



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



VOTO SALVADO DE LA DRA. NINA PACARI VEGA

Caso No.: 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados)

Dado el carácter del Estado así como el momento especial de transición en el cual se desenvuelve la institucionalidad ecuatoriana, creo necesario desarrollar mi voto salvado considerando las respuestas dadas por las autoridades demandadas, la participación ciudadana frente al caso y, sobre todo, el nuevo enfoque y análisis que estamos obligados a realizar fundamentalmente las juezas y jueces, en el cumplimiento genuino de los derechos y garantías constitucionales.

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 dando contestación a las providencias del 06 de mayo del 2009, las 10h00 y 19 de mayo del 2009, las 14h30 dentro de los casos signados con los Nros. 0008-09IN y 0011-09-IN, manifiesta en lo principal:

Que, las mencionadas acciones públicas de inconstitucionalidad propuestas por Marlon René Santi Gualinga y Carlos Pérez Guartambel, pretenden que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma de la Ley de Minería.

Que, como representante legal, judicial y extrajudicial del órgano al cual preside contradice las demandas por ser insustentables en derecho, además de contener improcedencias sustantivas y adjetivas expresadas en los siguientes puntos: en cuanto a lo alegado por los demandantes acerca de una violación al derecho a la Consulta Previa de las nacionalidades indígenas, amparadas en lo que establece el art. 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 que 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, 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.

Que, los artículos: 1 de la Constitución de la República determinan que el Estado ecuatoriano es unitario, 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 que el art. 226 le atribuye competencia a la Asamblea Nacional siempre que estén apegadas a la Constitución y la Ley.

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

Que, 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 aquello 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.

Que, si la intención de los demandantes es el 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 art. 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; que aquello sería atentar en contra de la unidad de la República”.

Que, según los demandantes existe violación al principio, decisión y jerarquía de las leyes, al establecer la disposición final segunda que las normas de la Ley de Minería prevalecerán sobre otras leyes y solo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada expresamente a tales fines. 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, que aquello no dice la norma, sino más bien la especialidad y que para ello es necesario remitirse a lo que dispone el art. 12 del Código Civil.

Que, la Ley Minera es una Ley Ordinaria, puesto que si se la cataloga como orgánica debería haber constado como tal, y que no dice ello en el texto normativo de dicha ley, por lo tanto no existe contradicción alguna ni violación al texto constitucional.

Que, en cuanto a lo alegado por los accionantes respecto a la inconstitucionalidad de fondo de la ley de Minería la Comisión manifiesta: que, 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 acuerdo 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



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



o en zonas declaradas como intangibles puesto que el art. 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 solo es un derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Que, 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 art. 57 numeral 7 de la constitución les garantiza el derecho a la consulta previa.

Que, 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 que va a beneficiar la comunidad o si esta no es sustentablemente económica o ambientalmente.

Que, los demandantes pretenden que en todas las fases de la minería exista consulta previa; que siendo la norma constitucional la de mayor jerarquía, aquella 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, y que si cumple 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.

Que, respecto a la violación de la excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos como la Minería, lo establece el artículo 316 de la Constitución, sin embargo manifiesta la Comisión 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 tienen la capacidad de efectuar por sí solo todas las actividades, caso contrario se estaría en un régimen totalitario.

Que, las normas de los artículos 27 y siguientes de la Ley Minera facultan la actividad minera a la iniciativa privada, y que 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.

Que, 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

Handwritten signature



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 los cuales 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 Arq. 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:

Que, en cuanto a la inconstitucionalidad de forma, 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 el art. 6 del Convenio 169 de la OIT y el art. 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 No. 057-CEDEP de 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 expresada en la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería, señala que *“el sentido que el asambleísta le dio a la Ley, una jerarquía para que las normas constantes en la Ley*



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Minera prevalezcan por sobre otras leyes, es 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: que 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 art. 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." Al respecto dice, el Estado al buscar el buen vivir de su población y al ser el propietario de los recursos 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 encuentre esta clase de recursos, y que aquello guarda relación con lo que dispone el art. 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.

Que, la Constitución en su art. 11 contempla el principio de igualdad ante la ley; que el art. 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.

Que, los accionantes manifiestan que el art. 28 de la Ley de Minería permite irrumpir 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 art. 29 de la Ley en cuestión, se deberá obtener la autorización administrativa.

Que, los demandantes mencionan 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.

Que, 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 actividad minera 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.

[Firma manuscrita]



Que, la Ley de Minería en su Capítulo II 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 auditorías 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.

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

Que, el segundo inciso del art. 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 si establece los casos de excepción en los cuales se puede delegar actividades mineras.

Que, 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 que, en virtud de aquello solicita 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:

Que, 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.

Que, 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 art. 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 art. 11, numeral 2 de la Constitución determinan la igualdad de todas las personas gozando de los mismos derechos y oportunidades.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Que, el inciso segundo del art. 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.

Que, no son admisibles, las alegaciones de los demandados en el proceso de consulta al tenor de lo establecido en el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o el art. 6 del Convenio 169 de la OIT. Que, debe recordarse que la Constitución conforme lo determina el art. 424 en su inciso primero es *"la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico"*.

Que, el art. 417 señala que los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador *"se sujetarán a lo establecido 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.

Que, 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. Que una consulta de esta naturaleza 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 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 cuanto a las inconstitucionalidades por el fondo, la Presidencia de la República manifiesta: Respecto de la supuesta violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas contenida en el artículo 57 de la Constitución, así como a la consulta previa, por parte de los artículos 15, 59, 100, 103, 28; 29, 87, 88, 90; 1, 2, 22,

Handwritten signature



30 y 31 de la Ley de Minería, señala que *“No existe actividad humana alguna o derecho individual o colectivo que no se encuentre regulado, y que son estas regulaciones lo 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, por lo que es factible, respetando los derechos de aquellos, explotar y comercializar dichos recursos naturales no renovables, bajo los condicionamientos constitucionales y legales respectivos.

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

Señala respecto a la inconstitucionalidad de los arts. 15, 28, 59, 100 y 103 de la Ley de Minería, que por principio general en los Estados se garantiza la propiedad privada, encontrándose garantizándose entre otros en los arts. 26 y 321 de la Constitución, estableciendo limitantes como que la propiedad debe cumplir con la *“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.

Que, la utilidad pública en el caso de la minería, y en el 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 art. 83, numeral 7 de la Constitución.

Que, el art. 26 de la Ley de Minería determina que en forma previa 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 que adicionalmente debe realizarse la consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Que, el art. 408 de la Constitución faculta la explotación de los recursos no renovables, siempre que para aquel se cumpla con los principios ambientales establecidos en la Constitución.

Que la Ley Minera en el art. 15, al tratar de las concesiones, establece que las mismas procederán con observancia de la prohibición y excepción contenida en el art. 407 de la Constitución, esto es, 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; que las concesiones deben cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales pertinentes, en especial con los controles establecidos en el art. 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 art. 57, numeral 8 de la Constitución.

Que, la obtención de la concesión faculta realizar diversas actividades mineras, de acuerdo a lo que establece el art. 27 de la Ley de Minería, que para obtenerla de forma previa se deben cumplir con actos administrativos establecidos en el art. 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, esto para preservar el derecho constitucional a gozar de un medio ambiente sano.

Que, a efectos de 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 deben observarse el sistema jurídico en su integralidad y que 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.

Que, el art. 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 art. 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.

Que, 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

Kings



imponen; y que tampoco significa traspaso de dominio de la propiedad, puesto que para ello se requiere de otro tipo de actos jurídicos de diversa índole.

Que, las concesiones no tienen una duración indefinida, y que, 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, que en el caso de las servidumbres aquellas se encuentran determinadas y reguladas en los artículos 100, 101 y 103 de la Ley de Minería, que estas 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.

Que, 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 letra c), 15, 16, 25, 26 letras 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 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 art. 16 de la Ley de Minería debe 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, de conformidad con aquello y conforme lo alegado por los demandantes respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del art. 15 e la Ley de Minería no existiría inconstitucionalidad de esta norma.

Que, conforme lo determina el art. 88 de la Ley de Minería, debe mantenerse adecuada y suficientemente informadas a las nacionalidades, pueblos y comunidades, y que en caso 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 art. 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.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Respecto a los artículos 100 y 103 de la Ley de Minería, señala que al establecerse que las servidumbres deben celebrarse por escritura pública, se otorgaría solemnidad y transparencia a las mismas evitando que se realice un uso inadecuado de las mismas. Que, el art. 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.

Que, en el art. 87 de la ley en análisis, se menciona que la Ley de Minería si rige el derecho a la consulta, encontrándose en el capítulo III, Título IV de la mentada disposición legal. Que, el art. 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 y que esta disposición garantiza a que estas acciones cuenten con la suficiente información de sustento; que, el art. 90 de la Ley de Minería hace mención que dicha ley no viola el derecho a la consulta.

Que, el art. 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 una ley reproducir todos los mandatos, principios y regulaciones contempladas en la Constitución, que 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.

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

Que, 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 que está expresamente permitido en el ordenamiento jurídico; que precautela que en dichos actos se efectúen con transparencia.

Que, corresponde a la autoridad estatal, conforme lo determina la Constitución y la ley autorizar las concesiones mineras; que 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. Que, 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 que 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, la Presidencia de la República en lo principal manifiesta:



Que, la Ley de Minería en sus respectivos artículos determina que en forma previa a efectuarse cualquier actividad minera, deben obtenerse los actos administrativos previos que fueren necesarios, entre ellos, se requiere contar con la autorización expresa de la autoridad única del agua, en lo relacionado a su uso y que dicho uso debe hallarse conforme a la Constitución. Que, a efectos de obtenerse una concesión minera debe cumplirse varias disposiciones, entre ellas las de carácter ambiental.

Que, según establece el art. 78 de la Ley de minería, que 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, así como realizar auditorias ambientales cada año y producir garantías suficientes para cuando sus actividades ocasionaren daños ambientales.

Que, el tratamiento de aguas, de acuerdo con las normas ambientales, debe procurar la menor afectación posible de este recurso, y que aquello se encuentra contemplado en el art. 79 de la Ley de Minería; que el art. 80 de la mentada Ley trata de aspectos relacionados con la revegetación y reforestación; el art. 81 de la acumulación de residuos y prohibición de descargas de desechos, el art. 82 en lo atinente a la conservación de flora y fauna, el art. 83 sobre manejo de desechos, el art. 84 sobre protección de ecosistemas y el art. 85 sobre el cierre de operaciones mineras, de lo cual se colige que el accionante no ha realizado una lectura y comprensión integral del texto de la Ley de Minería.

En cuanto al art. 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*”.

Finalmente 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 que estos han realizado una lectura y argumentación no integral e insuficiente en relación al texto constitucional y al texto de la Ley de Minería.

Argumentos de otras personas y organizaciones socio-ambientales.-

Debido a la trascendencia de la acción planteada, considerando la inclusión de varios sectores de la sociedad y en razón de contar con conocimientos técnicos respecto a la supuesta inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la Corte Constitucional para el Período de Transición, mediante providencia del 26 de mayo de 2009, las 15h00 fundamentados en el numeral 3, del art. 86 de la Constitución de la República remitió



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



oficios entidades de educación superior, ONG's y persona naturales expertas en problemática ambiental y minera, con el objeto de contar con criterios en torno a los impactos ambientales, culturales y/o sociales que podrían acarrear la aplicación de los artículos e la Ley Minera que han sido impugnados por inconstitucionales [...]”.

