

---

**Quito, D. M., 18 de marzo del 2010**  
**SENTENCIA N° 001-10-SIN-CC**  
**CASOS N° 0008-09-IN Y 0011-09-IN**  
**(Acumulados)**  
**Juez Constitucional Ponente:**  
**Dr. Patricio Pazmiño Freire**  
**Jueces Constitucionales Adherentes:**  
**Dr. Edgar Zárate Zárate**  
**Y Dr. Roberto Bhrunis Lemarie**  
**La Corte Constitucional**  
**para el periodo de transición**

---

## **I. Antecedentes**

### **Resumen de admisibilidad**

Las presentes acciones de inconstitucionalidad fueron interpuestas ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 17 y 31 de marzo del 2009, respectivamente.

De conformidad con el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, dentro del caso No. 0008-09-IN, el Secretario General certificó que no se ha presentado otra solicitud con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada.

En providencia del 22 de abril del 2009, la Corte Constitucional avoca conocimiento de la causa N. ° 0008-09-IN y admite a trámite la acción, disponiendo que se proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de la misma.

El 30 de abril del 2009 se efectuó el sorteo correspondiente, de conformidad con lo prescrito en los 8 y 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, según consta a fojas 47 del expediente, en donde el presente caso signado con el N. ° 0008-

09-IN, correspondió actuar a la Dra. Nina Pacari Vega como Jueza Sustanciadora.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante auto del 06 de mayo del 2009, avoca conocimiento de la causa N.º 0011-09-IN y admite a trámite dicha acción (de fs. 1424), disponiendo la acumulación a la causa N.º 0008-09-IN en virtud de la identidad de sujeto pasivo, objeto y de acción de las mismas, indicando que se remita el expediente a la Segunda Sala, que es la que previno el conocimiento de la causa mediante el sorteo correspondiente.

Mediante auto del 06 de mayo del 2009, la Segunda Sala avoca conocimiento de esta acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, disponiendo que se cite con el contenido de este auto al señor Presidente de la comisión Legislativa y Fiscalización, al señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador y al señor Procurador General del Estado, para que en el término de quince días emitan sus criterios sobre el contenido de la demanda; y de igual manera, que se remita al Registro Oficial un extracto de la demanda para su publicación, a fin de que en el término de quince días cualquier ciudadano emita su opinión respecto a la inconstitucionalidad de la Ley de Minería a la Corte Constitucional.

### De la Solicitud y sus argumentos

Los legitimados activos: Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, conforme consta en el nombramiento que en copias certificadas adjunta; Carlos Pérez Guartambel, en su calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay fundamentados en los artículos 436 numeral segundo y 84 de la Constitución de la República del Ecuador, presentan esta acción.

El legitimado activo, Marlon René Santi Gualinga, comparece manifestando:

“Las autoridades que expidieron y sancionaron la norma impugnada son: la COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL, cuyo representante legal es su Presidente, Arquitecto FERNANDO CORDERO CUEVA y el Presidente Constitucional de la República., Economista RAFAEL CORREA DELGADO. El cuerpo normativo impugnado por la forma es la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009; y por el fondo los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316.

Las normas constitucionales supuestamente violadas por la Ley de Minería son los artículos: 11, numeral 2; 57, numerales 4, 7, 8, 11, 17; 66, numerales 4, 22, 26; 133, 316, 326, 408 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

La mencionada Ley de Minería, adicionalmente, atenta normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); adicionalmente, los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención americana sobre derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2, numeral 1 del pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, la antes mentada Ley Minera es violatoria del Derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas; la Ley Minera afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; la Ley en cuestión atenta contra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, atenta contra el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal.

Adicionalmente, existe violación al principio de división y jerarquía de las leyes en la especie; la Disposición Final Segunda de la Ley Minera es inconstitucional y arbitraria, puesto que manifiesta que las normas de la Ley Minera *“prevalecen sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines”*, argumentando el legitimado activo que *“es absurdo pretender que una ley, por más que beneficie a poderosos sectores involucrados con la actividad minera tenga ‘privilegios’ respecto a las otras leyes de igual o mayor categoría jurídica”*.

Que de acuerdo a la Constitución de la República, en su artículo 133, existen leyes orgánicas y ordinarias; de acuerdo a la materia que se trata, la Ley Minera es una ley ordinaria y como tal no podrá modificar ni prevalecer sobre leyes orgánicas. Tampoco podría hacerlo respecto a otras leyes ordinarias, sino de acuerdo a los principios generales del derecho, es decir, prevalecerá cuando sea especial respecto a otra ley general en relación a la materia de la que se trate. No hay fundamento jurídico para que esta Ley tenga un régimen sui generis y no se reforme como todas las leyes. Por disposición constitucional toda norma debe ser definida como orgánica u ordinaria, y más aún cuando el artículo 133 de la Constitución establece en qué casos es orgánica una ley.”

Según el legitimado activo “*el manejo político de la Comisión de Legislación y Codificación y del Presidente de la República, han impuesto inconstitucionalmente, que esta Ley de hecho sea orgánica y no se ajuste a los requisitos constitucionales para ser tal*”.

“A partir de lo que establece el texto constitucional, en el artículo 425, la Ley Minera obligatoriamente debe sujetarse al orden jerárquico para su aplicación; que al imponerse el carácter y jerarquía de la ley en la Disposición Final Segunda, en la que se menciona que “*sus normas prevalecerán sobre otras leyes*”, lo que se pretende es inventarse por fuera de las disposiciones constitucionales esta denominación que no existe y que no responde al orden jerárquico que establece la Constitución.

En virtud de aquello, al no haberse definido su carácter y orden jerárquico que establece la Constitución, debe quedar totalmente fuera del ordenamiento jurídico constitucional; que la Ley en cuestión atenta contra el respeto del bloque de constitucionalidad de los derechos, razón suficiente para que la totalidad de la Ley Minera sea declarada inconstitucional. Adicionalmente, que la Ley de Minería viola lo dispuesto en los artículos 133 y 425 de la Constitución y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional de forma.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, se atenta en contra del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución; que la Ley Minera vigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera.

En la Ley Minera se consagra la “*libertad de prospección*”, por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en el territorio de las nacionalidades indígenas para realizar las actividades de prospección.

En el Ecuador, las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con los pueblos Sionas, Secoyas y Cofanes, afectados por la explotación petrolera, tras el paso, por treinta años, de compañías nacionales y extranjeras, cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco). No se conocen casos de una empresa minera o petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena, que lo haya inhabilitado para su finalidad.

Con la Constitución del 2008, el Estado ecuatoriano fue declarado como “*estado constitucional de derechos y justicia*”, por lo que sus preceptos constituyen normas jurídicas vinculantes del más alto nivel jerárquico, y obliga a los órganos del Estado a respetar sus preceptos, incluida la función legislativa. Esta obligación del legislativo de respeto a la Constitución se encuentra expresamente recogida en el artículo 84 de su texto.

En la perspectiva de los pueblos indígenas, lo esencial es esa conjunción que abarca no solo la integralidad de su territorio, sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 de la OIT califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro, por lo que no es concebible la posibilidad del pago de una indemnización por la constitución de servidumbres a una nacionalidad indígena, cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio.

La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la indivisibilidad; la segunda razón de inconstitucionalidad es porque varios artículos de la Ley de Minería permiten que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son “inalienables” e “inembargables”. Aquello permite el desplazamiento forzado de las nacionalidades indígenas de sus territorios sin seguir el procedimiento excepcional señalado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, el conocimiento informado previo. Que estas normas han sido hechas bajo el supuesto occidental de intercambio comercial de bienes, lógica que no comparten las comunidades indígenas, cuyo territorio es irremplazable y mucho menos susceptible a valoración económica.

Que la declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley Minera establece para permitir que en esos territorios, libres de impedimento legal, se realicen actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, no solo que atenta contra el principio de consentimiento informado previo, sino que se contrapone al principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que forman parte del bloque de constitucionalidad, en observancia al artículo 3, en concordancia con el artículo 57 de la Constitución.

La tercera razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería es el hecho de que imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, atentando al texto constitucional, que manda a que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio. Que el uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos internacionales, por lo que el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas.

La cuarta razón de inconstitucionalidad de la Ley de Minería implica que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera “*tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales*”; consecuentemente pueden realizar

aquella actividad en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. Que la libertad de prospección en estos términos atenta contra el derecho a la propiedad, protegido en el artículo 66, numeral 26 de la Constitución de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 21; que, también atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 6, numeral 22 de la Constitución, y es discriminatoria, puesto que a las zonas urbanas y centros poblados sí se los protege, dejando a las zonas rurales en vulnerabilidad, violentando lo dispuesto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución.

Que, la materia que regula la Ley de Minería entraña sistemas complejos, en donde coexisten derechos de las nacionalidades indígenas y la naturaleza, la misma debió apegarse a los preceptos que consagra la Constitución, y que al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanada por la Corte Constitucional.”

Por otra parte, el Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarquí, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, de igual manera deduce acción de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la Ley de Minería, y en la especie determina: “Que se ha violado el derecho a la consulta contenido en el artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República, adicionalmente violaciones al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, artículos 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

86

El artículo 26 de la Ley de Minería ratifica la explotación en territorio ecuatoriano sin más que una simple autorización de la autoridad estatal (delegado del gobierno); y en la especie dejando vía libre para la concesión y luego explotación o agresión a la naturaleza y concretamente en fuentes de agua, como dispone el mismo artículo indicado en su literal *f*.

Que se evidencia la naturaleza de la Ley de Minería la misma que no respeta el agua; que, jamás se han hecho estudios serios y responsables de impactos ambientales; que, aquellos solo son modelos que se copian adaptando pequeños datos a la realidad concreta. Que para la concesión minera en lugares que alumbren el agua subterránea ni siquiera se requiere autorización, al tenor de lo que dispone el artículo 96 de la Ley Minera.

La Ley de Minería dispone, en su artículo 79, que todo cuerpo de agua debe ser devuelto al cauce del río o de la cuenca, de donde fue tomada libre de contaminación; que, en el artículo 80 de la Ley de Minería se permite la destrucción de la capa vegetal y tala de árboles, encontrándose una contradicción con otras disposiciones de esta Ley, que manifiesta que se protegerá el ecosistema.

Los articulados de la Ley de Minería son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza, y explícitamente elevarle al agua a la categoría de derecho humano; por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua.

La mejor garantía para la actual generación como para las siguientes es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que, se debe dejar prohibida expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos.

Existe violación al principio de excepción de la actividad privada en sectores estratégicos; que, los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería no definen en qué casos se podrá realizar esa delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad de cada concesión”; que, aquello implica que empresas privadas, extranjeras, transnacionales entren en igualdad de condiciones que empresas nacionales, estatales y pequeñas empresas asociativas o cooperativas; y por lo tanto, manifiesta que no puede haber igualdad entre desiguales.

Que el legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada, violenta el artículo 316 de la Constitución, por lo que estas normas deben ser declaradas inconstitucionales de fondo.

Que existe una violación al principio de división y jerarquía de las leyes al categorizar como orgánica la Ley de Minería, al disponer que las disposiciones de esta Ley *“prevalecerán sobre otras leyes y solo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines”*.

La Ley de Minería, por un lado, se extralimita, y por el otro, va en dirección contraria a la Constitución, que se pretende confundir a los ecuatorianos con una ley orgánica siendo en esencia una ley ordinaria, razón suficiente, según el legitimado activo, para que toda la Ley de Minería sea declarada inconstitucional.

