho de carácter sustancial, lo cual va sustentando en los otros problemas jurídicos que pone a discusión.

3.- ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos por la Constitución?

La Corte Constitucional primeramente esgrime una concepción de lo que son los derechos colectivos, manifestando:

“Estos derechos son atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial y no solo formal.”

Bajo esta conceptualización la Corte incorpora una clara diferencia entre los derechos colectivos y los derechos de grupos, pues si bien uno podría asimilar que son figuras similares, estos no lo son, por cuanto cada uno tiene características propias, es así que la Corte señaló respecto a los primeros (colectivos): “dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía”; en cambio respecto a los segundos (derechos de grupo), “estos son grupos de interés a los cuales les atribuye la posibilidad de ejercer acciones populares, acciones de grupo o acciones afirmativas, sin llegar a reconocerles la calidad de sujetos colectivos de derechos.”

A modo de ejemplo podemos decir que los sujetos “pensionados o jubilados” son un grupo de interés que al verse afectados en sus derechos, podrían plantear una acción popular, lo que no les convierte en sujetos de derechos colectivos.

La legislación colombiana ha establecido claramente lo que es una acción de grupo señalando: “son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.”¹⁶

Con esta primera diferenciación la Corte ecuatoriana estableció de manera taxativa:

- a)** Su titular es un sujeto colectivo autónomo, no una sumatoria de intereses y voluntades individuales;
- b)** Su contenido es concebido como una garantía de realización de la igualdad material de los grupos étnicos y culturales respecto de lo demás miembros de la sociedad.
- c)** La condición que determina la existencia del derecho colectivo no depende de la acción u omisión de sus titulares, sino que depende de la existencia de un poder jurídico de actuación autónoma de estos en caso de incumplimiento.

¹⁶ Ley 472 de 1998, Diario Oficial No. 43.357 de agosto 6 de 1998, Art. 3.

En este sentido y estableciendo claramente las claras diferencias entre derecho de grupo y derechos colectivos, la Corte Constitucional en su *Ratio Decidendi*, definió quién debe considerarse como legitimado activo para hacer valer los derechos colectivos, señalando: “(...) únicamente pueden ser las 15 nacionalidades indígenas y 16 pueblos que se encuentran distribuidos en nuestro país, para esto hace referencia a datos que tiene el Consejo de Desarrollo de las nacionalidades y pueblos del Ecuador –CONDENPE.

La limitación que realiza la Corte Constitucional respecto a la legitimación activa, abrió un gran debate de una posible limitación al ejercicio de accionar las garantías constitucionales, en virtud que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando habla de la figura de la legitimación activa, es bastante amplia en la posibilidad de activar las garantías constitucionales,¹⁷ sin embargo la Corte Constitucional ha sido enfática en definir de forma categórica quién es el titular de este tipo de acciones, por lo que únicamente estos son quienes pueden defender esta tipología de derechos.

4.- Diferenciación entre las Consultas Previas de los numerales 7 y 17 del artículo 57 y el artículo 398 de la Constitución de la República

La Corte Constitucional ecuatoriana, realizó una diferenciación clara entre el mecanismo de consulta establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República¹⁸ y el constante en el artículo 398 *ibidem*,¹⁹ en vista que uno de los

71

¹⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 9: Legitimación activa. - Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y, b) Por el Defensor del Pueblo. Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce. En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

¹⁸ Constitución Política del Ecuador, Art. 57, numeral 7: 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.

¹⁹ *Ibid.*, Art. 398: Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto

argumentos esgrimidos por parte de los legitimados pasivos, específicamente de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, es que existían mecanismos categóricos para la realización de la consulta popular, los mismos que se encuentran determinados en la misma Constitución de la República. Ante esto, la Corte estableció claramente las diferenciaciones entre una y otra al manifestar:

“(...) la consulta popular establecida en el artículo 104 de la Constitución como mecanismo de ejercicio de derechos de toda la *ciudadanía*; la consulta reconocida en el artículo 398 –*consulta en materia ambiental dirigida a la comunidad en general sin especificación o diferenciación alguna*, y las consultas previas, propias de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades (...) es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que debe dirigirse, y como se dijo en líneas anteriores, en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la *ciudadanía en general*.”