De la Escuela Superior Politécnica Nacional.-

Al respecto, el Ing. Alfonso Espinosa Ramón, Rector de la Escuela Superior Politécnica Nacional mediante oficio No. R-0434-2009 del 01 de junio de 2009 establece en lo medular que: “[...] *Para poder determinar impactos ambientales, culturales, y/o sociales, es necesario el estudio de un proyecto específico, sin que se pueda emitir un criterio en este sentido sobre la aplicación de determinados artículos de un cuerpo legal.*”

De la Facultad de Ingeniería en Geología, Minas, Petróleos y Ambiental de la Universidad Central del Ecuador.-

El Ingeniero Víctor Hugo Paredes Mejía Decano de la Facultad de Ingeniería en Geología, Minas, Petróleos y Ambiental de la Universidad Central del Ecuador, mediante oficio No. 650 D. FIGEMPA de fecha 04 de junio de 2009, en lo principal manifiesta: que hasta el momento no se han expedido los reglamentos para la aplicación de la Ley Minera, por lo que no se puede asumir que existen indicios de que, como resultado de su aplicación vayan a producirse impactos ambientales, culturales o sociales que ocasionalmente pudieran ocasionarse como efecto de la aplicación de los artículos impugnados de la Ley Minera, sin que, tampoco pueda predecirse si tales impactos, especialmente los sociales y culturales, vayan a ser positivos o negativos. Que, las acciones de inconstitucionalidad deducidas, consideran que los mismos guardan relación con análisis de estricta índole legal y constitucional, ajenos al ámbito de su gestión.

De la ONG Acción Ecológica.-

Acción Ecológica mediante escrito presentado el 05 de junio de 2009, en ejercicio de su derecho a participar en la vida cívica y comunitaria del país presenta argumentos para que sean tomados en cuenta por la Corte; en lo principal manifiestan que el Estado ecuatoriano ha asumido un nuevo rol como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en donde deben respetarse novedosas garantías constitucionales relacionadas con los derechos de la naturaleza, el buen vivir y la participación ciudadana, ante lo cual la Corte Constitucional debe garantizar la supremacía de la Constitución y la interpretación con carácter vinculante de las normas constitucionales; señalan que una vez que la Constitución incorpora los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad, los mismos que se rigen por el principio pro homine, aquellos son de directa e inmediata aplicación. Señalan además que al



promulgarse la Ley de Minería existe una inconstitucionalidad por la violación al derecho a la Consulta prelegislativa, la cual constituye un vicio de forma y de fondo que atenta la constitucionalidad de la Ley de Minería, determinando que aquello se encuentra respaldado además de la Constitución en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 6 numeral primero 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*”.

Manifiesta que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una jurisprudencia sólida en relación con los derechos de las comunidades étnicas y el derecho de consulta prelegislativa fundamentándola en la naturaleza del Estado Constitucional y en las obligaciones de la incorporación del bloque de constitucionalidad; destaca la obligatoriedad de la consulta cuando se trata de medidas legislativas que desarrollan disposiciones del Convenio 169 de la OIT, es decir, todas las medidas relativas a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas o tribales deben ser objeto de consulta.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo señala que la libertad en la prospección constituye la principal amenaza para la satisfacción plena del derecho al territorio de las comunidades indígenas, así como de los derechos conexos reconocidos en la Constitución. La Ley de Minería se contradice permanentemente en su texto; que en el articulado de la Ley de Minería el legislador omitió incluir dentro de las excepciones (los territorios de las comunidades indígenas), de igual manera el aprovechamiento del agua y en la concesión de servidumbres, ya que el legislador solo tomó en cuenta a las comunidades indígenas para la repartición de ganancias que resulten de la actividad extractiva, configurándose una violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas. También manifiesta que se produce una inconstitucionalidad por violación a los derechos de la naturaleza, asociándolos con la disposición constitucional contenida en el art. 277 que impuso al Estado el deber general, para la consecución del buen vivir.

Finalmente señala que la Ley de Minería no integra el orden jurídico vigente por cuanto no se cumplió con el requisito de la consulta prelegislativa.

Ec. Alberto Acosta, ex Presidente de la Asamblea Nacional.

El 09 de junio de 2009, el Ec. Alberto Acosta Espinoza remite a la Corte sus consideraciones sobre los efectos económicos, sociales, ambientales y culturales de la aplicación de la Ley de Minería vigente; expresando en lo principal: que la Constitución reconoce la consulta prelegislativa para las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas; señala que la Ley de Minería no fue consultada a estas comunidades y pueblos antes de su adopción, y que tratándose de una ley de tanta trascendencia se debió abrir el debate para que participe toda la sociedad ecuatoriana; manifiesta que esto



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



lamentablemente no sucedió y que las pocas reuniones aisladas e incluso manipuladas para hablar del tema minero en muy pocos lugares del país, no pueden ser asumidos como cumplimiento de la norma constitucional en cuanto a la consulta previa.

En cuanto a división y jerarquía de las leyes manifiesta que no hay fundamento jurídico para que esta Ley tenga un régimen sui géneris; que el artículo 57, numeral 4 de la Constitución contiene el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas al territorio, el cual será inalienable, inembargable e indivisible; que la Ley Minera permite que se impongan servidumbres, de esta manera la servidumbre constituye una forma de dividir la propiedad, ya que el control efectivo de la tierra pasa a un tercero. Que la Ley de Minería violentando la disposición constitucional del art. 316 da el mismo trato a las empresas públicas y privadas en el acceso a las concesiones mineras, cuando por mandato constitucional solo excepcionalmente se puede delegar a las empresas privadas la participación en los sectores estratégicos. Que, también se violentaría los derechos de la naturaleza y el derecho humano al ambiente sano, así la minería utiliza grandes cantidades de agua para obtener los metales, la que luego, normalmente, es vertida, contaminada en sus cursos originales, por otro lado, los derechos de las fundiciones pueden contaminar las aguas superficiales y subterráneas; y en cuanto a las violaciones de los Derechos Humanos estos son muy comunes en actividades mineras; cita como ejemplo que cerca del 70% de los desplazamientos forzados ocurridos en Colombia entre 1995 y 2002 se produjeron en áreas mineras.

De la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.-

El 18 de junio de 2009 el centro de Derechos Humanos de la facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, presenta un "*Amicus curiae*", como cuestiones preliminares manifiesta que el Ecuador ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, que además votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Indígenas; en cuanto a las presuntas inconstitucionalidades de forma de la Ley Minera señala que el art. 133 de la Constitución clasifica las leyes en orgánica y ordinarias, estableciéndose en el prenombrado artículo los casos en los cuales las leyes se considerarán orgánicas, frente a aquello la disposición final segunda de la Ley de Minería establece una jerarquización superior de esta Ley por sobre las demás leyes; sin embargo pese a que la Comisión Legislativa le otorgó los efectos de una ley orgánica a la Ley de Minería, no se exigió una mayoría absoluta para su aprobación y la norma no se refiere a ninguna de las materias a las cuáles la Constitución reserva la posibilidad de establecer regulaciones mediante leyes orgánicas.

De igual manera el art. 57 numeral 17 reconoce el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos

Mesa



colectivos; señala que se ha reconocido ampliamente que la actividad minera afecta los derechos colectivos de los pueblos indígenas, debiendo producirse la consulta previa como un requisito formal y material para que el cuerpo normativo entre en vigencia, considera que ha existido una violación del mandato constitucional al ignorar la participación de las comunidades y nacionalidades indígenas en el debate lo que torna inconstitucional a todo el cuerpo normativo.

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo manifiesta que la Ley violenta los artículos. 57 numeral 4 de la Constitución y 21 de la Convención Americana en donde se exige que para realizar actividades mineras en tierras y territorios de las comunidades indígenas, el Estado deberá obtener el consentimiento libre, informado y previo de las poblaciones indígenas.

En cuanto a la vulneración de los derechos de la naturaleza contenidos entre otros en los artículos 71 y 73 de la Constitución, manifestando que para garantizar estos derechos el estado debe abstenerse de realizar o permitir actividades que atenten de forma desmedida o descontrolada a la naturaleza, si bien toda actividad humana genera contaminación ambiental, el compromiso del Estado en la Constitución es la prevención respecto a la degradación de la naturaleza, por lo que no debería permitir actividades que a pesar de la tecnología y precaución empleadas dañe los ciclos naturales, destruya el ecosistema y contamine las fuentes de agua, y que la minería a gran escala genera condiciones ambientales insostenibles, además requiere grandes cantidades de agua y elimina cualquier opción de desarrollo productivo sustentable alrededor de la mina.

En conclusión señalan que la Ley de Minería contiene varias normas inconstitucionales entre aquellas la disposición final segunda que establece que esta Ley prevalece por sobre las demás leyes, pretendiéndole dar un efecto restringido para las leyes ordinarias, y además porque es el resultado de un proceso legislativo en donde no intervinieron las organizaciones indígenas.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Sobre la naturaleza jurídica, alcances y efectos de la acción de inconstitucionalidad.-

El constitucionalismo representa en la actualidad una fuerte corriente de renovación del Derecho, evidenciándose de esta forma lo que suele denominarse como "*supremacía de la Constitución*", en donde todos los poderes públicos así como los particulares nos hallamos sometidos a las normas contenidas en la Carta Fundamental. Empero no solo las personas y autoridades están sujetas a esta "*supremacía*"; sino que todo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado debe guardar relación con los



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



preceptos constitucionales; surgiendo así la figura del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución¹.

“[...] En miras a asegurar la supremacía de la Constitución es que se crea un procedimiento, que permita, en toda circunstancia, la verificación de los actos jurídicos emanados de los cuerpos ejecutivo y legislativo, para evaluar si están conformes a la Constitución o al menos no opuestos a ella”².

En efecto, el denominado control de constitucionalidad pretende que el conjunto normativo que forma parte de un determinado Estado guarde armonía con la Constitución Política; para ello se han creado varios organismos e instituciones, que dependiendo del sistema en que se incorporen suelen ser: concentrados, difusos o mixtos, en atención al órgano o agente que realice aquel control; tarea que resulta de gran importancia para la seguridad jurídica de toda Nación, puesto que como bien sostenía Sieyes *-[...] para vivir dentro de la Constitución, era necesario crear un mecanismo que la hiciera respetar [...]-*.

“El control de la constitucionalidad de las normas es uno de los pilares fundamentales sobre el cual se asienta la democracia de la mayoría de países del orbe. Aquella tarea ha sido encomendada a distintos actores a través de la historia, sin embargo debido a la connotación tutelar de derechos por parte de los jueces constitucionales, es menester por parte de estos agentes ejercer un control que tienda no solo a limitar el poder proveniente de las otras funciones del Estado, sino que en una acometida mucho más extensa establezca una supremacía material de la Constitución”³.