87

### Pretensión concreta

Con los fundamentos expuestos, y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 436 y el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador, los legitimados activos solicitan, de manera concreta, que se “declare la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Ley Minera, en especial de los artículos: 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley Minería, por ser violatorios a los artículos: 3, 10, 12, 14, 32, 57, numeral 17; 71, 133, 313, 318 y 425 de la Carta Magna; el artículo 6 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas”.

### De la contestación y los argumentos

A fojas 49 y 68 del expediente constan las razones de las notificaciones realizadas por la secretaria de la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, a los legitimados activos y pasivos.

## Contestación del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización

El Arquitecto Fernando Cordero Cueva, en su calidad de Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en lo medular manifiesta lo siguiente:

“Los demandantes alegan violación al derecho a la Consulta Previa de las nacionalidades indígenas, aduciendo lo establecido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, que establece el derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pudiese afectar sus derechos colectivos; empero, en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y la Ley de Propiedad Intelectual, según el Presidente de la Comisión “única que se refiere a ello”, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas.

El artículo 1 de la Constitución de la República determina que el Estado ecuatoriano es unitario; el artículo 120, numerales 6 y 7 determinan entre las facultades de la Asamblea Nacional el expedir, codificar, reformar y derogar leyes, así como crear, modificar o suprimir tributos, y el artículo 226 le atribuye competencia a la Asamblea Nacional, siempre que estén apegadas a la Constitución y la Ley.

88

La Comisión Legislativa y de Fiscalización asumió las facultades previstas para la Asamblea Nacional, de conformidad con lo que establece el artículo 17 del Régimen de Transición, encontrándose su actuación constitucional y legal justificada.

La Comisión Especializada de desarrollo Económico y Producción fue la encargada de efectuar los informes que determina la Constitución y el Mandato 23 para la aprobación de la ley de Minería, y que para ello recibió las observaciones de los distintos actores de la sociedad, entre ellos los de las comunidades indígenas y campesinas, aceptándose algunas argumentaciones y otras no.

Si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la unas sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas. Que la interpretación que debe darse a la Constitución debe ser de modo integral, conforme lo establece el artículo 427 de la Carta Fundamental. Que sería absurdo que leyes como el Código Civil, el Código Penal, los Códigos Adjetivos o las leyes económicas tengan que ser consultadas previamente porque pueden afectar cualquiera de sus derechos colectivos; eso sería atentar en contra de la unidad de la República.

La pretensión de los demandantes violentaría el principio de la generalidad de la Ley y que, establecería la igualdad ante la ley y la no discriminación; que, el concepto de Estado unitario presupone también el *sumak kawsay*, y el anteponer



el interés general al particular.

Que el hecho de que hay leyes orgánicas y ordinarias no significa que las disposiciones de una ley ordinaria van a prevalecer sobre una ley orgánica, eso no es lo que dice la norma, sino más bien la especialidad y que para ello es necesario remitirse a lo que dispone el artículo 12 del Código Civil. La ley Minera es una Ley Ordinaria, puesto que si se la cataloga como orgánica debería haber constado como tal, y que no dice eso en el texto normativo de dicha ley; por lo tanto, no existe contradicción alguna ni violación al texto constitucional.

En cuanto a lo alegado por los accionantes respecto a la inconstitucionalidad de fondo de la ley de Minería, la Comisión manifiesta: respecto a la supuesta existencia de una violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, en la ley en mención se prevé el acuerdo con los dueños de conformidad con la Constitución y la Ley; si no existe el acuerdo con la comunidad o con la nacionalidad indígena no existe la servidumbre, como tampoco puede haber servidumbre de tránsito en áreas protegidas o en zonas declaradas como intangibles, puesto que el artículo 407 de la Constitución es claro; sin embargo, manifiesta que aquello no significa que en el resto del país no puedan establecerse las servidumbres de paso con el consentimiento de cada dueño del predio; que el derecho de dominio o propiedad también es un derecho amparado en la Constitución, y no es solo un derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Considerar todo el territorio del Ecuador como de nacionalidades indígenas es desconocer el derecho de propiedad de más del 90% de los habitantes del país, que por ende no existe afectación a la indivisibilidad, no es impositiva ni abusiva, pues el artículo 57, numeral 7 de la constitución les garantiza el derecho a la consulta previa.

Los demandantes no han considerado que la Ley de Minería es esencialmente un instrumento jurídico que posibilita la extracción de minerales y por ende la afectación es eminentemente ambiental; que, el hecho de la consulta previa no solo implica la afectación ambiental, sino económica, social, en qué va a beneficiar a la comunidad, o si ésta no es sustentablemente económica o ambientalmente.

Los demandantes pretenden que en todas las fases de la minería exista consulta previa; que siendo la norma constitucional la de mayor jerarquía, se aplica sin necesidad de que en cada momento se hable de esta consulta, sino cuando se requiera. Que, los demandantes han pretendido coartar el derecho constitucional de libertad de empresa que puede efectuar cualquier ecuatoriano o extranjero, pues si se cumplen los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley, no existe impedimento para que pueda efectuarse y desarrollarse las actividades mineras. No existe limitación al derecho a la información de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, pues es deber del concesionario informar en cada etapa de la concesión minera, por lo que no existiría violación al derecho a la consulta previa.

Respecto a la violación de la excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos como la Minería, excepcionalidad establecida en el artículo 316 de la

Constitución, la Comisión manifiesta que toda actividad económica es plenamente válida en el país, pues son derechos y libertades: el comercio, la empresa y el trabajo; que, el Estado no tiene la capacidad de efectuar por sí solo todas las actividades, caso contrario, se estaría en un régimen totalitario.

Las normas de los artículos 27 y siguientes de la Ley Minera facultan la actividad minera a la iniciativa privada, y si el pensamiento sería como lo manifiestan los demandantes, ni siquiera las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas podrían realizar actividades en sectores estratégicos, ya que todo lo haría el Estado.

Se alega violaciones a los derechos de la naturaleza, al derecho humano al agua y el derecho al buen vivir, sin que se determine con precisión la presunta inconstitucionalidad, según la Comisión, argumentándose “criterios ambientalistas anti ley de una manera absurda, “ya que la Ley Minera tendría todos los controles ambientales posibles.”

Que en virtud de aquello alega la aplicación del principio de correspondencia y armonía, argumentando que la Constitución es un cuerpo jurídico integral y que en la interpretación debe excluirse cualquier interpretación que induzca a anular o privar de eficacia alguna de sus normas.

Adicionalmente, la Comisión de Legislación y de Fiscalización (fs. 104) presenta documentación en la cual constan los criterios y observaciones de las comunidades, pueblos indígenas de la amazonía, cooperativas y asociaciones mineras, cámaras de minería, entre otros; con lo cual se evidencia que el proyecto de la Ley de Minería tuvo conocimiento general

Finalmente, manifiesta la Comisión que, ante la evidente falta de sustento jurídico, se deseche la demanda por ser improcedentes e infundadas las solicitudes de los legitimados activos.”

### Contestación del Procurador General del Estado

El Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, comparece dando contestación a las demandas de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de varios artículos de la Ley de Minería, y en lo principal manifiesta: se opone a la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 59, 67, 87, 88, 90, 96, 100, 103, 316 y la Disposición Final Segunda de la Ley Minera, publicada en el Registro Oficial N.º 517 del 29 de enero del 2009.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma señala:

“Las demandas de inconstitucionalidad planteadas manifiestan que la Ley Minera viola el derecho a la consulta previa pre-legislativa de las nacionalidades indígenas, expresando que se atentaría lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas; sin embargo, destaca que la Asamblea Nacional,

a través de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción, realizó talleres de consulta en varias ciudades del país, en donde participó la CONAIE, conforme consta en el informe presentado al Presidente de la Comisión Legislativa en oficio N.º 057-CEDEP del 12 de diciembre del 2008, por lo que si la ley fue fruto de un acuerdo, reflejaría los puntos de vista y no violaría la norma constitucional ni los convenios internacionales a los que hace referencia la demanda.

En cuanto a la violación del principio de división y jerarquía de las leyes, expresado en la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería, expresa que el sentido que el asambleísta le dio a la Ley, es una jerarquía para que las normas constantes en la Ley Minera prevalezcan por sobre otras leyes, por ser una ley especial, según la clasificación de los artículos 12 y 39 del Código Civil.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo manifiesta: se afirma que se ha violado el derecho al territorio de las nacionalidades y pueblos indígenas contemplado en el artículo 57 de la Constitución, señalando que el artículo 83, numeral 7 de la Constitución establece como uno de los deberes fundamentales del Estado ecuatoriano *“promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular”*.

El Estado, al buscar el buen vivir de su población, y al ser el propietario de los recursos no renovables, tiene la obligación de buscar el interés general por sobre el interés particular, aunque esto signifique la declaratoria de utilidad pública de la propiedad donde se encuentren esta clase de recursos, y que aquello guarda relación con lo que dispone el artículo 1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; que el Ecuador, como Estado soberano, puede disponer de sus riquezas naturales y recursos no renovables.

La Constitución, en su artículo 11, contempla el principio de igualdad ante la ley; que el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la propiedad privada, pero limitándolo por razones de utilidad pública o interés social, condicionando a recibir una indemnización justa, demostrándose que los Estados signatarios anteponen el interés general por sobre el particular.

El convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, establece: *“1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres y derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir el derecho a los miembros de dichos pueblos a ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”*.

Los accionantes manifiestan que el artículo 28 de la Ley de Minería permite

irrumper en territorio de las nacionalidades indígenas; sin embargo, a criterio de la Procuraduría, en aquello existe una clara salvedad relacionada con las áreas protegidas y las comprendidas dentro los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en áreas mineras especiales; que, en estas circunstancias, de acuerdo al artículo 29 de la Ley en cuestión, se deberá obtener la autorización administrativa.

Se menciona que los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 son inconstitucionales porque violan la indivisibilidad del territorio indígena, empero señala que la indivisibilidad e intangibilidad de un territorio solo se afectaría por excepción extrema, con la intervención y acuerdo de los representantes de los máximos poderes y luego de una consulta.

La Constitución y la Ley de Minería señalan que el Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural, que permite el acceso a los beneficios económicos de las actividades mineras de los pueblos y comunidades ecuatorianos. Que la Ley de Minería ha procurado garantizar un ambiente sano y ecológico, la sostenibilidad y el derecho humano al agua en forma segura y permanente; que la ley de Minería promueve también el uso de tecnologías ambientalmente limpias y no contaminantes, con lo que garantiza el derecho de los ecuatorianos al buen vivir.

92 La Ley de Minería, en su Capítulo II, que trata de la preservación del medio Ambiente, y en sus artículos pertinentes que van desde el 78 al 86, desarrolla una serie de normas sobre la elaboración de estudios de impacto y auditorias ambientales, entre las que aborda temas sobre tratamiento de aguas, de la revegetación y reforestación, acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos, conservación de la flora y fauna, así como las sanciones ante posibles daños ambientales.

Por su parte, el artículo 316 de la Constitución establece que el Estado ecuatoriano podrá delegar excepcionalmente a la iniciativa privada las actividades en sectores estratégicos.

Igualmente, el segundo inciso del artículo 1 de la Ley de Minería manifiesta que el Estado podrá delegar su participación en el sector minero a empresas mixtas en donde tenga el propio Estado mayoría accionaria, a la iniciativa privada y a la economía popular, con lo cual se determina que la Ley de Minería sí establece los casos de excepción en los cuales se puede delegar actividades mineras.