Con esta diferenciación se define que solo dos tipos de consulta entran en la categoría de derechos colectivos, en cumplimiento de lo determinado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT,²⁰ que son las consultas determinadas en el artículo 57, numerales 7 y 17 respectivamente.

72

consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

²⁰ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Art. 6, adoptado el 27 junio 1989, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1650, p. 383. 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; y, 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.

5.- ¿Se produjo las consultas previstas en los artículos 57 y 398 en la aprobación de la Ley de Minería?

Este punto es el más controversial de todos los que analizó la Corte Constitucional, por cuanto para llegar a dilucidar este problema jurídico, la misma realizó un análisis que partió desde la emisión de la Constitución de 2008, dado la transformación que se dio en el escenario jurídico constitucional que a decir de la Corte, fue un momento de transición, en tal virtud existía la obligación de la emisión de normativa por parte de la Asamblea Nacional y en razón de que no existe normativa legal que regule la consulta pre-legislativa, la Corte Constitucional realizó un juicio de constitucionalidad de las actuaciones dadas en la conformación de la Ley de Minería, en tal sentido señaló:

*“A partir de los argumentos y documentos analizados, esta Corte, para realizar su pronunciamiento, insiste en que el proceso de elaboración y aprobación de la Ley de Minería estuvo enmarcado en una situación excepcional que hace parte del cambio sustancial de circunstancias derivadas de la transición constitucional (...) esta Corte determina que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (...) **si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, así lo declara esta Corte.**” (el énfasis me pertenece)*

73

Como puede observarse la Corte Constitucional determinó la existencia de una consulta pre-legislativa en el proceso de elaboración de la Ley, si bien no configurada como un mecanismo reglado y con todos los requerimientos que debería tener, los hechos de que existan la participación activa de los actores (CONAIE, ECUARUNARI, COFENAIE, entre otros) y la existencia de diálogos permanentes y las observaciones presentadas por estos organismos, develan una participación activa de los representantes de los pueblos y nacionalidades indígenas, que para juicio de la Corte Constitucional lo considera como una *consulta pre legislativa*.

Sin embargo, este análisis que realiza la Corte Constitucional, debe ser atendido con mucho cuidado, por cuanto los diálogos que tuvieron los múltiples actores de la sociedad civil en la creación de normativa legal, en estricto sentido no puede ser considerada una consulta pre-legislativa al tenor de lo que establece los instrumentos internacionales y la misma Constitución de la República.

Una consulta pre-legislativa conlleva necesariamente otros aspectos como son la oportunidad de participación de todos los actores, verificación y revisión del contexto específico.

6.- Reglas y Procedimientos mínimos que debe contener la consulta pre-legislativa

La Corte Constitucional, al no existir norma legal que regule el proceso de consulta pre-legislativa, incorporó no solo directrices, sino prácticamente el texto que debe contener la ley que regule la consulta pre-legislativa al momento que la Asamblea Nacional resuelva tramitar esta norma legal.

La Corte Constitucional en base a la omisión legislativa determinó: (...) esta Corte establece el procedimiento mínimo que se deberá observar para garantizar la constitucionalidad del proceso consultivo respecto de los actores y las fases del proceso. Se insiste, estas reglas deberán aplicarse (...) hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

Ante esta particular las posiciones jurídicas doctrinarias han sido variadas, pues algunos consideran que los tribunales y cortes constitucionales comienzan a legislar mediante las sentencias que ellas emiten, así Gozaíni señala: “el efecto expansivo de la sentencia, que se conoce como eficacia ‘erga omnes’, propio de las sentencias constitucionales, es la supuesta conversión del juez en legislador”,²¹ esto para algunos autores se podría entender como una intromisión en uno de los poderes del Estado, así lo dice Salcedo Cuadros:

74 *“Algunas voces del Poder Legislativo han considerado que el referido organismo jurisdiccional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, asumiendo las funciones de un organismo legislativo y desnaturalizando su naturaleza jurisdiccional, ya que el expedirlas el tribunal estaría legislando sin tener el mandato constitucional o legal para hacerlo.”*²²

Este tipo de sentencias que la doctrina le denomina *sentencias legislativas o normativas*, son las que tienen mayor dificultad de aceptación en virtud de que el organismo de control constitucional, sea llamado Tribunal o Corte, suple la omisión del órgano parlamentario y dicta normativa con efecto *erga omnes* en caso específicos.