Con el fin de a garantizar la supremacía de la Constitución se establece un control abstracto de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tendiente a evitar que las normas promulgadas por el órgano legislativo entren en contradicción con las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental y sobre todo que atenten en contra de los derechos fundamentales que bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, plurinacional e intercultural, propende a tutelar.

En este sistema, la tarea de control abstracto se encuentra a cargo de un órgano específico el mismo que en nuestro país es la Corte Constitucional, que mediante una suerte de especialización en materia constitucional concentran para sí el ejercicio del control abstracto de constitucional de las normas. De ahí que la primera variable de este sistema concentrado está dado por la especialización del órgano para asuntos

¹ Manuel Aragón Reyes, *“Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control”*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999. pp. 15.

² Citado por Joachim Roth, *“El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”*, en Comisión Andina de Juristas, *La constitución de 1993*, Serie Lecturas sobre temas constitucionales No. 12, Lima, 1996, pp. 118.

³ Christian Masapanta Gallegos; *“El control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios al inaplicar preceptos contrarios a la Constitución”*, Tesis de Maestría en Derecho Constitucional; UASB-Ecuador; Quito; 2008, pág. 10.



exclusivamente constitucionales y que precisamente expresa la supremacía jerárquica de la Constitución por sobre el ordenamiento jurídico.

Este sistema también conocido como sistema europeo de control de constitucionalidad, tiene como mentalizador al célebre jurista vienés Hans Kelsen; fue propuesto para la Constitución austriaca de 1920, y en lo principal determina la conformación de un órgano por fuera del poder judicial clásico denominado Corte o Tribunal Constitucional, para que detente las funciones de controlar monopólicamente la constitucionalidad de las leyes emitidas por el parlamento, pronunciando sentencias con efecto erga omnes⁴.

Con el devenir del tiempo y el advenimiento de un nuevo modelo de Estado (Estado Constitucional), esta preeminencia del legislativo por sobre los otros poderes del Estado se torna relativa, puesto que la necesidad de un sistema de control de la producción legislativa es imperante en todo sistema democrático, como forma de limitar el poder de una función del Estado.

Montesquieu sostenía que *“el poder debe limitar al poder para que no se haga abuso de él”*, solo así se genera un proceso de frenos y contrapesos o balance of powers, entre aquellas instituciones que detentan poder estatal.⁵

- [...] Para Ronald Dworkin este antagonismo no debe llevar a pensar que el control constitucional de las decisiones legislativas supone un deterioro del principio democrático. Por el contrario, para este autor dicho control es una condición que posibilita alcanzar una verdadera democracia, concebida no en un sentido estadístico como el gobierno de la mitad más uno, sino en un sentido comunitario [...]-⁶

En el Estado Constitucional, los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos radicando en esa titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular y no en ficciones como la representatividad legislativa.⁷

Y al hablar de la titularidad de derechos, a partir del 20 de octubre de 2008, en el caso ecuatoriano, se deben considerar tanto los sujetos individuales cuanto los sujetos

⁴ Néstor Pedro Sagüés, *“Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina”*, en La justicia constitucional en la actualidad, Luis López Guerra (coordinador); Corporación Editora Nacional; Quito, 2002; pp. 173.

⁵ Citado por Salvatore Senese, *“Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”* en Perfecto Andrés Ibáñez, editor, *Corrupción y Estado de Derecho*, Madrid, editorial Trotta S.A, 1996, pp. 41.

⁶ Citado por Carlos Bernal Pulido, en *“El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pp. 41.

⁷ Luigi Ferrajoli, *“La democracia constitucional”*, Obra Citada. pág. 263.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



colectivos de derechos, conforme el imperio establecido en el Art. 10 de la Constitución.

Por su parte, Peña Freire menciona que “[...] frente al imperio de la ley, surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar la ley y la praxis jurídico con los principios y valores constitucionales”⁸.

De la Interpretación constitucional.-

Debido a la trascendencia que enmarca la temática planteada mediante la presente acción pública de inconstitucionalidad es menester de la Corte Constitucional pronunciarse respecto a una interpretación integral de la Constitución desarrollados en los siguientes principios:

1. De la Diversidad Cultural e interculturalidad.-

La diversidad cultural es un principio consagrado dentro de la carta fundamental del Estado ecuatoriano, por medio de la cual en su art. 1 determina que el mismo es intercultural y plurinacional, lo cual comporta un reconocimiento y una nueva cosmovisión del Estado y del rol que aquel debe cumplir para satisfacer las necesidades de sus habitantes.

Bajo el imaginario tradicional se venía concibiendo al Estado y reconociendo los derechos, exclusivamente desde una perspectiva occidental, en donde los únicos derechos tutelables solían ser los denominados derechos individuales, y particularmente los de una mayoría blanco-mestiza a título de ciudadanos o de organizaciones constituidas al amparo de la libertad de asociación⁹ como noción construida por la cultura hegemónica, invisibilizando a los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios entre otros, desplazados históricamente del goce de ciertos

⁸ Antonio Peña Freire, “La garantía en el estado constitucional de derecho”, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 233.

⁹ El sentido colectivo desarrollado por la noción occidental tiene su punto de partida en el sujeto individual de derechos, quien, de manera voluntaria, individual y espontánea decide integrar una asociación, un gremio, un comité, en la búsqueda del bien común. En cambio, el sentido colectivo en la noción desarrollada por los pueblos indígenas no surge de un acto espontáneo de dos o más personas, sino que está ligado a dos elementos sustanciales, identidad y territorio; dicho esto, su ser Kichwa, Aymara, Shwar o Kolla no es una cuestión de una voluntad individual ni espontánea sino que nace y vive con esa identidad; en consecuencia, un pueblo o nacionalidad indígena no se equipara jurídicamente a una simple asociación en el sentido civilista, sino que son una realidad histórica, dinámica caracterizada por elementos objetivos (elementos materiales que les distingue como el idioma, las instituciones políticas, organizativas y jurídicas, las tradiciones, la memoria histórica, las creencias religiosas o las costumbres) y subjetivos (conciencia étnica) que no se limitan al simple “ánimo de asociarse”.



derechos inmanentes a todas las personas, bajo la falsa categorización de grupos minoritarios o la búsqueda de una uniformidad identitaria que ponga de manifiesto la supremacía del coloniaje cultural; 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 nueva interpretación integral 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.

La Corte Constitucional colombiana ya señaló:

“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.”¹⁰

En el caso ecuatoriano, el artículo 1 de la Constitución vigente al declarar el carácter del Estado como intercultural y plurinacional, establece el reconocimiento de uno de los principios transversales: la diversidad étnica y cultural. De ahí que *la diversidad cultural* es desarrollada en los artículos 3.3, 10, 57, 60, 171, 242, entre otros. Es más, el artículo 57.9 al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, reconoce los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven los pueblos y nacionalidades indígenas.

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 que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (Art. 11.2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (Art. 10). Dicho en otras palabras, conviven los derechos del individuo como tal y el derecho de la

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-496/96. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



colectividad a ser diferente y a contar con el soporte obligado del Estado para respetar tal diferencia.

Dentro de aquella acometida resulta importante concebir la realidad de los pueblos indígenas, para quienes, el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidentalista de los derechos, en donde exclusivamente aquellos derechos se hacen justiciables en la medida de que garanticen otro derecho como es la propiedad privada.

En el nuevo rol asumido por la Corte Constitucional resulta de vital importancia realizar una interpretación atendiendo al espíritu mismo de la Constitución en forma integral donde el principio de la diversidad cultural y de la interculturalidad tiende a ser inclusivo al permitir la participación de los diversos sectores de la sociedad ecuatoriana y particularmente la de los pueblos indígenas en la toma de decisiones trascendentales; en aquel sentido el constituyente ha establecido como mecanismo de participación el derecho a la consulta previa, incluso la prelegislativa, siendo esta quizá la herramienta de mayor fortaleza con la que cuentan los diversos pueblos y nacionalidades indígenas para hacer exigibles sus derechos constitucionalmente reconocidos.

Tanto la diversidad cultural, interculturalidad y plurinacionalidad se encuentran contemplados como principios básicos del Estado Ecuatoriano, expresados en el art. 1 de la Constitución de la República. Como bien lo destaca Alberto Acosta: “[...] *la declaratoria del estado Plurinacional por parte de la Asamblea Constituyente, en Montecristi, representa, por un lado, un acto de resarcimiento histórico para los pueblos y nacionalidades indígenas. Y, por otro lado, es simultáneamente una oportunidad para que nuestra sociedad aprenda de los otros, asumiendo un compromiso de convivencia democrática y equitativa, en el que la armonía debe ser la marca de las relaciones de los seres humanos entre sí, y de éstos con la Naturaleza*”.¹¹

En un sentido de construcción democrática, el reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional revela un gran avance en la constitucionalización material de los derechos de los pueblos marginados del Ecuador, su ejercicio revela un compromiso del Estado por superar atavismos históricos de exclusión y racismo, es asumir un compromiso por comprender, conocer y respetar a las otras culturas cuyas tradiciones, costumbres y nociones han sido invisibilizadas; pero sobre todo, comporta asumir una verdadera igualdad en la diversidad entre ecuatorianos y ecuatorianas, independientemente de su procedencia étnica; respetando y haciendo respetar sus creencias y tradiciones, así como sus particularidades; aquello comporta una verdadera

¹¹ Alberto Acosta y Esperanza Martínez; “Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad; Eitorial Abya Yala; Quito, 2009, pág. 7.



igualdad material y no solo una mera enunciación como tradicionalmente se ha venido entendiendo los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Por ello, el sentido que debe darse a la presente demanda de inconstitucionalidad revela un ejercicio interpretativo en donde se aborde la concepción del Estado y su institucionalidad desde una magnitud amplia, es decir, considerando los principios de diversidad cultural, interculturalidad y plurinacionalidad.

La pluriculturalidad o diversidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento jurídico expreso de que en un país conviven distintos pueblos; y que, a partir de ese reconocimiento el Estado está obligado a contar con la participación de dichos pueblos.

La Constitución ecuatoriana consagra como uno de sus ejes centrales el respeto de los derechos humanos, los mismos que deben ser entendidos desde la perspectiva de una sociedad pluricultural, es decir, a la par del principio de diversidad cultural; al respecto cabe destacar como señala Mauricio Beuchot que *“las culturas tienen su identidad, es decir, cierta permanencia y continuidad; pero también tienen su proceso, dinámica, y en ella es donde se dan ciertos conflictos, sobre todo ante otras culturas o dentro de una misma cultura”*; bajo esta perspectiva, en la especie, se evidencia un conflicto dentro de ciertas disposiciones de carácter infraconstitucional como ocurre con la Ley de Minería objeto de la presente acción.

En una sociedad pluricultural existen diferencias marcadas en cuanto a la comprensión y la valoración de los derechos; por ejemplo, cuando en uno de los pueblos indígenas se da cierto trato a las mujeres que van en contra de los derechos humanos, el relativista extremo aceptaría dicho trato, en el entendido de que estas culturas *“así han vivido siempre”*, en cambio, el absolutista manifestará que hay que obligarlas a aceptar y valorar esos derechos, incluso por la fuerza.