En las demandas se enuncia que los artículos 2, 22, 43, 67 y 96 de la Ley de Minería son inconstitucionales, pero que no se demuestra la manera en que se contraponen a la Constitución, y en virtud de ello, solicita que se rechace la demanda.”

### Contestación de la Presidencia de la República

El Dr. Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, en su calidad de Delegado del Presidente de la República, en cuanto a la inconstitucionalidad por la forma, así como por el fondo de diversos artículos

de la Ley Minera, manifiesta lo siguiente:

“La Ley de Minería debe mantener conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, y que, en efecto, la ley no violenta el ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

Las demandas de inconstitucionalidad parten de supuestos erróneos; que los demandantes han procedido de manera infundada, que no se considera las disposiciones constitucionales en sentido amplio, ni su verdadero sentido en integralidad; y que no se han observado las disposiciones contenidas en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución en la especie, manifestando que los principios y derechos constitucionales son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; que el artículo 11, numeral 2 de la Constitución determina la igualdad de todas las personas a gozar de los mismos derechos y oportunidades.

Que, el inciso segundo del artículo 137 de la Constitución de la República es claro y explícito respecto al procedimiento a seguir para la formación de una ley, y aquel a través del cual las ciudadanas y ciudadanos, ya sea de manera individual o colectiva, pueden participar en la formación de la ley, acudiendo ante la Comisión de la Asamblea Nacional para intervenir en este proceso.

No son admisibles las alegaciones de los demandados en el proceso de consulta, al tenor de lo establecido en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, o el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Que, debe recordarse que la Constitución, conforme lo determina el artículo 424 en su inciso primero, es: “*la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico*”; el inciso segundo del artículo precitado establece que: “*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*”.

El artículo 417 señala que los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador “*se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*”; por ende, no se ha violentado las disposiciones de los tratados internacionales, ya que se ha previsto el proceso de consulta previa en los términos establecidos en el artículo 398, y que se recogen de manera amplia en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Minería.

Consta en los archivos legislativos que la Comisión de Legislación y Fiscalización recibió muchos argumentos por parte de ciudadanos y ciudadanas, entre ellos la propia CONAIE. Que, resulta improcedente que los demandantes señalen que debía efectuarse una consulta dirigida de manera particular a los sectores por ellos representados.

Esta consulta supone una ley previa que regule dichos procesos, así como el establecimiento de las particularidades de la consulta que deben efectuarse a través de una ley, conforme lo dispone el artículo 398 de la Constitución de la República; que la Segunda disposición final de la Ley de Minería, conforme al mandato constitucional, no puede oponerse a una ley orgánica.

Que una ley jurídicamente prevalece sobre otra ley, en razón de la especialidad; así, las disposiciones de una ley ordinaria, que regula una materia específica, y que prevalecen sobre otra que no regula esas especificidades, y que, las normas específicas sólo pueden ser derogadas cuando otra ley establezca regulaciones específicas sobre esta materia.

Que, con miras a una adecuada técnica legislativa se recomienda que la reforma o derogatoria de las normas se efectúe de manera expresa a través de otra norma, y si se trata de materias específicas, por intermedio de otra norma específica relacionada con la materia, que ante lo expuesto no existiría inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería.

En lo que se refiere a las inconstitucionalidades por el fondo, la Presidencia de la República manifiesta: En cuanto a la supuesta violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, contenida en el artículo 57 de la Constitución por parte de los artículos 15, 59, 100, 103 y 28 de la Ley de Minería, añade también que violentarían las disposiciones de los artículos: 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 4, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT; y 8, 10, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 29, 87, 88 y 90 de la Ley de Minería violentarían el artículo 57 de la Constitución de la República en sus numerales 1, 4 y 7, y que la consulta previa no es adecuada. Las disposiciones legales violentarían también el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los artículos 6, 10 y 15 del Convenio 169 de la OIT; 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; y 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley en cuestión violentarían el artículo 316 de la Constitución. No existe actividad humana alguna o derecho individual o colectivo que no se encuentre regulado, y que son estas regulaciones las que permiten la convivencia en sociedad.

En consecuencia, es necesario plantear la coexistencia de una propiedad y derechos estatales sobre los recursos no renovables que se encuentran en el subsuelo y de aquella relacionada con los derechos y propiedad de territorios indígenas.

Que, debe considerarse que constitucionalmente, a los recursos no renovables la Constitución les ha asignado la característica o calidad de estratégicos y su explotación se encuentra específicamente facultada en la Constitución.

Refieren que el artículo 57 de la Constitución de la República trata de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, determinando aquella disposición que es factible constitucionalmente, respetando los derechos de

aquellos, explotar y comercializar dichos recursos naturales no renovables, bajo los condicionamientos constitucionales y legales respectivos.

Corresponde al Estado el derecho a la propiedad y el derecho sobre los recursos no renovables, con el objeto de que las actividades mineras permitan satisfacer el interés general y, de ser el caso, dichas comunidades, pueblos y nacionalidades, conforme al artículo 83, numeral 7 de la Constitución, deben interponer “*el interés general al particular conforme al buen vivir*”.

Señala que respecto a la inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de la Ley de Minería, por principio general, en los Estados se garantiza la propiedad privada, encontrándose garantizados, entre otros, en los artículos 26 y 321 de la Constitución, estableciendo limitantes como que la propiedad debe cumplir con “función y responsabilidad social y ambiental”. Que, la utilidad pública constituye una medida prevista en todo ordenamiento jurídico, para que el Estado pueda, de acuerdo al interés colectivo, desarrollar diversas actividades.

La utilidad pública, en el caso de la minería, y en particular de los recursos no renovables, que por mandato constitucional son considerados estratégicos, tiende a que cumpla con todos los requisitos necesarios a fin de preservar los derechos de todos los habitantes del Ecuador, y que el interés común, interés general o función social requieren la adopción de medidas sobre ella. Que debe anteponerse el bien común y el interés general, tal como lo dispone el artículo 83, numeral 7 de la Constitución.

Que, el artículo 26 de la Ley de Minería determina que previo a efectuarse cualquier actividad minera deben haberse obtenido autorizaciones por parte de diversos organismos, con lo cual se pretende demostrar que a través de textos, estudios e informes se verifica que cumple con todos los requisitos exigidos para el efecto en la Constitución y leyes relacionadas con la actividad minera; y adicionalmente debe realizarse la consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Señala que el artículo 408 de la Constitución faculta la explotación de los recursos no renovables, siempre que para aquella se cumpla con los principios ambientales establecidos en la Constitución.

Que la Ley Minera, en el artículo 15, al tratar de las concesiones, establece que las mismas procederán con observancia de la prohibición y excepción contenida en el artículo 407 de la Constitución, es decir, que se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles, y que su explotación excepcional requiere una petición debidamente fundamentada del Presidente de la República y su declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, para cuyo efecto puede declararse una consulta popular. Las concesiones deben cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales pertinentes, en especial con los controles establecidos en el artículo 26 de la Ley de Minería que, de no producirse, no se concederá dicha concesión por parte del Estado, debiendo observarse de manera particular entre los controles los temas

ambientales, previstos en el artículo 57, numeral 8 de la Constitución.

La obtención de la concesión faculta a realizar diversas actividades mineras, de acuerdo con lo que establece el artículo 27 de la Ley de Minería; que para obtenerla de forma previa se deben cumplir con actos administrativos establecidos en el artículo 26 de la ley en cuestión, entre los cuales se hallan establecidos la protección al medio ambiente, así como el uso y destino de recursos, como el agua, para preservar el derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano.

Para la realización de la prospección inicial se debe contar con la respectiva autorización de las comunidades, pueblos y nacionalidades para ingresar, de ser el caso, a los territorios; caso contrario sería un delito de violación de domicilio, asunto que se encuentra establecido en el Código Penal, y que esto no es objeto de la Ley de Minería, ni esta ley ha reformado el Código Penal; que debe observarse el sistema jurídico en su integralidad, y el hecho de que un aspecto no conste en una ley específica, no obsta ni puede convalidar el que aquel se incumpla y menos aún en materia penal.

El artículo 15, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT reconoce la coexistencia de la propiedad estatal y la referente a los pueblos indígenas, permitiéndose el aprovechamiento de recursos no renovables, que la actividad minera puede efectuarse si se cumplen los requisitos constitucionales y legales respectivos, lo cual tiene lugar conforme lo establecido en el artículo 26 de la Ley de Minería y el procedimiento de consulta previa, previsto en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Minería.

96

Las servidumbres no privan la conservación del derecho de propiedad de los recursos no renovables del Estado y que dicho gravamen jurídicamente no priva, de manera alguna, la conservación del derecho de propiedad del bien sobre el cual se imponen, y tampoco significa traspaso de dominio de la propiedad, puesto que para ello se requiere de otro tipo de actos jurídicos de diversa índole.

Las concesiones no tienen una duración indefinida, y las nacionalidades, pueblos y comunidades pueden continuar ejerciendo actividades propias inherentes al derecho a la propiedad sobre sus territorios, con las limitantes necesarias impuestas por la Constitución y la Ley. Que, la coexistencia de propiedades y el aprovechamiento de los recursos no renovables fundamentado en el interés general por parte del Estado, se encuentra previsto y facultado en el ordenamiento constitucional vigente; en el caso de las servidumbres, éstas se encuentran determinadas y reguladas en los artículos 100, 101 y 103 de la Ley de Minería y pueden establecerse previo acuerdo con el dueño del predio, y de ser el caso, previa resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero, luego del pago por el uso y goce de las servidumbres y eventuales daños que se pudieren causar.

Para evitar que se atente contra el medioambiente, el patrimonio natural y la biodiversidad, en la Ley de Minería se establecen una serie de filtros y prohibiciones como los contemplados en los artículos: 9, literal c, 15, 16, 25, 26, literales **a, b, f y j**; 28, 29 a 44, 60, 78 a 86, 100 a 105, entre otros, en donde se establece que en forma previa



a que se inicie una actividad minera se debe obtener la respectiva concesión minera, debiendo cumplirse para ello con actos administrativos previos, entre otros, el referente al medioambiente, y que en cada fase de las actividades mineras se deben obtener nuevos permisos con los respectivos sustentos técnicos y ambientalmente suficientes.

Que la explotación de los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Minería deben ceñirse a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la protección y conservación del medioambiente y de la participación y responsabilidad social, en donde deben observarse y respetarse el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas, que conformidad con aquello y a lo alegado por los demandantes respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 15 de la Ley de Minería, no existiría inconstitucionalidad de esta norma.

Respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 59 de la Ley de Minería manifiesta: la Constitución faculta el aprovechamiento de los recursos no renovables, y que para ello es necesario obtener la respectiva concesión, para lo cual deben cumplirse una serie de actos administrativos previos.

Conforme lo determina el artículo 88 de la Ley de Minería debe mantenerse adecuada y suficientemente informadas a las nacionalidades, pueblos y comunidades, y que en caso de que se inobservare lo pertinente, tienen acción popular para que se adopten las medidas necesarias. Que esta disposición precautela de mejor manera los derechos de los que tienen derechos en la parte superficial del inmueble, en cuyo subsuelo se encuentran los recursos no renovables, dando de esta forma cumplimiento a lo que dispone el artículo 57, numeral 6 de la Constitución; que para que se ejecuten las concesiones, la norma recomienda un acuerdo previo con el dueño del predio superficial.