En el presente caso, la Corte Constitucional utilizó su potestad como máximo órgano de control constitucional y en base al principio de aplicación directa de la Constitución incorporó normas que no se encontraban determinadas en la Ley para poder establecer consulta pre-legislativa en los casos que corresponda. Para esto la Corte en su sentencia determinó los siguientes aspectos: 1.- Actores: Quién es el consultado y quién realiza la consulta; 2.- Fase de la Consulta Pre-legislativa: Fase

²¹ Gozaíni, Osvaldo, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 140

²² Salcedo Cuadros, Carlo Magno, “¿El Tribunal Constitucional legisla a través de las sentencias normativas?”, <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/156/2003/01/162.pdf>

de preparación, convocatoria, información y realización, análisis de resultados y cierre de la consulta pre-legislativa.²³

Así mismo en el punto 10 de la sentencia analizada, la Corte Constitucional determinó cuáles son las fuentes que sirvió como sustento para incorporar los parámetros mínimos que señala la sentencia en lo referente a la consulta pre-legislativa, para lo cual señaló que su fuente principal es el Convenio 169 de la OIT, pero además se sustentó en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Saramanca vs Surinam”; la Sentencia C-161/2001 de la Corte Constitucional Colombiana; la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile Rol 309 de 04/08/2000.

7.- ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos de territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas?

El análisis que realizó la Corte Constitucional respecto a este punto, se enfocó desde la posición de desplazamiento e invisibilización que han mantenido los pueblos y nacionalidades indígenas a lo largo de la historia. Bajo esta premisa se hace énfasis en el nuevo marco constitucional a partir de la emisión de la Constitución de la República del 2008 y la instauración de los principios de interculturalidad y plurinacional establecidos en la Carta Magna,²⁴ por lo que bajo esta nueva concepción y en aplicación directa de estos principios, la Corte realizó un análisis del concepto de territorio y su significado para los pueblos y nacionalidades indígenas en la que manifestó: “(...) es importante destacar que para los pueblos indígenas el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de derechos (...)”.

75

Con éste análisis jurídico, la Corte Constitucional hizo un contraste entre los artículos de la Ley de Minería que se formula la inconstitucionalidad, en específico los que abordan temas de declaratoria de utilidad pública, servidumbre, prospección, para lo cual la Corte Constitucional manifestó de forma categórica ya en su sentencia lo siguiente:

“3.- (...) se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos (...) referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Es decir serán constitucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera:

a) Son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto

²³ Corte Constitucional de Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No.001-10-SIN-CC, pp. 40 y ss

²⁴ Constitución Política del Ecuador, Art. 1: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.

b) Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley”.

El criterio que aplica la Corte Constitucional en este punto, es que estas normas evidentemente podrían ser inconstitucionales, dado que tal como se encuentra establecida en el texto legal, afectaría a los pueblos y nacionalidades indígenas en el ámbito de su territorio, sin embargo la Corte las mantiene dentro del ordenamiento jurídico y no las expulsa, aplicando lo que en doctrina constitucional se denomina *constitucionalidad condicionada*.

8.- Principio de conservación del derecho dentro del examen de constitucionalidad hecho por la Corte

76

A fin de que la Corte mantenga las normas de la Ley de Minería dentro del ordenamiento jurídico que fueron acusadas de inconstitucionales, este órgano de control constitucional solventa su posición en el *principio de conservación del derecho*, por el cual los Tribunales y las Cortes se ven obligados a utilizar la herramienta de expulsión de normas inconstitucionales como *ultima ratio*, es decir como último recurso que se tiene para mantener un equilibrio en los ordenamientos jurídicos, esto en salvaguarda del principio de seguridad jurídica.