Frente a esta disyuntiva es necesario mediar estas posiciones, a través de una hermenéutica analógica e intercultural la cual permitirá aprender de las culturas y superar la postura univocista, en la que se trata de imponer a toda costa un modelo universal, pero también superar la postura equivocista en la que se permite un relativismo cultural excesivo que promueve la diferencia bajo el entendido de superioridad e inamovilidad, teniendo presente que una sociedad sin derechos humanos es ciega, pero sin pluralidad cultural es vacía.

Bajo un criterio interpretativo integral de la Constitución se tiene la exigencia de atender la universalidad de los derechos humanos; pero también, la de atender a las particularidades que se dan en los seres humanos a los que se aplica más aún tratándose de colectividades históricas como los pueblos y nacionalidades indígenas.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



En definitiva el pluralismo comporta la coexistencia de dos principios que entrarían en contradicción; por un lado el de la igualdad de derechos para todos y por otro lado el de mayor permisividad respecto de las diferencias culturales.

Generalmente se ha sostenido que no se pueden permitir las diferencias culturales que vayan en contra de la igualdad-uniformidad, del bien común o de los derechos humanos, sin embargo, deben permitirse las diferencias que enriquezcan convenientemente el acervo cultural del conglomerado social y la fortaleza de los pueblos originarios. Entonces, lo que se propone mediante el ejercicio interpretativo es permitir las diferencias sin lesionar la igualdad, entendida como la *"no uniformidad"*, tanto más que el pluralismo sostiene la convivencia pacífica y respetuosa de las culturas en el seno de los estados; dentro de ellos las culturas interactúan y se enriquecen, a la vez que se corrigen y se retroalimentan unas a otras.

Podemos afirmar, entonces, que los derechos consagrados en la Constitución han tenido un modelo liberal, individualista; y, debido a las reformas constitucionales se ha incorporado un modelo comunitario-solidario en el cual los derechos colectivos deben coexistir en armonía con los individuales. En otras palabras, la Constitución vigente se fundamenta en dos pilares relativos a los sujetos de derechos: uno individual y otro colectivo (art. 10 CRE).

Es así como esta la norma constitucional posibilita el diálogo entre culturas y eso exige la necesidad de comunicación y comprensión, de poner sobre la mesa las formas de generar conocimiento, lo que a su vez significa que pueda identificar lo bueno y criticar lo malo de otra cultura mediante el debate, y de este modo una cultura pueda aprender de la otra y generar el respeto mutuo y materializar la inclusión. El artículo 10 de la Constitución obliga el diálogo epistémico que no es otra cosa que el ejercicio de la interculturalidad que en palabras de Oscar Guardiola Rivera, *"la interculturalidad es el diálogo entre las diferencias epistémicos que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tiene que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza."*

2. De la interpretación intercultural en sí.

Asumir por parte de la Corte un rol de interpretación extenso es dejar de lado un constitucionalismo monocultural que tenía como eje de acción a la cultura occidental en donde no se incluía las realidades ni las racionalidades de los pueblos y nacionalidades indígenas consideradas como *"minorías"*. Actualmente asistimos a un constitucionalismo pluricultural, plurinacional e intercultural, es decir, en palabras de Boaventura de Souza Santos a una *"cultura compartida"*.

تسليم



Al asumir que la interculturalidad es *“el diálogo entre nociones diferentes, entre las distintas formas de producir conocimiento”*, a las instituciones del Estado intercultural les corresponde conocer y considerar las nociones de los pueblos indígenas para superar la exclusión histórica. De hecho, si las nociones son contrapuestas se presentará un primer momento de tensión entre derechos de igual jerarquía o entre principios de igual valor. Precisamente, una interpretación intercultural será la vía para encontrar caminos para el pleno ejercicio de los derechos y la convivencia entre distintos.

Así por ejemplo, respeto a lo alegado por los legitimados pasivos cabe señalar que un Estado unitario no significa un Estado uniforme, y aquello se traduce a lo que se denomina como pluralismo jurídico elemento que debe estar presente a la hora de realizar una interpretación desde la perspectiva de la interculturalidad.

En definitiva, se debe llegar a un consenso en donde se produzca el respeto de las diferencias, en donde no se mire a las comunidades y pueblos indígenas como *“el otro”* empleando términos habermasianos, sino más bien permitir un Estado inclusivo en donde se respeten las diferencias y se conozca la cultura de pueblos y nacionalidades que también forman parte del Ecuador. Como señala Boaventura de Souza Santos *“las diferencias exigen instituciones apropiadas, las semejanzas exigen instituciones compartidas”*; es por ello, que lo alegado por los legitimados pasivos respecto a que no se puede someter a un proceso de consulta previa cada una de las leyes que emita el legislativo, no tiene asidero por cuanto el derecho a la consulta prelegislativa se encuentra destinado hacia leyes que comprometan a sectores diferenciados, ante lo cual y en pos de garantizar los derechos de estas poblaciones, previo a la aprobación de una ley, se debe institucionalizar la consulta previa prelegislativa en casos como la Ley de Minería, cuando éstas puedan estar afectando a dichos pueblos. De ahí que, en estricto sentido constitucional, el Estado debe contar con instituciones compartidas e instituciones apropiadas a la identidad cultural y al carácter mismo del Estado plurinacional. Dicho en otros términos, tanto la cosmovisión occidental como la de los pueblos ancestrales deben coexistir para configurar un verdadero estado plurinacional y generar una herramienta apropiada como la interpretación intercultural.

*“(Una) democracia intercultural [...] debe tener una nueva generación de derechos colectivos que son los nuevos derechos fundamentales. Por ejemplo, el derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales. Estos son los marcos en los cuales debe plantearse una democracia (y un Estado) intercultural”*¹².

¹² Boaventura de Souza Santos; *La paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad en “Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad; Editorial Abya Yala; Quito, 2009, pág. 56.*



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



3. Instrumentos internacionales como parte del bloque de Constitucionalidad.-

Dentro de la jerarquización normativa, las normas constitucionales se encuentran en primer lugar; sin embargo, asumiendo un rol garantista, se ha colocado a la par de las normas constitucionales también a aquellas que se encuentren dentro de los Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos de los cuales nuestro país es suscriptor.

Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador, una vez que hayan sido ratificados por nuestro país estableciéndose en el art. 424 que cuando dichos instrumentos reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Entonces, los Derechos Humanos, positivizados se convierten en derechos fundamentales, consagrados en varios instrumentos internacionales y esencialmente en las Constituciones de los respectivos países.

Así, el denominado bloque de constitucionalidad comprende “*el conjunto de normas que aún no constando en la Constitución formal, forman parte de ésta, porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel [...]*”¹³

“En la doctrina se entiende por “*bloque de constitucionalidad*” el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417)”¹⁴.

El art. 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas contempla “su derecho a participar plenamente, si así lo desean en la vida política, económica, social y cultural del Estado”; lo cual se encuentra en concordancia con el art. 57.9 de la Constitución que establece: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad [...]”¹⁵.

En cuanto a la participación en el ejercicio del poder, y en la especie, en la participación en la función legislativa se debe mencionar que si bien el art. 57 numeral 16 les reconoce su derecho a “*Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales*”, guarda relación con el art. 57, numeral 17 de la constitución que consagra el

¹³ Alberto Acosta; “Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad”; Editorial Abya Yala; Quito, 2009; pág. 10-11.

¹⁴ Julio César Trujillo; El Ecuador como Estado Plurinacional en “Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad”; Editorial Abya Yala; Quito, 2009 pp. 67.

¹⁵ Ibídem



derecho de los pueblos y comunidades a *“ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”*¹⁶. Sin embargo, esta Corte debe precisar que los representantes indígenas en los organismos oficiales, sea por la vía de elección popular o vía designación, no constituyen autoridades de los pueblos indígenas, en consecuencia, tampoco representan únicamente a los pueblos indígenas; siendo necesario tener presente que no por la presencia de representantes indígenas en la Asamblea se puede afirmar erróneamente que los pueblos indígenas hayan sido consultados. Es más, por así establecer el art. 6 del Convenio 169 de la OIT del cual el Ecuador es suscriptor, la consulta previa a pueblos indígenas, antes de adoptar medidas legislativas o administrativas, debe cumplir obligatoriamente con algunos principios como el que la consulta sea realizada mediante usos y costumbres de los propios pueblos indígenas, que sea de buena fe, que se lo realice en el idioma de esos pueblos, que se considere la representatividad de la autoridad indígena, entre otros, caso contrario, a falta de estos principios y procedimientos, se concluye que el Estado no habría cumplido con las exigencias de la consulta previa -prelegislativa.

Para despejar las dudas nos valdremos de una serie de instrumentos que han conformado lo que en doctrina se denomina el *“corpus iuris”* internacional de derechos de las personas, en virtud del cual los seres humanos por su simple condición personal merecen el goce de una serie de derechos consustanciales a su propia existencia, a estos se los conoce como Derechos Humanos propios de una concepción iusnaturalista del Derecho.

Así el art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador determina como deberes primordiales del Estado el garantizar sin discriminación de ningún tipo el goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales; y específicamente el art. 11 de la precitada norma en su numeral tercero manifiesta *“los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”*.

Dentro de la evolución de los derechos se han superado varias fases desde el reconocimiento de los denominados derechos civiles y políticos, atravesando por el *“Constitucionalismo social”*, propiciado por las Constituciones mexicana de 1917; de Weimar 1919 que consagran derechos sociales. En la década de los 60' se configura lo que se denomina el *“Estado de Bienestar”*, en el cual se pretende brindar una serie de prerrogativas a los miembros de un determinado país; hasta desembocar en el reconocimiento pleno de los derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales como normas de rango constitucional. Bajo el paradigma constitucionalista moderno, el respeto a las normas consagradas en la Cartas

¹⁶ *Ibidem*.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Fundamentales de los Estados tiende siempre hacia el garantismo, así como al respeto del principio "pro homine".

El Ecuador al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José", aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, ante lo cual las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

De esta manera, a partir del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció una línea jurisprudencial en la que se ha establecido el arraigo que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas con sus territorios, así como a los recursos naturales que se encuentran dentro de los mismos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos "[...] ha considerado la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados [...]. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural"¹⁷.

La Jurisprudencia del Sistema interamericano llevó a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa determine que el Estado de Paraguay violó el derecho a la vida en perjuicio de la comunidad al privarla del territorio necesario para su subsistencia económica y cultural¹⁸.

Otro Instrumento Internacional que tutela estos derechos humanos colectivos es la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que respecto al derecho al territorio, prescribe:

¹⁷ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, reparaciones, costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C. No. 146, párrafo. 118. Cfr., Corte Interamericana de derechos humanos, Caso despueblo Saramaka vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párrafo 82. Cfr., Corte Interamericana de derechos Humanos, caso de la comunidad Moiwana Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 131.

¹⁸ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 160 a 177.



Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 10

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

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

De la Territorialidad comunitaria.-

El derecho a la consulta previa o la consulta prelegislativa dentro del ámbito comunitario revista una suma importancia para los pueblos y nacionalidades indígenas toda vez que su apego hacia su territorio tiende a alcanzar una connotación superior al tradicional derecho a la propiedad del mundo occidental, tanto más que, territorio, generación de autoridad y desenvolvimiento cultural y societal son consustanciales para su supervivencia.