Respecto a los artículos 100 y 103 de la Ley de Minería, al establecerse que las servidumbres deben celebrarse por escritura pública, se otorgaría solemnidad y transparencia a las mismas, y aquello ayuda a contribuir para evitar un uso inadecuado de las mismas.

El artículo 29 de la Ley de Minería tiende a establecer procesos de conocimiento general para transparentar la actividad minera y la participación, en igualdad de condiciones, de todos quienes deseen realizar actividades mineras.

En el artículo 87 de la ley en análisis se menciona que la Ley de Minería sí regía el derecho a la consulta, encontrándose en el capítulo III, Título IV de la mentada disposición legal.

El artículo 88 de la Ley de Minería manifiesta que en las diversas fases de la Ley Minera se debe obligatoriamente mantener informada a la comunidad para que aquella, conjuntamente con el Estado puedan adoptar las acciones pertinentes, disposición que garantiza que estas acciones cuenten con la suficiente información de sustento. Que el artículo 90 de la Ley de Minería que hace mención, no viola el derecho a la consulta.

El artículo 1 de la Ley de Minería hace referencia al marco de la ley, que por las particularidades propias el mismo no se puede agitar in extenso todos los aspectos

regulados, y que no resulta procedente en un ley reproducir todos los mandatos, principios y regulaciones contempladas en la Constitución; lo contrario implicaría que toda ley tenga que, en un primer momento, reproducir la misma, lo cual conforme a su criterio sería contrario a toda técnica jurídica.

El artículo 22 de la Ley de Minería establece los principios bajo los cuales debe constituirse la Empresa Nacional Minera, mismos que se hallan contemplados en el artículo 316 de la Constitución.

El establecer que el título minero es un título personal, y que, por lo tanto puede ser objeto de los diferentes actos que señala la norma, no es inconstitucional y está expresamente permitido en el ordenamiento jurídico; precautela que dichos actos se efectúen con transparencia.

Corresponde a la autoridad estatal, conforme lo determina la Constitución y la ley, autorizar las concesiones mineras. El titular de las concesiones mineras puede efectuar todo acto que le permita el ordenamiento jurídico, así como ser beneficiario de sus resultados, de conformidad con el mismo. En las concesiones de no metálicos, por su naturaleza particular, la técnica recomienda que estén sujetos a un procedimiento especial, sin que ello implique que a la persona a quien se va a otorgar concesión, no cumpla con el ordenamiento jurídico y la normativa que garantice su idoneidad.

En referencia a la demanda planteada por Carlos Pérez Guartambel, en lo principal manifiesta que el artículo 26 de la Ley Minera violentaría los artículos 12, 14, 32, 71, 318 y 411 de la Constitución. Al respecto, la Presidencia de la República manifiesta:

Que el artículo precitado de la Ley de Minería determina que en forma previa a efectuarse cualquier actividad minera, deben obtenerse los actos administrativos previos contemplados en esta disposición, entre otros, destaca el informe del Ministerio del Ambiente, y según el literal f se requiere contar con la autorización expresa de la autoridad única del agua en lo relacionado a su uso, y dicho uso debe hallarse conforme a la Constitución. Para obtener una concesión minera deben cumplirse varias disposiciones, entre ellas las de carácter ambiental.

Según establece el artículo 78 de la Ley de Minería, en toda fase de la actividad minera, incluyendo la etapa de cierre, deben realizarse los correspondientes estudios de impacto ambiental para “prevenir, mitigar, controlar y reparar” los eventuales impactos ambientales y sociales que se pudieren ocasionar, así como no se podrán realizar actividades mineras sin la respectiva licencia ambiental, y se deberán realizar auditorías ambientales cada año y producir garantías suficientes para cuando sus actividades ocasionaren daños ambientales.

El tratamiento de aguas, de acuerdo con las normas ambientales, debe procurar la menor afectación posible de este recurso, y aquello se encuentra contemplado en el artículo 79 de la Ley de minería; que el artículo 80 de la mentada Ley trata de aspectos relacionados con la re-vegetación y reforestación; el artículo 81 de la acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos; el artículo 82

en lo atinente a la conservación de flora y fauna; el artículo 83 sobre manejo de desechos; el artículo 84 sobre protección de ecosistemas y el artículo 85 sobre el cierre de operaciones mineras, de lo cual colige que el accionante no ha realizado una lectura y comprensión integral del texto de la Ley de Minería.

De igual manera, el demandante afirma que los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería atentarían contra los artículos 313 y 315 de la Constitución, tópicos similarmente demandados por el accionante Marlon Santi Gualinga. Igual suerte corren los artículos 15, 28, 43 y 67. Respecto a los artículos 79 y 96 de la Ley de Minería, la Presidencia de la República menciona que el tratamiento de aguas, como ya había señalado en líneas precedentes, debe procurar la menor afectación posible de éstas; y en cuanto al artículo 96 de ley en análisis manifiesta que la ley es muy clara al manifestar que las aguas subterráneas pueden ser utilizadas única y exclusivamente cuando “quien las alumbró haya dejado de servirse de ellas, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos y el control ambiental respectivo. Frente a la demanda solicitada por los actores, manifiesta que ha quedado claramente argumentado que la ley de Minería no es inconstitucional por la forma, y que ninguna de las disposiciones de esta Ley son inconstitucionales por el fondo, que los argumentos planteados por los legitimados activos son infundados, y estos han realizado una lectura y argumentación no integral e insuficiente en relación al texto constitucional y al texto de la Ley de Minería.

99

## II. Competencia

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, en ejercicio de las atribuciones establecidas en la Constitución de la República y la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 de 22 de octubre del 2009.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 2 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.

### Problemas Jurídicos a resolver

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, considera necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso, a partir de la identificación y solución de los siguientes problemas jurídicos:

### ***Problemas Jurídicos***

1. ¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa, y si se trata de un requisito de carácter formal?
3. ¿Qué se debe entender por derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador reconocidos en la Constitución?
4. ¿Es la Consulta Prelegislativa un derecho colectivo?; ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?
5. ¿Se produjo aplicación directa de las consultas previstas en los artículos 57 y 398 de la Constitución en el proceso de aprobación de la Ley de Minería?
6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la Consulta Prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?
7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos sobre territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos?
8. ¿Cómo debe entenderse el principio de conservación del derecho en el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de la Ley de Minería?
9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental, establecidos en la Ley de Minería?
10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?
11. La delegación de actividades mineras a la iniciativa privada contemplada en la Ley de Minería, ¿contraviene el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución?
12. Las disposiciones normativas previstas en la Ley de Minería ¿atentan contra los derechos constitucionales a la naturaleza y medio ambiente sano?

### **III. Consideraciones y Fundamentos**

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

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición y publicada

en Registro Oficial de 22 de octubre de 2008. , los artículos: 11, numerales 3 y 5; 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio.

Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.

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 primaria del derecho.

La actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución

De Otto, I. *Derecho Constitucional sistema de fuentes* p. 76. Editorial Ariel, Barcelona 1997.

En ejercicio de dicho principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, podemos hacer alusión a distintos procesos en el ámbito ecuatoriano, entre ellos, la conformación de la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional para el período de transición, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la

Judicatura, entre otros, todas ellas instituciones que encontraban como factor común la ausencia de un acto normativo infraconstitucional que permita el ejercicio de las atribuciones previstas en la Carta Fundamental, sin embargo, al amparo de los principios analizados, aplicaron directamente la norma suprema puesta en vigencia el 20 de octubre del 2008, lo que les ha permitido ejercer sus nuevas competencias constitucionales.

## 2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta pre-legislativa?, y ¿se trata de un requisito de carácter formal?

El primer problema jurídico sustancial que plantea la demanda es si la determinación de la consulta pre-legislativa prevista en la Carta Fundamental, constituye o no un requisito procedimental de carácter formal, como en efecto lo arguyen los accionantes o, por el contrario, se trata de un derecho de carácter sustancial.

En opinión de la Corte, si bien es cierto que la consulta pre-legislativa hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad. En efecto, a juicio de la Corte, y de conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República, la consulta pre-legislativa constituye un derecho constitucional de carácter colectivo.

102 Para fundamentar esta aseveración, a continuación la Corte considera necesario desarrollar y conceptualizar determinados términos y frases incorporadas por el Constituyente en el Capítulo IV de la Carta Fundamental.

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

Una definición básica de derechos colectivos entiende que 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.

En el Ecuador, la Constitución Política de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio que abarcaba por lo menos tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad entre hombres y mujeres, igualdad de derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legitima, de manera exclusiva y preferente,

como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador (artículos 57, 58 y 59 C.E).

Sobre la cuestión de la titularidad de estos derechos tenemos que a diferencia de los clásicos derechos individuales y colectivos, éstos recaen sobre un grupo humano considerado no como agregado de intereses individuales, sino como verdadero sujeto moral autónomo.

Esta clase de derechos colectivos se diferencian de otros derechos, como, por ejemplo, de los llamados derechos de grupo que las Constituciones modernas reconocen a los grupos de intereses, 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.

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

Respecto de la posibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de estos derechos a través de la jurisdicción, mejor conocida como justiciabilidad de los derechos colectivos, tenemos que esta es la característica que diferencia a los derechos del resto de facultades y prerrogativas éticas y sociales que conforman los sistemas de control y regulación social. En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto de que a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, sólo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.

En resumen, los derechos colectivos reconocidos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas participan de los siguientes elementos que los diferencian de los clásicos derechos individuales en cualquiera de sus manifestaciones:

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 los 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.

Por otro lado, el reconocimiento de garantías, y particularmente “garantías

jurisdiccionales” que hace el texto constitucional de derechos colectivos a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, montubias y afroecuatorianas, materializa el pluralismo jurídico y el reconocimiento del Estado ecuatoriano plurinacional.

Esto, además, nos conduce a establecer que las denominaciones de *comunas*, *comunidades*, *pueblos* y *nacionalidades* son las formas culturales de organización a las que la Constitución reconoce la titularidad de derechos colectivos. Actualmente en el Ecuador existen 15 nacionalidades indígenas y 16 pueblos distribuidos en las tres regiones del país

Información pormenorizada respecto al tema, se puede consultar en [www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=43&Itemid=230](http://www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=230). En consecuencia, esta Corte señala que la Constitución ha delimitado con claridad quienes son los únicos legitimados activos para hacer efectivos los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades.

En este punto, es importante analizar el argumento de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, que sostiene: (...) *“en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y que, la Ley de Propiedad Intelectual, única que se refiere a ello, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas”*.

Para esta Corte es preciso dejar en claro que la Constitución ecuatoriana está dotada de fuertes instrumentos que garantizan la plena vigencia de los derechos reconocidos. Entre estos, los más relevantes para el presente caso son la directa e inmediata aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando éstos son más favorables a la vigencia de los derechos, aún a falta de ley (artículos 11, numeral 3 y 426 C.E.); y la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (artículo 424 C.E.). En tal sentido, a la luz de esta reflexión, el argumento expuesto por el representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional no es correspondiente a la nueva realidad constitucional.

4. ¿Es la consulta prelegislativa un derecho colectivo? ¿Cuál es la diferencia entre las consultas previas reconocidas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución y aquella prevista en el artículo 398 de la Carta Fundamental?

Entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, están aquellos relacionados con la participación de éstos en los asuntos que les concierne. Ahora



bien, uno de los derechos de participación de particular relevancia para el presente caso está contenido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, derecho conocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como “consulta pre-legislativa”.