Cuando se realice toda actividad minera sobre este tipo de territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas, la consulta pre-legislativa debe ser un requisito *sine qua non*, en tal virtud la Corte Constitucional adaptó y dio un contenido a esta normativa para que la misma esté apegada a los cánones constitucionales, por lo tanto y tal como reconoce la misma Corte Constitucional en su fallo, este tipo de sentencia es de característica *atípica*.

Conclusiones sobre la constitucionalidad de la Ley de Minería

El nacimiento de un organismo de control constitucional como máximo órgano en este ámbito, fue uno de los cambios sustanciales que sufrió el sistema jurídico nacional ecuatoriano, pues dota a la Corte Constitucional de atribuciones y deberes que van mucho más allá de sus antecesores (Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal Constitucional).

Este nuevo enfoque coloca a la Corte como un supra organismo que puede y debe controlar a todos los otros organismos estatales, pues como ha ido señalando la misma Corte Constitucional, nadie esta fuere de este control.

En este sentido la Corte a través de sus fallos que hoy por hoy son fuentes primarias de derecho, ha venido manteniendo una actuación protagónica y hasta en ciertos momentos discutibles y novedosos, es decir mantiene un rol más protagónico dentro de la esfera jurisdiccional, estableciendo un activismo jurisdiccional.

Dentro del campo de la tipología de sentencias que emiten las altas cortes en especial las constitucionales, encontramos una gama variada como es el caso de las sentencias atípicas que es la que emitió la Corte Constitucional en el análisis de la Ley de Minería.

El derecho a la consulta pre-legislativa ya no es analizado como un mero formalismo, sino como un derecho sustancial de los pueblos y nacionalidades indígenas. En este punto encontramos un avance significativo en el análisis constitucional, dado que la figura de la consulta previa ya se encontraba determinada en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Ecuador el 15 de mayo de 1998, teniendo como finalidad el aseguramiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6, dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente.

Este mandato supranacional fue recogido por la Constitución de la República, pero nada hizo el legislador para poder desarrollar este derecho fundamental. Sin embargo a través de la resolución de la Corte Constitucional, se da un paso importante a la regulación que debe existir para aplicar la consulta pre-legislativa, pues al existir este vacío que afectaba directamente a este derecho fundamental de los pueblos y nacionalidades indígenas, no podía seguir su inaplicabilidad por la falta de actuación del órgano parlamentario; en tal virtud, el incorporar reglas que no se encontraban determinadas en la legislación ecuatoriana mediante un fallo de índole constitucional, debe considerarse un avance en la dinámica que hoy por hoy tienen los Tribunales y Cortes Constitucionales.

La consulta pre-legislativa, es un derecho fundamental de carácter colectivo que requiere para su efectiva consolidación la participación e intervención de las comunas, pueblos y nacionalidades indígenas en las decisiones que pueden afectar su entorno, su cosmovisión, su integralidad, en relación con la explotación de los recursos naturales, pues de esto depende su subsistencia como grupo humano preservando su integridad étnica, social, económica y cultural.

Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, 2008.

Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Argentina, 2004.

Bernal Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, 2005.

Fundación para el Debido Proceso, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Edit.Oxfam, Estados Unidos, 2011

García Falconí, José, *La Corte Constitucional y la Acción Extraordinaria de Protección en la Nueva Constitución Política del Ecuador*, Quito, 2008.

García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1989.

Gozaíni, Osvaldo, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2011.

78

Jahncke Benavente, Javier y Meza, Rocío, *Derecho a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*, Red Muqui, Perú, 2010.

Upegui, Juan Carlos, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho: discurso jurisprudencial, elementos, usos*, Bogotá, 2009.

Normas

Constitución de la República, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento R.O. No. 52, 22 de octubre de 2009.

Ley 472 1998

Páginas web

[www.condenpe.gov.ecwww.condenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230](http://www.condenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230)

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/156/2003/01/162.pdf>

Jurisprudencia

Sentencia Interpretativa Corte Constitucional No. 001-08-SI-CC. R.O. Supl. No. 479, 02/12/08.

Sentencia No. 001-10-SIN-CC