La propia Constitución del Ecuador lo ha recogido en su art. 57 numerales 4, 5, 6 y 9 que consagra respectivamente los derechos colectivos a “*conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles [...]; “mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita”*; así como “*participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras*”; “*conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social y de la generación de autoridad, en sus propios territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.*”

Como precedente consta el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua* en donde la idea de que el territorio es la base del ejercicio de todos los demás derechos colectivos de las nacionalidades indígenas ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de la Comunidad Mayagna (2001) al declarar que: “[...] *los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra que debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual el que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*”¹⁹.

¹⁹ Corte Interamericana de derechos humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y costas), Serie C No. 79, párrafo 149.



Sobre la contestación de los legitimados pasivos.-

En esta parte, considerando los principios señalados, se analizará la respuesta dada por los legitimados pasivos.

La Presidencia de la Comisión de Legislación y Fiscalización, la Presidencia de la República y la Procuraduría General de Estado han presentado sus contestaciones a las demandas planteadas, correspondiendo a la Corte Constitucional mediante un análisis interpretativo intercultural de las mismas, emitir un juicio de valor respecto a sus alegaciones. En lo principal se observa que:

La Asamblea Nacional determina que en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “*derechos colectivos*”, pues, según el Presidente de la Comisión “*la única que se refiere a ello*” –es decir la Constitución– establece que los derechos colectivos se regirán en una ley y la misma no se ha dictado al efecto, así como tampoco se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas. Al respecto, cabe recordar que la Constitución consagra que los derechos serán justiciables directamente aunque no se encuentren contenidos en una Ley expresa, así lo dispone el art. 11 en su numeral tercero sin que pueda alegarse la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, por lo que lo argumentado por la Comisión Legislativa no tiene asidero en el vigente Estado constitucional de derechos.

De igual forma se menciona que el derecho a la consulta violaría la concepción del Estado ecuatoriano como unitario establecido en los siguientes artículos: “1 de la Constitución de la República que determina que el Estado ecuatoriano es unitario, 120 numerales 6 y 7 que entre las facultades de la Asamblea Nacional consta el expedir, codificar, reformar y derogar leyes, así como crear, modificar o suprimir tributos, y que el art. 226 le atribuye competencia a la Asamblea Nacional siempre que estén apegadas a la Constitución y la Ley. Al respecto, la Corte Constitucional comparte el criterio del Estado unitario que comprende la “*unidad en la diversidad*” (Art. 3.3) como principio constitucional básico consagrado en el art. 1 de la Carta Fundamental; empero el mismo artículo también reconoce al Estado como plurinacional e intercultural, lo cual denota que el concepto de unidad nacional abarca también a los de pluralismo e interculturalidad, propendiéndose a que en el Ecuador exista una diversidad cultural dentro de un mismo ente estatal, la unidad no significa uniformidad, por lo tanto se debe considerar que en el Ecuador existen pueblos y comunidades diferenciados culturalmente que al igual que los grupos mayoritarios merecen tutela por parte del Estado unitario ecuatoriano.

La Procuraduría General del Estado manifiesta 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



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



presentado al Presidente de la Comisión Legislativa en oficio No. 057-CEDEP de 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 ese mismo sentido, el legislativo señala que 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 aquello 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.

En efecto, del análisis del expediente se colige que se realizaron varias reuniones y talleres con distintos sectores de la sociedad; sin embargo aquello no llega a configurarse como consulta previa expresa a todas y cada una de las nacionalidades indígenas en cuyos territorios se encuentra el recurso minero, pues, para que opere la consulta previa prelegislativa se debió haber cumplido con la participación permanente de los pueblos y nacionalidades indígenas a lo largo de las distintas fases de la producción normativa, conforme lo determina el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que forma parte del Bloque de Constitucionalidad establecido en el Art. 424 de la Constitución. En otras palabras, el principio de buena fe, para el caso de la consulta previa que debió realizarse, consiste en que los pueblos indígenas conserven un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de la medida legislativa que les afecta directamente y con esto se logre la eficacia material de la consulta.

Y ¿qué debemos entender por eficacia material del proceso de consulta?. La eficacia material no es otra cosa que su entendimiento como un espacio de deliberación entre las autoridades de la Asamblea y las autoridades de los pueblos indígenas orientado a obtener un acuerdo sobre el contenido de la medida legislativa, esto es, que el producto del proceso participativo pueda incidir eficazmente en la definición del contenido normativo. Y esta eficacia sí es posible lograrlo cuando en el procedimiento de consulta se incluyen las diferentes temáticas, se aborda las preocupaciones y aspiraciones que surgen de la deliberación entre los interesados, y no solo aquellas que puedan ser incorporadas según el interés del legislador luego de cumplir con los requisitos convencionales del trámite legislativo. El momento en que las propuestas alternativas, producto de la consulta, no hayan sido incorporadas a la luz del diálogo entre las partes, el procedimiento de consulta previa se torna en un formalismo intrascendente, lo que resulta incompatible con las obligaciones estatales respecto a la consulta previa orientado a pueblos indígenas.

El representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional señala que *“si la intención de los demandantes es el 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*

Handwritten signature



referéndum o ya sea a manera de plebiscito, la unas sobre el texto y la otra sobre el modo de preguntas.” La objeción de este representante parte de la confusión entre los distintos niveles de participación que existen en cuanto a la definición de las medidas legislativas que tanto la Constitución cuanto el Convenio 169 de la OIT confiere a los pueblos y nacionalidades indígenas. Según lo establecido en los artículos 57.7, 57.17 y 104 de la Constitución, amerita realizar una distinción entre lo que constituye la consulta popular, mecanismo de ejercicio de derechos ciudadanos, sea mediante referéndum o plebiscito; y el derecho a la Consulta previa y prelegislativa propio de los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, los cuales son asumidos por aquel órgano legislativo como similares, cuando su naturaleza y connotación son completamente distintos.

Según lo dispone el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, respecto a la consulta previa, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean **medidas legislativas o administrativas** susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin; 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.

El artículo 104, inciso primero de la Constitución dispone: “*El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.*” Conforme se puede apreciar de su texto, la consulta ciudadana difiere totalmente de la consulta previa y prelegislativa a pueblos indígenas establecida en la Constitución.

Señalan también que: “*la interpretación que debe darse a la Constitución debe ser de modo integral conforme lo establece el art. 427 de la Carta Fundamental*”. En efecto, la interpretación de la Carta Fundamental debe hacérsela atendiendo a su integralidad, y debido a aquello es que dentro de una interpretación de estas características no se puede dejar de lado los derechos que les asisten a pueblos históricamente relegados como las nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, por lo que la Corte asume el compromiso de integralidad a la hora de realizar un ejercicio interpretativo, en donde se propende a tutelar no solo los derechos demandados sino también derechos conexos que se desprendan de los mismos.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Argumentan que *“la pretensión de los demandantes violentaría el principio de la generalidad de la Ley que establece 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.”* Al respecto, uno de los objetivos que persigue todo Estado es el bienestar general de sus pobladores, en la medida en que aquel interés no vulnere el derecho de otras personas, de ahí que mediante un ejercicio de ponderación de derechos debe establecerse qué debe primar: si un interés general de tinte economicista o un interés asociado a la defensa de un derecho colectivo, para lo cual se adoptarán medidas no solo de discriminación positiva sino de aplicación directa de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad tendientes a garantizar los derechos de ciertos grupos que por su condición particular merecen una mayor tutela de sus derechos como es el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas; para quienes el *“sumak kawsay”* o *“buen vivir”* es entendido desde una cosmovisión particular en donde el arraigo a su territorio y a sus recursos naturales no solo que permiten desarrollar sus conocimientos, espiritualidad o la cultura sino su existencia misma.

En cuanto a la jerarquía de las leyes, dicen los accionados, no se trata que la Ley de Minería va a prevalecer sobre otras leyes por tratarse de una aparente ley orgánica, sino más bien que la preeminencia se dará por la especialidad y que para ello es necesario remitirse a lo que dispone el art. 12 del Código Civil. Al respecto, la Corte precisa que la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería prevé una jerarquización superior a esta ley por sobre otras de carácter ordinario, ante lo cual resultaría ilógico concebir que una ley de profundo carácter económico pudiese estar por sobre leyes que amparan derechos fundamentales, ante lo cual se evidencia una clara inconstitucionalidad de esta disposición final segunda de la Ley en análisis.

Señalan también que *“El 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. 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 que tampoco significa traspaso de dominio de la propiedad, puesto que para ello se requiere de otro tipo de actos jurídicos de diversa índole. Que, las concesiones no tienen una duración indefinida, y que, 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”.*

Sobre dicha objeción la Corte evidencia algunas confusiones: 1) No es pertinente equiparar el número de población con el porcentaje territorial, puesto que el punto de tensión, al margen de la extensión territorial que asiste a los pueblos indígenas, es que,

للجنة



precisamente la Ley Minera debe contemplar en su normativa, el tratamiento diferenciado que se debe dar cuando se trate de una extracción minera en territorio indígena, hecho que no ocurre en la ley; al contrario, la generalidad manifiesta de la ley sobre la exploración y explotación, sin duda, afecta los territorios indígenas que se verían sometidos a conflictos con las concesionarias de la explotación minera, sin haber considerado la consulta prelegislativa a pueblos y nacionalidades indígenas por parte del Estado, en este caso, de la legislatura; 2) Suponer que la servidumbre no afecta la indivisibilidad de la tierra desconoce el reconocimiento de derechos específicos establecidos en la Constitución. Una noción convencional limitada de la tierra como elemento de comercio y producción, difiere de la noción de los pueblos indígenas. Desde la dimensión holística, es decir, desde la praxis del principio de relacionalidad, una extensión de tierra (servidumbre) que será destinada a la apertura de una carretera, por ejemplo, incide directamente en la pérdida de la biodiversidad y de los conocimientos que sobre las plantas medicinales han desarrollado dichos pueblo; repercute en el cambio de la costumbre alimentaria, y en caso de existir un lugar o sitio sagrado en el espacio destinado a la servidumbre, se destruye la religiosidad, la cultura, su forma de organización y la existencia misma de esos pueblos. Siendo éstas las consecuencias de la servidumbre en materia de explotación minera, la Asamblea debió prever la consulta prelegislativa a los pueblos indígenas para que sus puntos de vista, luego del debate y concertación, puedan ser incorporados en la ley a fin de no vulnerar los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas; 3) considerar que dicho gravamen (servidumbre) jurídicamente no priva, de manera alguna, la conservación del derecho de propiedad del bien sobre el cual se imponen; y que tampoco significa traspaso de dominio de la propiedad, puesto que para ello se requiere de otro tipo de actos jurídicos de diversa índole, confunde el punto de tensión que surge entre el propietario del suelo (pueblos indígenas) y el propietario del subsuelo (Estado) que por concesión pasa a ser explotado por las empresas mineras, con un simple trámite de transferencia de dominio. Siendo el punto central la tensión existente entre pueblos indígenas y Estado en la toma de decisiones respecto de los recursos naturales del subsuelo (no renovables) que se encuentran en territorio indígena, la autoridad legislativa no debió omitir la consulta prelegislativa establecida en la Constitución, adoptando para el efecto, los requisitos o procedimientos establecidos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Conviene advertir, entonces, que el hecho de que los recursos del subsuelo (mineros) sean propiedad del Estado, éste hecho jurídico no puede considerarse en perjuicio de los derechos de que gozan los pueblos y nacionalidades indígenas sobre sus tierras y territorios en donde yacen dichos recursos naturales. Y, uno de los derechos es precisamente la consulta prelegislativa, por lo que, tratándose de un derecho específico que asiste a los pueblos indígenas, no es cuestión de un mero procedimiento particular sino que, por su carácter sustancial, se constituye en uno de los derechos fundamentales que estarían siendo vulnerados. Por tanto, la Corte constata que esta falta de consulta prelegislativa viola un derecho fundamental de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Los accionados señalan que *“Los demandantes pretenden que en todas las fases de la minería exista consulta previa; que siendo la norma constitucional la de mayor jerarquía, aquella se aplica sin necesidad de que en cada momento se hable de esta consulta sino cuando se requiera”*. Al respecto, la Corte es enfática en precisar que la consulta prelegislativa opera cuando los pueblos o nacionalidades pudiesen ser afectados por determinada Ley, y en ejercicio de una mayor participación democrática es menester que se cuente con sus opiniones en las fases previas a la promulgación de una Ley, de conformidad a los requisitos obligatorios establecidos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que es parte del Bloque de Constitucionalidad; el cumplimiento de este deber estatal le da legitimidad a la norma que estuviere por expedirse y una vez expedida, se enmarcaría en su constitucionalidad.