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en relación a la consulta previa, dispone:

*[...] 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; 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; adicionalmente [...] 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.*

A partir de lo expuesto, es evidente que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, constituye el marco genérico de regulación de las consultas previas a realizarse con anterioridad a la adopción de medidas legislativas o administrativas. En ese contexto, en estricta concordancia con la disposición prevista en el Convenio 169 de OIT, la Constitución de la República reconoce y garantiza, en su artículo 57, un catálogo de derechos colectivos en beneficio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos los siguientes:

*[...] Artículo 57. 7: La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...*

*Artículo 57. 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa, que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos.*

Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con

la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Ahora bien, una vez definida la existencia de dos tipos de consulta en tanto derechos colectivos, esta Corte no puede dejar de clarificar, de manera breve, uno de los argumentos esgrimidos dentro del proceso por parte de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional, y que resultará sustancial dentro del presente test de constitucionalidad:

*(...) “si la intención de los demandantes es la de considerar la consulta popular, la Constitución de la República establece los casos y las atribuciones de quien tiene esa facultad constitucional de efectuar consultas populares, ya sea a manera de referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la una sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas Fs. 87 del proceso.”*

106 Dicho argumento confunde distintos niveles de participación que existen en cuanto a la adopción de medidas legislativas o administrativas. Específicamente, confunde tres tipos de consulta: 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

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 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.” –*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,

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 57 numerales 7 y 17: (...) “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y 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 conforma a la Constitución y la ley. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. que por el fondo y por la forma son totalmente diferentes a las consultas señaladas. En efecto, a partir de una lectura textual de los preceptos constitucionales en mención, es claro que las consultas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, determinan el grupo al que deben dirigirse, y como se dijo en líneas anteriores, en tanto derechos colectivos, su ejercicio excluye a la ciudadanía en general.

#### IV. Examen de constitucionalidad

##### Control Formal

Como primera cuestión, esta Corte procede a efectuar el respectivo control formal de constitucionalidad de la Ley de Minería.

Los accionantes se encuentran legitimados para interponer la presente acción de inconstitucionalidad en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 la Constitución vigente, que expone: “*Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano*”. Cabe resaltar que el sistema constitucional vigente es más abierto en materia de justicia constitucional en relación a la Constitución anterior, dado que existe una ampliación de la legitimación activa.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 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.”

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 57 numerales 7 y 17: (...) “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y 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 conforma a la Constitución y la ley. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Llevado por la Comisión de Legislación y Fiscalización para el conocimiento, debate y aprobación que dio lugar a la promulgación de la Ley de Minería, esta Corte

determina que el mismo guarda conformidad con la Constitución de la República, concretamente con los artículos 132, 134, 136 y 137.

### Control de Fondo

Una vez determinada previamente la existencia de tres tipos de consultas en el texto constitucional, es procedente que esta Corte, en virtud de los principios de aplicación directa de la Constitución, determine cuál de las consultas previstas en dicho cuerpo jurídico fue atendida en el trámite aprobatorio de la Ley de Minería; sólo de esa manera podremos establecer la existencia o no de la consulta prelegislativa garantizada en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que resulta ser medular dentro de las alegaciones esgrimidas por los accionantes.

5. ¿Se produjo aplicación directa de las consultas previstas en los artículos 57 y 398 de la Constitución en el proceso de aprobación de la Ley de Minería?

La consulta previa pre-legislativa y la valoración constitucional de la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

108 Corresponde a esta Corte efectuar la valoración constitucional de la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades y su aporte de observaciones al proyecto de Ley de Minería.

Previo a iniciar el análisis en cuestión, cabe identificar el contexto histórico en el que se desarrolló el procedimiento de consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, y la recepción de las observaciones planteadas por éstas en el proceso de elaboración de la Ley de Minería.

En este orden de cosas, es preciso recordar que el efecto directo de la entrada en vigencia de la actual Constitución fue la transformación del orden jurídico ecuatoriano, que produjo un cambio sustancial de circunstancias David Fernández Puyana, “Régimen Jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas”, en Cuaderno Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 43/44, Actas del III Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental, Volumen Segundo, Carlos Flores Juberías (coord.), Valencia, primavera/verano, 2003.

Como consecuencia de este cambio sustancial, el Ecuador atraviesa por un proceso de transición que involucra, entre otras cosas, una necesaria adecuación de la estructura institucional del país a los lineamientos contemplados en la Constitución vigente. En este contexto, la adopción de decisiones, y en especial la promulgación de una serie de leyes por parte de la entonces Comisión de Legislación y Fiscalización, así como de la actual Asamblea Nacional, ha tenido que someterse a los plazos previstos en las Disposiciones Transitorias contempladas en la Carta Fundamental.

Bajo esas circunstancias, como consecuencia de aquellos plazos, la Comisión de Legislación y Fiscalización debió apresurar los procesos de formación de leyes y debates para cumplir con tales objetivos y obligaciones constitucionales. Refiriéndonos al caso concreto, se evidencia la ausencia de regulación legal infra constitucional previa para la realización de la consulta prelegislativa prevista y garantizada en los artículos 6 del Convenio 169 de la OIT, y 57, numeral 17 de la Constitución de la República.

Por las razones antes examinadas y en virtud del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, a la Corte le corresponde hacer un juicio de constitucionalidad respecto a las acciones u omisiones de los distintos actores en el proceso de información y participación de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, previa la promulgación de la norma en cuestión. Con este propósito, esta Corte solicitó a la Asamblea Nacional, concretamente a la Comisión de Desarrollo Económico y Producción, la remisión de la información pertinente relacionada al proceso de discusión del Proyecto de Ley Minera.

A continuación se transcribirán, en orden cronológico, los fragmentos pertinentes de los oficios que han sido identificados por esta Corte Constitucional:

**A) Con fecha 22 de octubre del 2008** (2 días después de la promulgación de la nueva Constitución), a través del Oficio Circular N.º 0022-DPG-DM- 218-SM-2008-0816799, el Ingeniero Derlis Palacios G, en su calidad de Ministro de Minas y Petróleos, señala: “Me permito remitir a usted el proyecto de la nueva Ley de Minería, el mismo que ha sido desarrollado en el marco de un proceso participativo y de diálogo que se ha efectuado a partir del mes de abril del presente año... Sin lugar a dudas este es un documento perfectible y a partir de ese criterio, como un requerimiento interno y permanente de nuestro gobierno y como una obligación propia frente a nuestros mandantes, el Gobierno de la Revolución Ciudadana pone a su consideración el presente proyecto. Recibiremos sus observaciones y comentarios al correo electrónico: [nuevaley@minasypetroleos.gov.ec](mailto:nuevaley@minasypetroleos.gov.ec) o en la Subsecretaría de Minas, en la dirección Juan León Mera y Orellana esquina. Edif.. MOP 4 to piso.

Dicho escrito está dirigido a una serie de funcionarios gubernamentales y ciudadanía en general, entre ellas, Marlon Santi, en su calidad de Presidente de la CONAIE, documento que cuenta con una fe de recepción de fecha 28 de de octubre del 2008.

A partir de lo expuesto, esta Corte constata que la entidad de la cuál provino la *invitación* al Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, fue el Ministerio de Minas y Petróleos. Dicha actuación, si bien no guardó conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que dispone que el órgano que debe realizar dicha consulta previa es aquél que cuente con potestad o atribuciones para la adopción de medidas legislativas, es decir, la Asamblea Nacional, sí guardó conformidad con el texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el mismo que dispone “*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”.*

Por otro lado, dicho proceso, llevado a cabo por el Ministerio de Minas y Petróleos, guardó plena conformidad con otro de los procesos previstos en la Constitución, aquél previsto en el artículo 398 de la Constitución, y que no forma parte de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a los que se refiere el artículo 57 de la Carta Fundamental. Dicho precepto establece, de manera clara, que en caso de eventuales perjuicios al medio ambiente, el sujeto consultante será el Estado.

Es así que si bien el proceso de consulta impulsado por el entonces Ministro de Minas y Petróleos guarda mayor conformidad con la disposición prevista en el artículo 398 de la Constitución, no cabe duda de que en cierta forma, el hecho de solicitar la participación de un sector de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, denota también una aplicación directa del artículo 57, numeral 17 de la Constitución.

110 B) Con fecha **2 de diciembre del 2008**, un extenso grupo de organizaciones sociales, entre ellos el señor Marlon Santi, en su calidad de Presidente de la CONAIE; Humberto Cholango, en su calidad de Presidente de la Ecuarunari; Domingo Ankuask, en su calidad de Presidente de la COFENAIE; Salvador Quishpe, en su calidad de Coordinador de la Asamblea de los Pueblos; Abel Arpa, en su calidad de Coordinadora del Jubones; Rodrigo Aucay, en su calidad de Presidente del Bangui; Carlos Lituma; en su calidad de Presidente de Defensa de la Vida Gualaquiza; Manuel Molina, en su calidad de Presidente de las Juventudes de Gualaquiza; Luis Segura, en representación del Municipio del Bangui; Isabel Curipoma, en representación del Frente Femenino del Bangui; Pedro Gonzáles, en su calidad de Presidente Saraguros; Grace Calle, en representación del Movimiento Mujeres Luna Creciente del Sur; Agustín Tene, en representación de la Asociación Saraguros de Loja; Mecías Córdova, en representación de FECAB-BOLÍVAR; Gloria Chicaiza, en representación de Acción Ecológica; Mónica Barsallo, en representación del Frente de Defensa Yantzaza; Francisco Yascaibay, en representación del Frente de Defensa del Cañar; Julio Gualán, en representación de CORPUKIS LOJA, mediante comunicación dirigida a la Dra. Irina Cabezas, Presidenta de la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo, señalan en lo pertinente:

*“Conocedores del tratamiento que la Comisión Legislativa y de Fiscalización al Proyecto de Ley Orgánica de Minería, enviada por el Ejecutivo el pasado 14 de noviembre del presente año y amparados en el Art. 137, segundo inciso de la Constitución vigente, hacemos llegar a usted y por su digno intermedio a los señores y señoras Asambleístas miembros de la Mesa que usted muy acertadamente preside, los argumentos de inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica de Minería, razón por la cual pedimos el ARCHIVO*

*correspondiente del proyecto indicado. Sin embargo, por tratarse de un tema muy complejo y necesario para el ordenamiento y el uso de los recursos naturales, entre ellos los metales y materiales de construcción, planteamos generar un verdadero espacio de diálogo entre todos los sectores sociales, académicos, indígenas, campesinos, medios de comunicación, profesionales del país, a fin de juntos evaluar y valorar la conveniencia o no de llevar a nuestro país a una etapa de minería a gran escala y luego dictar una ley para regular lo más conveniente para el país.*

**Nota:** La comunicación señalada se encuentra firmada por los representantes antes mencionados.

En este punto, cabe advertir que fueron los propios representantes de una serie de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes decidieron participar y exponer sus argumentos para demostrar ante la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo, presuntas inconstitucionalidades inmersas en el proyecto de Ley Minera. Por consiguiente, es claro que dicho proceder resulta ser una clara muestra de un proceso de información y participación de varios representantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aspecto que determina nuevamente una aplicación directa del precepto constitucional que regula y garantiza la consulta previa prelegislativa en tanto derecho colectivo.