La Procuraduría manifiesta que la Constitución en su art. 11 contempla el principio de igualdad ante la ley; que el art. 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.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se contrapone a esta objeción. Para el efecto, se traslada la parte textual de las consideraciones de la CIDH:

“B. El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana y los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento:

1. *La Corte ahora analizará si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal.*

B.1) Derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención Americana

2. *Esta Corte ha tratado previamente esta cuestión y ha sostenido en repetidas oportunidades que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana²⁰.*

3. *Asimismo, en el caso Mayagna la Corte señaló que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”²¹. De igual manera, en el caso*

²⁰ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 75, párr. 118. Cfr. también Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 137.*

²¹ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, supra nota 49, párr. 148.*



Sawhoyamaxa la Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’”²². Además, el Tribunal señaló en el caso Yakye Axa que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”²³.

4. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

“[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.²⁴

5. **En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica**²⁵. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

²² Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párr. 120 (citando Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, *supra* nota 49, párr. 149).

²³ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 143.

²⁴ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, *supra* nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párr. 131.

²⁵ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, *supra* nota 49, párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra* nota 75, párrs. 118-121, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo. Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.”)



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



B.2) Interpretación del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso

6. La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua²⁶ y Paraguay²⁷, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (N° 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, "Convenio OIT 169")²⁸.

7. Como se discutirá seguidamente (*infra párrs. 97-107*), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas³⁰. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán "proveer a su desarrollo económico, social y cultural" y pueden "disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" para que no se los prive de "sus propios medios de subsistencia"³¹. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos³². La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (*supra*, párrs. 80-86)³³.

²⁶ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra* nota 49, párrs. 148, 150 y 152-153.

²⁷ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párrs. 138-139, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párrs. 122-123.

²⁸ Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 75, párrs. 127-130, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 75, párr. 117.

²⁹ Surinam ratificó ambos el 28 de marzo de 1977. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 Diciembre 1966, 99U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 23 de marzo de 1976), y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 Diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976).

³⁰ Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión). N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la "situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto".

³¹ Artículo 1 común del PIDCP y PIDESC.

³² Cfr. Artículo 29 de la Convención Americana. Cfr. también Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 113-115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del *corpus juris gentium* del derecho internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual).

³³ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, *supra* nota 77, párr. 133.

كوتستجو



8. *Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría"*³⁴.

9. *El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.*

10. *Aplicando el criterio mencionado en el presente caso, la Corte, por lo tanto, concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio."*

Sobre el respeto a los territorios indígenas, la Procuraduría dice: *"Los accionantes manifiestan que el art. 28 de la Ley de minería, permite irrumpir 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 art. 29 de la Ley en cuestión, se deberá obtener la autorización administrativa."*

La interpretación de la Procuraduría es confusa y equívoca. No es preciso concebir que las áreas protegidas equivalen a decir que se tratan de territorios indígenas, así como tampoco lo son las áreas comprendidas dentro de las concesiones mineras en zonas urbanas, centros poblados o zonas arqueológicas. Cada una de estas tienen sus propias caracterizaciones, y ninguna de ellas equivale a decir que se traten de territorios indígenas, para luego argüir que los territorios indígenas ya se encuentran protegidos. Al contrario, esta plena confusión determina la ausencia en la ley para proteger con especificidad el derecho al territorio y su desenvolvimiento como pueblos indígenas en continuidad histórica, en consecuencia, la violación constitucional es clara. Es más, que la ley conciba un trámite administrativo sin considerar el derecho al territorio

³⁴ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrs. 1 y 3.2.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



reconocido en la Constitución ni el requisito obligatorio de la consulta previa, ratifica su inconstitucionalidad.

Finalmente, señala también que *“el artículo 316 de la Constitución establece que el Estado ecuatoriano podrá delegar excepcionalmente a la iniciativa privada las actividades en sectores estratégicos”*. Precisamente aquella disposición contiene dos aspectos fundamentales: por un lado, una excepcionalidad y en casos muy específicos para que tenga lugar una delegación en la explotación minera; hecho que no ocurre con la ley si consideramos el texto de los artículos 1 y 2 de la ley en cuestión; y, por otro, si la exploración y explotación minera podría irrumpir el territorio indígena, debe obligatoriamente proceder la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas afectados.

En suma, la Corte concluye que en el presente caso no se cumplió con el deber de consulta previa y menos aún de la consulta prelegislativa a las comunidades indígenas, puesto que: a) al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, éstos fueron llevados de forma inadecuada y no propicia tratándose de una consulta a pueblos y nacionalidades indígenas; en consecuencia, resultan ser contrarias al principio de buena fe; y, b) no existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos preconsultivos del modo que determina el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, a través de los cuales las autoridades legislativas y los pueblos indígenas hubieren acordado las reglas del trámite de consulta previa.

INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

No se puede concebir una interpretación integral de la Constitución sin incorporar los conceptos y visiones provenientes de la diversidad cultural del, lo cual permitirá configurar una verdadera democracia inclusiva, en la especie, en los temas relacionados con la protección de la naturaleza, el territorio ancestral y la protección de los recursos naturales; solo ahí se lograrán configurar derechos consagrados en la Constitución como el Buen Vivir, los derechos de la naturaleza, el respeto a la diversidad cultural y el ejercicio de la interculturalidad, pilares fundamentales que consagra la Constitución del Ecuador.

Cabe recalcar que los derechos reconocidos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas no podrán ser suprimidos ya que tienen a su favor el principio de no regresividad de los derechos consagrados en la Constitución, determinar lo contrario resultaría inconstitucional conforme lo establece el artículo 11, en su numeral octavo.

Elisa Cruz Rueda señala la importancia de comprender el derecho de la propiedad ligado estrictamente con la propiedad de la tierra. De acuerdo a los estudios la *‘tierra’* es un concepto clave para entender la cosmovisión indígena y muestra que su resultado

Handwritten signature



en la perspectiva local representa valores que rebasan con mucho el concepto jurídico de propiedad³⁵.

A más de la cosmovisión indígena, la Constitución en su artículo 10, segundo inciso, reconoce a un nuevo sujeto de derechos: la naturaleza. De ahí que, si por un lado, a los sujetos individuales o colectivos les asiste el derecho a “vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza” conforme lo establece el art. 66 numeral 27, el mismo que se vería vulnerado mediante varias disposiciones de la Ley de Minería, un sujeto distinto como es la naturaleza está asistida de un derecho a no ser violentado.

En esta parte, considerando a los sujetos de derechos: individuales, colectivos y naturaleza, a la luz de la interpretación intercultural, analizaremos la constitucionalidad o no, de las disposiciones demandadas como inconstitucionales:

Art. 1.- Del objeto de la Ley.- La presente Ley de Minería norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Se exceptúan de esta Ley, el petróleo y demás hidrocarburos.

El Estado podrá delegar su participación en el sector minero, a empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales.

Art. 2.- Ámbito de aplicación.- A fin de normar la delegación prevista en el artículo anterior, la presente Ley de Minería, regula las relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras; con las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas, mixtas, privadas y las de éstas entre sí, respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de actividades mineras.

Estos dos artículos consagran la delegación en la participación de funciones a empresas mixtas mineras; entendiéndose que aquella delegación se hace extensiva a todos los recursos naturales (renovables y no renovables). El art. 316 de la Constitución establece que solo **excepcionalmente**, puede delegar la participación en sectores estratégicos a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, por lo que, estos dos artículos se contraponen a lo dispuesto en los artículos 316 y 317 de la Carta Fundamental puesto que el Estado a más de la excepcionalidad debe priorizar la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza [...] minimizando los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, societal y económico.

³⁵ Elisa Cruz Rueda; “principios generales del derecho indígena”; en “Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad; Editorial Abya Yala; Quito, 2009, pp. 19.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



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 las 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.

La naturaleza de la utilidad pública obedece a una limitación al derecho a la propiedad en virtud de la cual se sacrifica este derecho en beneficio del conglomerado; sin embargo aquella conceptualización de utilidad pública tiende a ser restrictiva cuando aquella ingerencia violenta derechos constitucionalmente reconocidos como ocurriría en el caso de una declaración de esta naturaleza dentro y fuera de las concesiones mineras; asumir que bajo el criterio de utilidad pública se pueda expropiar o irrumpir en territorios indígenas generaría una seria violación tanto al legítimo derecho a la propiedad ancestral de aquellos territorios como a los derechos sociales y culturales de aquellos pueblos; por lo que, mediante un ejercicio de ponderación de derechos, para la presente demanda se deberá precautelar los derechos del colectivo por sobre ésta utilidad pública que se torna relativa en casos de violaciones flagrantes a los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas. En otras palabras, de no existir armonía entre el “interés colectivo” y el respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos, y más aún cuando aquellos están directamente relacionados con un derecho fundamental como la integralidad de los territorios de pueblos ancestrales o la consulta prelegislativa, estaríamos frente a un concepto sustentado por Roberto Dromi que dice: “[...] No existe un concepto de utilidad pública inmutable, rígido e inflexible.”³⁶

En el caso que se analiza, mediante la declaración de utilidad pública de las actividades mineras se pretende despojar a los pueblos y nacionalidades indígenas, de sus tierras y territorios, es decir, bajo el criterio de utilidad pública se lesionan los derechos colectivos puesto que, la ley concibe la servidumbre como una cuestión económica o jurídica aislada o independiente de la tierra/territorio, cuando para los pueblos indígenas –en su visión holística, significa que integra un todo, en lo espiritual y material, los mismos que deben ser obligatoriamente considerados desde la dimensión del Estado plurinacional.