C) Con fecha **5 de diciembre del 2008**, vía oficio N.º 172 FSHZCH- P, dirigido a la Doctora Irina Cabezas, Presidenta de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Asamblea Nacional, el señor Rubén Naichap Yankur, Presidente de la Federación Shuar, en lo pertinente señala:

*“Con fecha 1 de diciembre en la ciudad Quito, nuestra Organización provincial presentó al economista Rafael Correa, Presidente Constitucional del Ecuador una propuesta de reforma a la nueva Ley Orgánica de Minería, en los artículos 64 y 89, tomando en cuenta los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.*

*Con lo expuesto nos permitimos de la manera más comedida y respetuosa solicitar:*

*1. Que nuestra propuesta sea incorporada en los artículos mencionados como muestra de justo reconocimiento a nuestro pueblo que posee gran riqueza de recursos naturales dentro de sus tierras ancestrales, cuya copia con su respectiva fe de presentación le adjuntamos.*

**Nota:** En el documento consta la firma del señor Rubén Naichap Yankur, Presidente de la Federación Shuar.

El oficio citado demuestra nuevamente la participación, en este caso de la Federación Shuar, en el proceso de aprobación de la Ley de Minería.

D) Con fecha **18 de diciembre del 2008**, vía oficio N.º 050-LGG-AN, los señores Asambleístas de Pachacutik, Jorge Sarango, Gilberto Guamangate y Carlos

Pilamunga, remiten al señor Arquitecto Fernando Cordero, las observaciones realizadas por el Movimiento Pachacutik “*MANIFESTACIÓN POLÍTICA PARTIDISTA DE GRAN PARTE DEL SECTOR INDÍGENA DEL PAÍS*” al proyecto de Ley Orgánica de Minería, a fin de que se disponga su tratamiento. Se trata de un documento de 10 hojas, en el que se exponen una serie de eventuales inconstitucionalidades del proyecto de Ley Minera.

**Nota:** En el documento constan las firmas de los asambleístas citados.

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, lo que en el marco del Derecho Internacional se conoce como *principio rebus sic stantibus: cambio sustancial de circunstancias*;<sup>1</sup> situación excepcional que debe ser tomada en consideración en el presente juicio de constitucionalidad.

Conscientes del contexto histórico, las circunstancias en las que se desarrolló el proceso de aprobación de la Ley de Minería, y ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, 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 las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte.

Ahora bien, debe quedar claro que aun cuando esta Corte haya determinado, bajo estas excepcionales circunstancias específicas, propias de una transición constitucional profunda, la conformidad constitucional del procedimiento de información y participación atinente a la Ley de Minería, es también deber del máximo órgano de la Justicia Constitucional ecuatoriana, en tanto garante de la vigencia de la Constitución y de los contenidos axiológicos previstos en ella, precautelar y prevenir la eficacia de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y precisamente por ello, hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos mínimos que deberán cumplirse para los casos que requieran consulta prelegislativa.

---

1 David Fernández Puyana, “Régimen Jurídico para la protección de las minorías nacionales en los países de la Europa Oriental conforme al Derecho previsto en Naciones Unidas”, en *Cuaderno Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 43/44, Actas del III Encuentro Español de Estudios sobre la Europa Oriental, Volumen Segundo, Carlos Flores Juberías (coord.)*, Valencia, primavera/verano, 2003



## 6. ¿Cuáles son las reglas y procedimientos mínimos que debe contener la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución?

Esta Corte determina que el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución, y que deberá llevar a cabo la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales.

1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.

3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

Establecidos los requisitos para el cumplimiento de la consulta previa prelegislativa, 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 para todos aquellos casos similares que encuentren relación con el ejercicio de derechos colectivos de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades del Ecuador, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios, hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo.

113

### *I. De los actores*

#### **A quién se consulta**

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa, en tanto derecho colectivo, está dirigida única y exclusivamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos, de manera práctica y real, por efectos de la aplicación de una ley.

La consulta prelegislativa respetará los procesos de deliberación interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, de conformidad con su cultura, costumbres y prácticas vigentes.

Admitirá que los resultados de la consulta se expresen en los idiomas propios de cada entidad consultada.

La Asamblea Nacional identificará, previamente, a las entidades a ser consultadas, para lo cual requerirá el apoyo técnico del CODENPE o la entidad que haga sus veces, sin perjuicio de que pueda requerir el apoyo técnico de otras instituciones públicas, según el caso.

El resultado de la consulta estará suscrito por los representantes legítimos de las entidades consultadas, sin desmedro de que se adjunten listados de participantes en el proceso de deliberación interna, de conformidad con sus costumbres, tradiciones y procedimientos propios.

### **Quién realiza la consulta**

La Asamblea Nacional es el órgano constitucional responsable de llevar a cabo la consulta, para lo cual podrá disponer la colaboración de distintas instancias estatales como el Consejo Nacional Electoral, el CODENPE o la entidad que haga sus veces, y otras instancias gubernamentales que considere pertinentes para un cabal cumplimiento de la consulta.

## ***II. De las Fases de la consulta prelegislativa***

114

Esta Corte establece que la consulta prelegislativa se desarrollará en cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro, información y ejecución; y fase de análisis de resultados y cierre del proceso. En todas estas fases se observará el principio de interculturalidad, y en tal virtud, la consulta se realizará en castellano, pudiendo receptarse pronunciamientos en los idiomas propios de los pueblos y nacionalidades consultados.

### **1. Fase de preparación de la consulta prelegislativa**

En esta fase la Asamblea Nacional establecerá:

a. Mediante acto administrativo, la agenda de consulta con identificación de los temas sustantivos a ser consultados, el procedimiento de consulta, los tiempos de la consulta y el procedimiento de dialogo y toma de decisiones.

b. Definirá, conjuntamente con el Consejo Nacional Electoral, los documentos necesarios para la consulta que contendrá una papeleta de resultados y un sobre de seguridad.

### **2. Fase de convocatoria a la consulta prelegislativa**

En esta fase la Asamblea Nacional establecerá:

a. Mediante convocatoria pública, abrirá oficialmente la consulta prelegislativa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos

y montubios, que hubieren sido previamente identificados por el organismo público técnico especializado como posibles afectados en sus derechos colectivos.

b. Abrirá una oficina central de información y recepción de los documentos de la consulta, en la ciudad de Quito y en las provincias que correspondan, para lo cual el Consejo Nacional Electoral brindará apoyo logístico y operativo.

c. En cinco días laborables, contados desde la fecha de la convocatoria pública a la consulta prelegislativa, el Consejo Nacional Electoral receptorá la inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias que participarán en el acto ciudadano.

### **3. Fase de información y realización de la consulta prelegislativa**

En esta fase la Asamblea Nacional garantizará:

a. La entrega oficial de la norma consultada que se realizará en el acto de inscripción de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades participantes en la consulta prelegislativa.

b. La entrega de los documentos para la realización de la consulta.

c. La entrega de las normas que rigen la consulta prelegislativa, con información sobre los tiempos de realización del proceso.

d. Las oficinas de información y recepción ofrecerán información acerca de la norma consultada, las reglas de la consulta y toda información que facilite y estimule la deliberación interna de las entidades consultadas.

e. En veinte días laborables, a partir de la fecha de cierre de las inscripciones, las oficinas de consulta receptorán los documentos de la consulta debidamente sellados. En estos, a más de la papeleta oficial de resultados, se podrá adjuntar el listado de participantes en los procesos de deliberación interna de las entidades consultadas, así como las respectivas actas de reuniones o asambleas comunitarias. La discusión interna en los distintos niveles de organización de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que participen, se realizará en base a sus costumbres, tradiciones y procedimientos internos de deliberación y toma de decisiones, sin que ninguna instancia ajena a éstas intervenga en el proceso interno. No obstante, las entidades participantes de la consulta podrán recabar opiniones técnicas y especializadas, si así lo requieren.

115

### **4. Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa**

En esta fase la Asamblea Nacional garantizará:

a. La instalación de una mesa de diálogo conformada, por un lado, por delegados de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades consultadas, previamente inscritos; y por otro lado, por una comisión legislativa ad-hoc conformada por el CAL. Esta mesa de diálogo tendrá una duración de veinte días laborables, contados a partir de la finalización de la tercera fase de consulta. No obstante, la Asamblea

Nacional podrá extender este plazo a su consideración, si las circunstancias así lo exigen.

b. La discusión pública de los resultados de la consulta y de las posiciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades respecto de las afectaciones objetivas de la ley a sus derechos colectivos.

c. La suscripción de consensos, para lo cual será fundamental la buena fe de las partes, y de no llegarse a éstos, sobre uno o varios puntos, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada.

d. Una vez cerrada la identificación de los consensos y las discrepancias, el Presidente de la Asamblea Nacional hará la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la consulta.

Esta Corte, continuando con el análisis de los argumentos esgrimidos por los accionantes, procederá a analizar aquellos que guardan relación directa con los principios de interculturalidad y plurinacionalidad garantizados por la Constitución, a saber, los relacionados con las tierras y territorios de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. En esa línea, los puntos centrales sobre los que se pronunciará esta Corte serán:

a) La declaratoria de utilidad pública (artículo 15 de la Ley de Minería).

b) El establecimiento de servidumbres de tránsito (artículos 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería).

c) Libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias (artículos 28 y 31 inciso segundo y 59 de la Ley de Minería respectivamente).

d) Consulta ambiental (artículos 87, 88 y 90 de la Ley de Minería).

### **7. ¿Cuáles son los alcances y contenidos de los conceptos de territorio para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la luz de la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos?**

Tradicionalmente, se ha concebido al Estado y reconocido a los derechos exclusivamente desde una perspectiva liberal tradicional, donde los derechos tutelables solían ser los denominados derechos de libertad, particularmente, aquellos de dimensiones de exigencia individual y de fuente ex contractu. De esa forma, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios entre otros, se vieron desplazados históricamente del goce de sus derechos, entre otras razones, a causa de su categorización como grupos minoritarios, y de la homogeneidad identitaria que giraba alrededor de los conceptos de Estado – Nación unitario.

Empero, con el advenimiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es deber de la Corte Constitucional, como principal órgano de garantía y control de la supremacía de la Constitución, establecer una interpretación intercultural del marco constitucional a la luz de los aportes que nos brindan las nociones de las

cuales son portadoras los pueblos y nacionalidades indígenas, para de ese modo hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos en sociedades pluriculturales.

En ese orden de ideas, corresponde a esta Corte analizar si los contenidos previstos en la Ley de Minería respetan esa diferencia y la cosmovisión propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas respecto a su territorio.

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional colombiana, por ejemplo: “El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos (...). Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho. Inicialmente, en un Estado Liberal concebido como unitario y monocultural, la función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos (...). En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo” Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón..

117

En sentido similar, el artículo 1 de la Constitución vigente, al declarar el carácter del Estado como intercultural y plurinacional, establece el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. De ahí que este principio es desarrollado en los artículos 3, numeral 3; 10, 57, 60, 171, 242, entre otros. Es más, el artículo 57, numeral 9, al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, reconoce a los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven los pueblos y nacionalidades indígenas.

En esa línea, es necesario resaltar, en el marco de esta normatividad, que para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos atinentes a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (artículo 11, numeral 2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10).

Normal;footnote text,Footnote Text Char Char Char Char Char,Footnote Text Char Char Char Char Char,Footnote reference,FA Fu,Footnote Text Char Char Char,Footnote Text Cha,FA Fuβnotentext,FA Fu?notentext,Footnote Text Char Char,Car Car Car Car,FA Fu?notentext;Body Text 2;Por consiguiente, en opinión de esta Corte, de acuerdo con el nuevo texto constitucional, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia.

En ese sentido, 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 los derechos, en donde exclusivamente se tornan justiciables en la medida en que garanticen otro derecho, como por ejemplo, la propiedad privada. Veamos qué disponen algunas de las normas previstas en la Ley de Minería y que son parte de la controversia constitucional en el presente caso:

*(...)Art. 15.- Utilidad Pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el Artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador.*

118

Una lectura literal del texto, contrastado con la Constitución, alude a la prohibición de establecer servidumbres de tránsito en áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. No se refiere a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que están claramente previstos en el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución, según el cuál, se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros derechos colectivos, “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles”.

Por estas razones, no cabe hablar de una declaratoria general de utilidad pública que tenga como consecuencia la determinación del justo precio en los territorios indígenas. Consentir una interpretación distinta tornaría a la misma en inconstitucional, porque eventualmente acarrearía el desplazamiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades de sus tierras ancestrales, aspecto que devendría en la vulneración al artículo 1 de la Constitución de la República.

Lo mismo ocurre con las servidumbres que tratan los artículos 100 a); 101; 102; 103; 104 y 105 de la Ley de Minería, cuyas disposiciones sólo son aplicables a los territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

**Art. 100.- Clases de servidumbres.-** Desde el momento en que se constituye una concesión minera o se autoriza la instalación de planes de beneficio, fundición y

refinación, los predios superficiales están sujetos a las siguientes servidumbres: a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera. El concesionario minero, deberá de manera obligatoria cancelar al propietario del predio, un valor monetario por concepto de uso y goce de la servidumbre, así como el correspondiente pago por daños y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y Control determinará ese valor.

**Art. 101.-** Servidumbres voluntarias y convenios.- Los titulares de derechos mineros pueden convenir con los propietarios del suelo, las servidumbres sobre las extensiones de terreno que necesiten para el adecuado ejercicio de sus derechos mineros, sea en las etapas de exploración o explotación, así como también para sus instalaciones y construcciones, con destino exclusivo a las actividades mineras.

**Art. 102.-** Servidumbres sobre concesiones colindantes.- Para dar o facilitar ventilación, desagüe o acceso a otras concesiones mineras o plantas de beneficio, fundición o refinación, podrán constituirse servidumbres sobre otras concesiones colindantes o en áreas libres

**Art. 103.-** Constitución y extinción de servidumbres.- La constitución de la servidumbre sobre predios, áreas libres o concesiones, es esencialmente transitoria, la cuál se otorgará mediante escritura pública y en caso de ser ordenada por resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero, se protocolizará. Estos instrumentos se inscribirán en el Registro Minero.

**Art. 104.-** Indemnización por perjuicios.- Las servidumbres se constituyen previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se causare al dueño del inmueble o al titular de la concesión sirviente y no podrá ejercitarse mientras no se consigne previamente el valor de la misma.

**Art. 105.-** Gastos de constitución de la servidumbre.- Los gastos que demande la constitución de estas servidumbres serán de cuenta exclusiva del concesionario beneficiado o del titular de la planta. Estos dos últimos artículos, a pesar de que no forman parte de las alegaciones de inconstitucionalidad esgrimidas por los accionantes, han sido considerados por esta Corte Constitucional en vista de la conexidad que revisten con las servidumbres que tratan los artículos 101, 102 y 103 de la Ley de Minería.

En cuanto a los artículos 28, 31 y 59 de la Ley de Minería, atinentes a la libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias provenientes de un título de concesión minera, esta Corte, siguiendo la misma línea argumental expuesta para analizar la constitucionalidad de la declaratoria de utilidad pública y la constitución de servidumbres, considera que sería inconstitucional la aplicación de estas normas a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en razón de su carácter inembargable, inalienable e imprescriptible. **Art. 28.- Libertad de**

**prospección.-** Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Minerales Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley.

**Art. 31 inciso segundo.-** (...) El título minero sin perder su carácter personal confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.

**Art. 59.- Construcciones e instalaciones complementarias.-** Los titulares de concesiones mineras pueden construir e instalar dentro de su concesión, plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, depósitos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales, muelles y otros medios de embarque, así como realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones, sujetándose a las disposiciones de esta ley, a la normativa ambiental vigente y a todas las normas legales correspondientes previo acuerdo con el dueño del predio superficial o de haberse otorgado las servidumbres correspondientes, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República, la presente ley y su reglamento general.

Ahora bien, respecto al proceso de consulta previsto en el artículo 90 de la Ley de Minería, al igual que los procesos de participación, información y consulta reconocidos en los artículos 87, 88, 89 y 91 del mismo cuerpo normativo, se constata que tampoco encuentran como destinatarios de su ámbito de regulación, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

**Art. 90 Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos.-** Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República.



La primera impresión que genera la norma en cuestión es la implementación de una excepción a toda actividad minera que se pretenda desarrollar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En efecto, es evidente que la voluntad del legislador fue dotar de un procedimiento especial a las consultas y actividad minera que se desarrolle en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; sin embargo, esta intención adolece de un grave problema que podría acarrear una eventual vulneración a derechos colectivos. Primero, la ausencia de un acto normativo que desarrolle dicho procedimiento; y segundo, lo más grave, somete dicho procedimiento de consulta al artículo 398 de la Constitución.

Tal como lo mencionó esta Corte en líneas anteriores, la remisión que hace el artículo 90 de la Ley de Minería a la consulta prevista en el artículo 398 de la Constitución, es errónea, puesto que se trata de una consulta en materia ambiental atinente a la comunidad en general, y bajo ningún sentido se relaciona con los derechos colectivos y las consultas previas previstas en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución.

#### **8. ¿Cómo debe entenderse el principio de conservación del derecho en el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, en el examen de constitucionalidad de la Ley de Minería?**

121

Ante las circunstancias descritas, es preciso que esta Corte Constitucional se refiera a la importancia del principio de conservación del derecho y a la categoría de sentencias atípicas que pueden existir en el control constitucional.

El control abstracto de constitucionalidad es una actividad relacionada con la revisión, verificación o comprobación de las normas jurídicas que se encuentran dentro de un marco de referencia: la Constitución, y por la cual se realiza el control de actos normativos (artículo 436.2.3 C.E.), así como de actos de aplicación (436.4 C.E.). Es un mecanismo que busca generar coherencia abstracta al interior del ordenamiento jurídico a través de la identificación de normas inconstitucionales por la forma o por el fondo. En este sentido, el control de constitucionalidad representa el mecanismo mediante el cual se garantiza la supremacía del texto constitucional, y en circunstancias extremas de crisis política o social puede favorecer a pacificar los conflictos.

En esa línea, para el ejercicio práctico del control de constitucionalidad, la jurisprudencia internacional ha desarrollado el principio de conservación de la ley como un axioma que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, **en aras de afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado**, evitando, de esta manera, sustituir al constituyente o al legislador. Es decir, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última ratio a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad

no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable. Ese es precisamente el efecto conciliador, pacificador del conflicto social que conlleva el control abstracto de constitucionalidad, proceso a partir del cuál se propende a la armonización de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y no la expulsión indiscriminada de normas que podrían incentivar un conflicto social severo.

Esta Corte Constitucional, en fallos anteriores

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002 – SAN – CC, y en armonía con jurisprudencia constitucional comparada –como la peruana y colombiana– ha establecido la importancia y necesidad de considerar a la acción de inconstitucionalidad como de “*ultima ratio*”, precisando que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando se establezcan situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad, inconciliable” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002- SAN- CC

Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Expediente 102 / 1996. [http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/datos\\_expre.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/datos_expre.jsp).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, tiene como máxima el respeto al principio “de la conservación del derecho, según el cuál los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador, en virtud del respeto al principio democrático (Sentencia C- 100/96. Fundamento Jurídico N.º 10).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 065 /97, párr. 11. Disponible en Internet en <http://www.daffp.gov.co/leyes/3328.HTM>

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos, tal como lo señala el constitucionalista argentino, Néstor Pedro Sagüés, ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución de las reglas infraconstitucionales, también llamada de la “interpretación constitucional del derecho subconstitucional”, que propende “rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo

Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 72 - 73.”.

La hermenéutica constitucional, en estos casos, puede hacer uso de mecanismos interesantes de control abstracto de constitucionalidad como son, por ejemplo, las sentencias atípicas moduladoras, que en el derecho constitucional comparado han servido como importantes herramientas para salvar fuertes inconsistencias normativas. Estos mecanismos constitucionales, a más de corregir toda irregularidad que pudiere existir en la promulgación y contenido de leyes o actos, y rescatar su

conformidad con la Constitución, pretenden pacificar y no recrudecer los conflictos constitucionales que hayan podido generarse a partir de su emisión.

Lo señalado se confirma en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que reconoce en sus artículos 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero, el principio de conservación del derecho, indubio pro legislatore, y la modulación de los efectos de las sentencias constitucionales, como mecanismo idóneo para garantizar la vigencia de derechos constitucionales y la supremacía constitucional. Es decir, la ley en cuestión, a partir de las disposiciones citadas, confirma la procedencia de la utilización de sentencias atípicas en la justicia constitucional.

8.1. ¿Cuáles son los parámetros que tornan posible la implementación de una sentencia constitucional atípica en el contexto ecuatoriano?

Tal como lo señala el profesor Néstor Pedro Sagüés: *“la legitimación de las sentencias atípicas, manipulativas, aditivas, sustractivas y mixtas no es pacífica, puesto que exhiben un alto grado de activismo judicial”*. No obstante, es claro que dicha legitimidad dependerá del modelo constitucional y de la visión de la ciencia jurídica inmersa en él. Así por ejemplo, retomando las palabras del autor citado, *“una visión más protagónica del activismo judicial, muchas veces apurado por reclamos*

Normal;footnote text,Footnote Text Char Char Char Char Char,Footnote Text Char Char Char Char,Footnote reference,FA Fu,Footnote Text Char Char Char,Footnote Text Cha,FA Fußnotentext,FA Fu?notentext,Footnote Text Char Char,Car Car Car Car,FA Fu?notentext; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002 – SAN – CC Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002- SAN- CC

Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Expediente 102 / 1996. [http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/datos\\_expre.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/expedientes/datos_expre.jsp)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 065 /97, párr. 11. Disponible en Internet en <http://www.daffp.gov.co/leyes/3328.HTM>

Néstor Pedro Sagüés, *“Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 72 - 73.

*motorizar a la Constitución, especialmente en lo que hace a derechos humanos, tornándola operativa al máximo, aun ante los silencios del legislador común* Ibídem p.77”.

Por otro lado, algunos autores, como Francisco Díaz Revorio, aceptan este activismo y la emisión de sentencias aditivas, si se trata de efectivizar valores y derechos constitucionales que no admitan demora en su funcionamiento. Javier, Díaz Revorio, *“La interpretación constitucional”*, citado en, Néstor Pedro Sagüés, *“Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 75.