Art. 22.- Del Régimen Jurídico de la Empresa Nacional Minera y de los concesionarios privados.- La obtención y el ejercicio de los derechos mineros de la Empresa Nacional Minera se sujetarán al régimen jurídico establecido en la presente ley y de acuerdo a lo determinado en el artículo 316 de la Constitución vigente. Asimismo, los concesionarios privados en que esta participe se sujetarán también a las disposiciones de esta ley y a las normas jurídicas comunes aplicables a la inversión nacional y al desarrollo de actividades productivas en el país.

La Constitución, en sentido expreso dispone que solo excepcionalmente los recursos no renovables pueden ser objeto de una actividad extractiva, para los cuales se requerirá una petición fundamentada de la Presidencia de la República conforme lo determina el

³⁶ Roberto Dromi; Derecho Administrativo; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 2001, pág. 819.



art. 407 de la Constitución; por lo que, al amparo del artículo 22 de la Ley impugnada por inconstitucional, se estaría soslayando esta excepcionalidad para delegar a la iniciativa privada el ejercicio de estas actividades mineras, cuando aquello solo puede realizárselo excepcionalmente previo a declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional.

Art. 26.- Actos Administrativos Previos.- Para ejecutar las actividades mineras a las que se refiere el Capítulo siguiente, en los lugares que a continuación se determinan, se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos fundamentados y favorables, otorgados previamente por las siguientes autoridades e instituciones, según sea el caso:

- a) En todos los casos, se requiere la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y el informe sobre la afectación a áreas protegidas por parte del Ministerio del Ambiente;*
- b) Del Concejo Municipal, dentro de zonas urbanas y de acuerdo con el ordenamiento territorial y la planificación del desarrollo económico social cantonal;*
- c) Del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con relación a edificios, caminos públicos, ferrocarriles, andariveles y, a los consejos provinciales en el caso de vías de tercer orden;*
- d) De la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones con relación a estaciones de radiocomunicaciones, antenas e instalaciones de telecomunicaciones;*
- e) Del Ministerio de Defensa, dentro de áreas o recintos militares o en sus terrenos adyacentes, de lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables, en zonas que se encuentren en los límites y fronteras oficiales del país y en puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos;*
- f) De la autoridad única del Agua en todo cuerpo de agua, como lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua para consumo humano o riego, de conformidad con la ley que regula los recursos hídricos. En el referido acto administrativo se estará a lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador en cuanto al orden de prelación sobre el Derecho al acceso al Agua;*
- g) De la Dirección Nacional de Hidrocarburos con relación a oleoductos, gasoductos y poliductos, refinerías y demás instalaciones petroleras;*
- h) De la Dirección de Aviación Civil, con relación a aeropuertos o aeródromos o en sus terrenos adyacentes;*
- i) Del Ministerio de Electricidad y Energías Renovables en áreas en las cuales existan centrales eléctricas, de las torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado; y,*
- j) Obligatoriamente del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en la zona de prospección minera que pueda tener vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural.*

Las distancias y demás requerimientos técnicos y ambientales para los mencionados actos administrativos se establecerán de conformidad con los criterios previstos en los respectivos reglamentos que dicten las instancias administrativas competentes en cada caso.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Estos actos administrativos serán otorgados en un término máximo e improrrogable de sesenta días contados desde la presentación de la solicitud, bajo responsabilidad del funcionario de quien depende la emisión del acto administrativo y contendrá los condicionamientos con los cuales se precautelen los intereses de cada institución y los derechos y garantías ciudadanas. Las autoridades e instituciones encargadas de emitir los actos administrativos aquí referidos, no podrán solicitar actos administrativos adicionales para extender el plazo en que deben emitir su pronunciamiento.

En el caso que las autoridades e instituciones antes indicadas emitan actos administrativos desfavorables, el concesionario minero podrá apelar de dicha resolución ante el Ministro Sectorial, quien emitirá su resolución de manera motivada, excepto lo señalado en el literal f) que será apelable mediante vía judicial.

Este artículo no distingue si la actividad minera se ejecutará o no en territorio indígena, por lo que la generalidad deja al arbitrio de la autoridad del sector público la adopción de cualquier decisión en desmedro de lo pueblos indígenas, incluso si dicha actividad afectaría o involucraría a los pueblos, comunidades o nacionalidades indígenas.

Por otro lado, la autoridad pública, cualquiera sea esta, previo a tomar una decisión relacionada con la actividad minera, deberá consultar a los pueblos indígenas. Es más previo a la determinación de una concesión y más aún previo a la formulación de cualquier proyecto que tenga por objeto ejecutar la actividad minera, tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam ha determinado que si bien el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que "la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad", siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos como que las restricciones hayan sido previamente establecidos por ley; que las mismas sean necesarias, proporcionales, y que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; ante lo cual la presente Ley de Minería no responde a tales requisitos.

De igual manera, considera también que, cuando se trate de planes de desarrollo e inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio (indígena), el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los pueblos indígenas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones³⁷: cuestión que la Ley de Minería no contempla en ninguna de sus disposiciones.

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

³⁷ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka, 28 de noviembre de 2007, párrafo 127.

Handwritten signature or mark



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 Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley.

Este artículo omite considerar a los pueblos y comunidades indígenas; y en aquel sentido se permitiría que cualquier persona natural o jurídica, en cualquier momento pueda ingresar a los territorios de estas colectividades. La libertad de prospección en los términos establecidos en la ley, constituye la reinauguración de una colonización para despojar a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus tierras y territorios; dicho despojo provocará el desplazamiento forzoso de sus territorios, una confrontación social entre concesionarios mineros y pueblos indígenas; hecho que contraviene los numerales 1, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 17 del artículo 57 de la Constitución.

Art. 30.- Concesiones mineras.- El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general.

La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al procedimiento y los requisitos establecidos en el reglamento general de esta ley. Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero previo el pago de un derecho de registro que corresponderá al uno por ciento del valor de la transacción.

El Estado, con los informes legales correspondientes autorizará la transferencia del título minero por lo menos luego de transcurridos dos años de su otorgamiento.

Se consideran accesorios a la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados permanentemente a la investigación y extracción de minerales, así como también a su beneficio.

El domicilio tributario y societario de los titulares de derechos mineros será la región donde se encuentre la concesión minera, la mayor superficie de la suma de ellas en el caso de concesionarios con títulos mineros en distintas provincias o el principal proyecto de explotación o industrialización. Esta obligación deberá acreditarse al momento de solicitar el otorgamiento de una concesión minera y no podrá modificarse sin una autorización expresa de la Agencia de Regulación y Control Minero.

No por el hecho de tratarse de una delegación excepcional se debe descuidar la obligación de la consulta a los pueblos indígenas. La concesión no obstante definirse como acto administrativo, al tratarse de una decisión que puede afectar a los pueblos indígenas, cuando el recurso minero se encuentre en territorio indígena, previo a la decisión, la autoridad estatal tiene la obligación de realizar la consulta. El no haber contemplado esta obligatoriedad determina que la disposición sea inconstitucional.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Art. 31.- Otorgamiento de concesiones mineras.- El Estado otorgará excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República, esta ley y su reglamento general.

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 títulos una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.

El título minero constituirá un título valor de acuerdo a las regulaciones que al efecto dicte la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos, una vez que las reservas mineras contenidas en la concesión sean debidamente valorizadas por la Agencia de Regulación y Control Minero en los términos del respectivo Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras.

El otorgamiento de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción no estarán sujetas al remate y subasta pública referidos en esta Ley, el reglamento General establecerá el procedimiento para tal efecto, el mismo que en forma explícita deberá contener los requerimientos de solvencia técnica, económica, montos de inversión, ubicación, área, plazos para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, beneficio, responsabilidad social, y destino.

El testaferrismo será sancionado de conformidad al Código Penal vigente.

Según estudios de la WICN el 80% de los minerales se encuentran en territorios indígenas; en dichos territorios existe, además, una explotación de carácter artesanal muy pequeña. En esta disposición al no considerarse la consulta previa ni la prelación de quienes realizan dicha actividad torna en inconstitucional a la norma, es más, las secuelas de una concesión minera en territorios indígenas provocará el desplazamiento forzoso de los pueblos indígenas conforme ha ocurrido con los más diversos proyectos mineros. Considerando el artículo 57 numeral 4 de la Constitución de la República que consagra la propiedad imprescriptible, inalienable e inembargable de sus tierras; esta disposición de la Ley de Minería es absolutamente inconstitucional.

Art. 43.- Residuos minero - metalúrgicos.- Constituyen residuos minero-metalúrgicos los desmontes, escombreras, relaves, desechos y escorias resultantes de las actividades minero-metalúrgicas.

Los residuos minero-metalúrgicos forman parte accesoria de la concesión, planta de beneficio o fundición de donde provienen, aunque se encuentren fuera de ellas. El titular del derecho minero puede aprovecharlos libremente.

El presente artículo contempla violaciones a la disposición constitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos (art. 10, inciso segundo CRE). En cuanto al derecho en sí de este nuevo sujeto, la Constitución determina el respeto integral de la existencia, mantenimiento y regeneración de los elementos que la conforman; otorgando la facultad a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad la exigencia a la autoridad

Handwritten signature



pública para el cumplimiento de dichos derechos (art. 71 CRE); en aquel sentido, los residuos mineros generan severos daños a la naturaleza y a los elementos que la conforman, vulnerándose de esta manera sus derechos garantizados constitucionalmente y ante lo cual cualquier persona o colectividad puede hacer exigibles estos derechos. Adicionalmente el art. 73 de la Constitución determina que el Estado deberá aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir al detrimento de la naturaleza, y en aquel sentido el manejo de los residuos mineros atentan gravemente a la naturaleza contribuyendo a su contaminación; de lo cual se colige que para dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales el Estado debe abstenerse de realizar o permitir actividades que atenten en forma desmedida en contra de la naturaleza.

“Abundan ejemplos de contaminación provocada por la minería a gran escala alrededor del mundo, sin embargo un ejemplo claro de las consecuencias que puede tener en Ecuador el desarrollo de esta actividad la encontramos en el Estudio de Impacto Ambiental que desarrolló la Compañía Japanese Internacional Cooperation Agency en la zona de Intag (bosque húmedo-provincia de Imbabura). En dicho estudio la Compañía señala que las consecuencias de la actividad serán entre otras: la utilización de 664 hectáreas solo para la presa de desperdicios y 221 hectáreas para la piscina de relaves, sequía, desertificación, deforestación, reubicación de cuatro comunidades (100 familias) para acomodar la mina, eliminación de sitios arqueológicos y afectación a dieciocho especies de mamíferos grandes en peligro de extinción afectados”³⁸.

Como vemos la actividad minera y los residuos que su actividad genera, producen graves daños a la naturaleza, ante lo cual la disposición contenida en este artículo de la Ley de Minería es inconstitucional al atentar los derechos de la naturaleza reconocida como sujeto de derechos.

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.