En sustento de lo dicho, resulta evidente, tal como lo determina Sagüés: “*que el Poder Judicial imaginado por Montesquieu, ni la Corte Constitucional diseñada por Kelsen, estarían habilitados para emitir esas sentencias. No obstante, ellos fueron pensados en momentos en que la Constitución era vista más como un documento político saturado de cláusulas programáticas, que como una norma actuante y operativa, exigible ante los tribunales. Esa transformación en el concepto mismo de Constitución hace que un sano activismo jurisdiccional –muy consciente de sus límites, desde luego– esté hoy autorizado axiológicamente para que, en lo sensatamente realizable, efective los mandatos constitucionales mediante prudentes sentencias aditivas, sustractivas o sustitutivas Op., cit P. 77”*,”

### 8.2. ¿Cómo y qué tipo de sentencia atípica es aplicable en el caso sub judice?

Dentro de la categoría de sentencias atípicas –que evitan limitarse a expulsar una disposición normativa– se constata la existencia de una especie en concreto que servirá de plena utilidad para el caso sub judice: las “sentencias interpretativas”. Como su denominación lo expresa, se trata de sentencias a partir de las cuales el juez constitucional interpreta de un modo determinado una regla infra constitucional para tornarla compatible con la Constitución. Dicho en otras palabras, el juez constitucional condiciona la constitucionalidad de la disposición infraconstitucional siempre y cuando sea leída y entendida de una manera determinada. Cabe señalar en este punto, que esta figura jurisprudencial modulativa no es novedosa en el ámbito constitucional ecuatoriano, puesto que ha sido esta misma Corte Constitucional la que en fallos anteriores ha hecho uso de la misma. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0002- SAN-CC

Ahora bien, con respecto al efecto de dicha interpretación constitucional, como no puede ser de otra manera, se torna vinculante para autoridades y personas naturales o jurídicas.

### 9. ¿Son aplicables para los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, bajo cuya superficie existan recursos mineros, el régimen de servidumbres, declaratorias de utilidad pública, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental establecida en la Ley de Minería?

A partir de lo expuesto en el considerando precedente, esta Corte deja en claro, en uso de una sentencia constitucional condicionada, que las normas examinadas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y la consulta ambiental, son constitucionales siempre que no se apliquen los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En tal virtud, esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.

**10. La consulta prevista en el artículo 90 de la Ley de Minería, ¿desarrolla el contenido previsto en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución? De no ser así, ¿cuáles serían las reglas y procedimientos mínimos que debería contener la Consulta previa prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Constitución?**

Esta Corte, tomando como base a la Constitución de la República, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en la materia y jurisprudencia nacional e internacional, procederá a identificar algunos estándares relevantes y provisionales para dotar de eficacia y aplicación práctica a la consulta prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Carta Fundamental, ante la ausencia de norma infraconstitucional en la materia.

En ese sentido, ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta?

Tanto el convenio 169 de la OIT como la Constitución vigente no definen, de manera clara, cuáles son los parámetros que debe cumplir el proceso de consulta previa en sus dos modalidades para poder ser considerado legítimo.

En el caso de la normativa infra-constitucional, no existe, hasta donde esta Corte tiene conocimiento, ninguna ley o reglamento que regule de alguna manera el proceso de consulta previa.

Aun así, no faltan otras fuentes que permiten establecer a esta Corte los parámetros mínimos necesarios que debe cumplir todo proceso de participación para que pueda dársele el nombre de ‘consulta previa’ en los términos del numeral 7 del artículo 57 de la Constitución. Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C - 161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte

de lo que se conoce como *soft Law* Por soft law se conoce en el derecho internacional aquella serie de actos que a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan ser jurídicamente relevantes., y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.

Una consideración general importante es la ratificación del carácter sustancial y no solo procesal de la consulta previa como derecho colectivo, así como el reconocimiento del carácter medular del artículo 6 del convenio 169 de la OIT, dentro del núcleo esencial del Convenio citado.

Los parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberán tomarse en cuenta son:

**a. El carácter flexible del procedimiento** de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.

**b. El carácter previo de la Consulta**, es decir que todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera.

**c. El carácter público e informado de la consulta**, es decir que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios.

**d. El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida**, de acuerdo con las recomendaciones de la OIT James Anaya pone el caso de la reforma constitucional mexicana de 2001 donde se mantuvieron reuniones y audiencias ante el congreso federal con representantes indígenas, que si bien permitieron a sus representantes expresar ciertas opciones sobre el proyecto de reforma, en la medida en que dichas audiencias no fueron sistemáticamente organizadas, no se pueden catalogar de consultas en los términos del convenio 169 de la OIT., la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.

**e. La obligación de actuar de BUENA FE** por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes.

f. El deber de **difusión pública** del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes.

**g. La definición previa y concertada del procedimiento**, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.

**h. La definición previa y concertada de los sujetos de la Consulta**, que son

los pueblos y comunidades afectadas de manera real e indubitable por la decisión.

**i. El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados.** El procedimiento de consulta debe respetar siempre los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados.

**j. El carácter sistemático y formalizado de la consulta,** es decir, que las consultas deben desarrollarse a través de procedimientos más o menos formalizados, previamente conocidos, y replicables en casos análogos

El Relator aconseja la aprobación de leyes o reglamentos generales que regulen los distintos casos de consulta.

k. En cuanto **al alcance de la consulta, siendo** que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (cerca a aquella que tiene el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.

l. Respecto a los *efectos del incumplimiento de esta obligación estatal*, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.

### **11. La delegación de actividades mineras a la iniciativa privada ¿contraviene el artículo 316 de la Constitución?**

127

Los accionantes sostienen que los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de la Ley de Minería contravienen el principio de excepcionalidad de la participación privada en sectores estratégicos, reconocido en el artículo 316 de la Constitución de la República; toda vez que, a su criterio, no se definen los casos en los que procedería dicha delegación, dejando así abierta la posibilidad de interpretaciones arbitrarias que convertirían a la excepción en la regla. La consecuencia de ello sería que las empresas privadas, extranjeras, transnacionales entren en igualdad de condiciones con las empresas nacionales, estatales y pequeñas empresas asociativas o cooperativas.

Al respecto, esta Corte realiza las siguientes precisiones:

Primero, el inciso segundo del artículo 316 de la Constitución de la República, tal como lo reconocen los accionantes, determina que el Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada el ejercicio de actividades inmersas en sectores estratégicos Constitución de la República, Artículo 313: (...) Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley., en los casos que establezca la ley. Como consecuencia de este reenvío normativo, es preciso que esta Corte Constitucional identifique si las disposiciones previstas en la Ley de Minería guardan conformidad con la excepción constitucional citada.

128 A partir de una lectura integral de la norma objeto de análisis, se colige que si bien no se determina en los artículos 1 y 2 de la Ley de Minería el carácter excepcional de la participación privada en el sector Minero, los artículos 21, 22, 30 y 31 confirman expresamente, que al tratarse de un sector estratégico, la administración y gestión es una competencia exclusiva del Estado. En efecto, por un lado, el artículo 21 de la Ley de Minería determina en lo pertinente que: “(...) el Estado ejecuta sus actividades mineras por intermedio de la Empresa Nacional Minera y podrá constituir compañías de economía mixta”; es decir, deja en claro que la regla general será que las actividades mineras se ejecutarán a través de una Empresa Estatal, aspecto que denota la conformidad con el inciso primero del artículo 316 de la Constitución de la República. En esa misma línea, el artículo 22 de la Ley de Minería señala textualmente que (...) “la obtención y el ejercicio de los derechos mineros de la Empresa Nacional de Minería se sujetarán al régimen jurídico establecido en la presente ley y de acuerdo a lo determinado en el artículo 316 de la Constitución vigente”. Finalmente, para confirmar su conformidad con el texto constitucional, los artículos 30 y 31 de la norma objeto de análisis, disponen expresamente que “(...) El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones”, y más adelante “(...) El Estado otorgará excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República.

Por otro lado, las disposiciones citadas, junto con aquellas previstas en el Capítulo II de la Ley de Minería “DE LA CONCESIÓN MINERA”, regulan detalladamente el proceso de concesión. Es así que las propias disposiciones normativas que califican los accionantes como inconstitucionales, evidencian el respeto y conformidad con el artículo 316 de la Constitución de la República, en concreto, con el carácter excepcional de la participación privada en el sector minero.

Todo lo dicho, es decir, la participación de la Empresa Nacional de Minería y del Ministerio sectorial en el otorgamiento de concesiones mineras, en los términos previstos en los artículos 22 y 29 de la Ley de Minería, denotan que se trata de un sector estratégico que no pierde su calidad de tal, por el hecho de ser objeto excepcionalmente, de una delegación a la iniciativa privada. En efecto, la figura de la “concesión” se traduce en que el Estado no pierde su potestad de control y regulación respecto a dichas actividades.

No obstante, esta Corte deja en claro que el Estado debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el artículo 316 de la Constitución de la República, esto es, la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, del ejercicio de estas actividades.



## **12. Con respecto a otras alegaciones de inconstitucionalidad**

El Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, más allá de las disposiciones normativas de la Ley de Minería a las que ya se refirió esta Corte en líneas anteriores, determina que los artículos 26, 79, 80 y 96 “ (...) son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza y explícitamente al agua, por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua”... y más adelante, “que la mejor garantía para la actual generación como para los que vienen es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que se debe dejar prohibido expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos”.

Al respecto, esta Corte, sujetándose a los argumentos esgrimidos en las consideraciones anteriores, determina que son las mismas disposiciones normativas que cita el accionante las que determinan, con claridad, que la Ley de Minería establece una serie de parámetros y requisitos que deben ser cumplidos de manera previa al otorgamiento de una concesión minera en aquellos territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y que precisamente propenden a evitar una vulneración a los derechos de la naturaleza y la generación de daños ambientales. Para ello, una serie de disposiciones normativas contemplan estudios de impacto ambiental, tratamiento de aguas, revegetación y reforestación, conservación de flora y fauna, manejo de desechos, protección del ecosistema, entre otros.

129

Finalmente, con respecto a la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles como humedales, fuentes de agua y páramos, el propio artículo 15, analizado previamente, se remite a la excepción y prohibición prevista en el artículo 407 de la Constitución, es decir, “*la prohibición de la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal*”. Y por otro lado, cabe resaltar que el propio texto constitucional, en el artículo 408, determina que “*excepcionalmente dichos recursos podrán ser explotados a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular*”.

Es decir, mal podría la Ley de Minería establecer una prohibición a la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, cuando el propio texto constitucional establece excepciones a la misma, recordándose que dichas excepciones deben seguir el procedimiento

expreso reconocido en el artículo 408 de la Constitución.

Finalmente, esta Corte constata que Ley de Minería, *–respecto a los territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades–* respeta y previene vulneraciones a los derechos de la naturaleza y medio ambiente; tanto más si se reconocen expresamente procedimientos de información, participación y consulta en los términos previstos en el artículo 398 de la Constitución.

Con respecto a otras acusaciones de inconstitucionalidad esgrimidas por los accionantes, esta Corte desestima las impugnaciones de inconstitucionalidad por carecer de argumentación jurídica, y en aras de fortalecer y desarrollar los mecanismos de impugnación constitucional, se recuerda a los accionantes que toda demanda en esta materia debe estar suficientemente sustentada en razonamientos constitucionales.

Al haber agotado el análisis en cuestión, esta Corte emite la siguiente:

## V. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

### Sentencia:

1. Declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería.

2. Que la consulta prelegislativa es de carácter sustancial y no formal.

3. En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas 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 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.

4. Esta Corte, de conformidad con el numeral 5 del artículo 76 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en respeto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, deja en claro que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá efectuar o aplicar una interpretación distinta a la citada en el numeral precedente.

5. Desechar las impugnaciones de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos que no han sido objeto de la declaratoria de constitucionalidad condicionada expuesta en esta sentencia.

6. Esta sentencia tendrá efectos erga omnes.

7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

**Razón.-** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos a favor, de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, y un voto salvado de la doctora Nina Pacari Vega, en sesión ordinaria de jueves dieciocho de marzo del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por .....- f.) Ilegible.- Quito, 13 de abril del 2010.- f.) El Secretario General.