La construcción de instalaciones e infraestructura dentro de los territorios en donde se realizarán actividades mineras, generan graves daños ambientales y sociales, ya que la actividad minera a gran escala es una de las actividades humanas más contaminantes y con mayores impactos sociales, culturales y ambientales, lo cual vuelve inconstitucional

³⁸ Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE; Amicus Curiae respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería interpuesta por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y los Sistemas Comunitarios de Agua de las parroquias Tarqui, Victoria de Portete y otras Comunidades de la Provincia del Azuay; junio de 2009; pág. 9.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



a la presente norma de la Ley de Minería. Por otro lado, este artículo otorga derechos a los titulares de concesiones como el de construir e instalar dentro de la superficie dada en concesión, plantas de beneficio, fundición y refinación de depósitos, cañerías, talleres, etc. *¿Qué ocurriría en el caso de una concesión minera en territorio indígena?* Precisamente, no solo para evitar un futuro conflicto, sino en aras de cumplir con expresas disposiciones constitucionales, el legislador debió prever en la ley el respeto del derecho a la consulta que asiste a los pueblos indígenas. Esta omisión pone en riesgo los derechos fundamentales de estas comunidades y pueblos ancestrales. Por otro lado, la concepción de la norma acusada, contribuye a la ruptura de la cohesión comunitaria al reducir la autorización al sujeto individual "*dueño del predio*" y no a la forma de organización de autoridad y convivencia colectiva de los pueblos indígenas. Esta disposición contraviene lo dispuesto en el artículo 57 numerales 1, 9, 15 de la Constitución.

Se observa también una vulneración del derecho al desarrollo, según su cosmovisión, que asiste a los pueblos indígenas. De hecho, para la ejecución del proyecto, esto es, para la exploración y explotación minera, puede producirse el desplazamiento de sus territorios con la consecuente vulneración de su cultura, de la vida organizativa, de su institucionalidad jurídica o económica. Para evitar el despojo de sus tierras y territorios, la Constitución ha establecido uno de los derechos fundamentales que es el de "*No ser desplazados de sus tierras ancestrales*" conforme lo establece el artículo 57.11 de la Constitución, cuestión que la norma acusada no prevé, al contrario, el libre albedrío daría lugar a una constante violación de sus derechos.

Art. 67.- Obligaciones laborales.- Las obligaciones de orden laboral contraídas por los titulares de derechos mineros con sus trabajadores, serán de su exclusiva responsabilidad y de ninguna manera se harán extensivas al Estado.

En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad minera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud, educación y vivienda, a través de los organismos seccionales del área donde se encuentra el proyecto minero. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.

Para el caso de los trabajadores de la pequeña minería será del 10% del porcentaje de utilidades y el 5% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud, educación y vivienda, a través de los organismos seccionales del área donde se encuentra el proyecto minero. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.

Se prohíbe toda forma de precarización laboral en la actividad minera.

Art. 79.- Tratamiento de aguas.- Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales que, previa autorización de la autoridad única del agua, utilicen aguas para sus trabajos y procesos, deben devolverlas al cauce original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua



vigentes, con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente.

El tratamiento a darse a las aguas para garantizar su calidad y la observancia de los parámetros de calidad ambiental correspondientes, deberá preverse en el respectivo sistema de manejo ambiental, con observancia de lo previsto en las leyes pertinentes y sus reglamentos.

La reutilización del agua, a través de sistemas de recirculación es una obligación permanente de los concesionarios

El incumplimiento de esta disposición ocasionará sanciones que pueden llegar a la caducidad de la concesión o permiso.

El núcleo central del tema es la “concesión del agua”. No obstante señalar que el agua debe ser devuelta a su cauce natural, libre de contaminación, el hecho anterior a esta medida es la concesión para la utilización del agua (privatización). Esta medida viola el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa; pero además, al no considerar el respeto y la protección de sus sitios sagrados que según la cosmovisión de los pueblos indígenas constituyen los lagos y lagunas, las fuentes de agua o las cascadas que son considerados “sagrados”, esta disposición legal es inconstitucional. La no protección de las formas de vida de los pueblos indígenas violenta el principio de la diversidad cultural reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador (Arts. 10 y 57.12)

Art. 87.- Derecho a la información, participación y consulta.- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada.

Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero.

En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial.

Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras.

Para todo proceso de consulta, el ministerio de finanzas, proporcionará el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial.

Este artículo consagra el proceso de participación social y consulta para los pobladores que sufrirían los efectos de las actividades mineras; consagra como principios promover el desarrollo sustentable y el aprovechamiento de los recursos mineros, el respeto al medioambiente, la participación social en materia ambiental, y el desarrollo de las localidades ubicadas dentro del área de influencia de la actividad minera. Sin embargo,



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



tratándose de los pueblos indígenas, la consulta sin considerar sus particularidades vulnera los derechos colectivos reconocidos en la Constitución en su art. 57 y el art. 6 del Convenio 169 de la OIT; principios que a la vez han sido recogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que han configurado una importante jurisprudencia internacional en temas de consulta previa a nacionalidades y pueblos indígenas.

Art. 88.- Procesos de Información.- A partir del otorgamiento de una concesión minera y durante todas las etapas de ésta, el concesionario, a través del Estado, deberá informar adecuadamente a las autoridades competentes, gobiernos autónomos descentralizados, comunidades y entidades que representen intereses sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos de la actividad minera.

La autoridad ambiental deberá dar libre acceso a los estudios ambientales y sociales, formalmente solicitados, así como también a los informes y resoluciones técnicas emitidas por autoridad competente, en la forma como lo determina la Ley.

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.

Paradójicamente el texto de la Ley de Minería contempla el derecho a la consulta como un mecanismo de participación ciudadana e inclusión social; conforme lo determina el artículo 398 de la Constitución, estableciendo que la misma debe realizarse con información amplia y oportuna, debiendo el Estado valorar la opinión de la comunidad; sin embargo, no se hace extensivo a los pueblos y nacionalidades indígenas, puesto que en ese marco constitucional existen dos tipos de consultas; la contemplada en el art. 398 que está dirigida a las comunidades afectadas por decisiones de riesgo ambiental teniendo esta disposición validez para todos los habitantes del Ecuador, y la específica para pueblos y nacionalidades indígenas que se halla contemplada en el art. 57.7 (consulta previa frente a recursos naturales) y 57.17 (consulta prelegislativa) de la Carta Fundamental, que reconoce el derecho a la consulta previa, por lo que se evidencia que esta norma de la Ley es inconstitucional porque viola el derecho de los 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 plantas 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;



- b) Las de tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras y todo otro sistema de transporte y comunicación;
- c) Las establecidas en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico para el caso de instalaciones de servicio eléctrico; y,
- d) Las demás necesarias para el desarrollo de las actividades mineras.

Cuando la actividad minera no se desarrollara en territorios indígenas, sino en lugares cercanos a estos territorios, mediante este artículo se prevé el establecimiento de servidumbres ante los cuales los propietarios no pueden oponerse, asociando aquello a los pueblos y comunidades indígenas observamos que al no imponer límites para la constitución de servidumbres se dejaría la puerta abierta para que cualquier persona realice actividades mineras en los territorios ancestrales de estas comunidades lo cual genera una violación a los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

Art. 103.- Constitución y extinción de servidumbres.- La constitución de la servidumbre sobre predios, áreas libres o concesiones, es esencialmente transitoria, la cual 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.

Estas servidumbres se extinguen con los derechos mineros y no pueden aprovecharse con fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o planta; y pueden ampliarse o restringirse según lo requieran las actividades de la concesión o planta.

La Ley de Minería se basa en la libre prospección sin establecer límites para la protección de los territorios indígenas; de igual manera no se protege frente al establecimiento de servidumbres y el aprovechamiento del agua en las zonas de exploración y explotación, lo cual comporta que el aprovechamiento del agua destinada para la actividad minera repercute en la vulneración de derechos conexos al acceso, a la disponibilidad y calidad del agua violentándose entre otros el derecho a la salud contenido en el artículo 32 de la Constitución, la prohibición del acaparamiento del agua y sus fuentes (art. 282), el derecho a la gestión exclusiva pública o comunitaria del agua (art. 318) y la sustentabilidad de los ecosistemas (art. 411).

Cabe destacar que tanto los instrumentos internacionales, así como la Constitución en su artículo 57, numeral 17 establecen el derecho a la consulta previa, libre e informado, constituyendo este derecho una garantía previa a la realización de estas actividades siendo los artículos impugnados de la Ley de Minería totalmente inconstitucionales toda vez que desconocen este derecho.

INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA

“El reto es concebir el principio de la plurinacionalidad como la sustancia fundamental en el ejercicio de la democracia incluyente, pero sobre todo como propuesta de vida diverso y en mayor armonía y cercanía con la Naturaleza; la plurinacionalidad, entonces, no puede dejar de ser leída junto con otras definiciones que tienen que ver con el territorio y con el manejo de las riquezas naturales. Han sido justamente los pueblos indígenas quienes, desde un ejercicio permanente de resistencia y también de construcción se han convertido en actores locales, nacionales e incluso internacionales”.³⁹

³⁹ Alberto Acosta, obra citada, pp. 17



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



El art. 424 de la Constitución consagra la supremacía de la misma, señalando: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. 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 Art. 57 de la Constitución establece: *“Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (17) Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”*.

Según las disposiciones constitucionales invocadas, el mecanismo de la consulta propende a incluir a las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, previo a la promulgación de una ley, la misma que al ser entendida como una expresión de la voluntad soberana, tiende a la participación de grupos o colectivos sobre los cuales podría tener afectación, es por ello que la consulta prelegislativa a las colectividades y pueblos indígenas resulta imperante dentro de una democracia participativa e inclusiva.

Empero, aquel procedimiento de consulta a pueblos y nacionalidades indígenas debe operar no como un simple formalismo procedimental sino que en un papel tutelar que debe producirse mediante un diálogo permanente sobre los asuntos que les pueda causar alguna afectación. Desde este punto de vista tutelar, el ejercicio de un derecho colectivo como el de la consulta, se define como un derecho fundamental, es decir, denota un carácter sustancial; siendo así, la Asamblea Nacional ha violado el derecho fundamental a la consulta que asiste a los pueblos indígenas, en consecuencia, la aprobación de la Ley Minera adolece de inconstitucionalidad.

La actividad minera que se impulse como consecuencia de una concesión minera en territorios indígenas influirá directamente sobre su vida, pudiendo afectarles ambiental o culturalmente; es por ello que la Constitución establece que la consulta debe ser obligatoria, adecuada y oportuna, por lo que, la Asamblea no debió evitar aquel procedimiento de consulta adecuada antes de la promulgación de una ley que pueda afectar a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Por otro lado, la consulta debió producirse de manera oportuna, puesto que de nada serviría una consulta realizada con posterioridad a la promulgación de la misma; ya que lo que se pretende es precisamente la participación comunitaria previa a la adopción de una norma en el ordenamiento jurídico nacional.

Handwritten signature



En atención al derecho a la consulta previa consagrado en el art. 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador; así como en el Convenio 169 de la OIT el mismo que ha sido ratificado por el estado ecuatoriano y por lo tanto forma parte del bloque de constitucionalidad, se evidencia una vulneración al derecho a la consulta prelegislativa a las comunidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, por cuanto si bien del análisis del expediente se desprende que se contó con algunos representantes de los pueblos y comunidades en cuestión, el simple hecho de hacerlos intervenir en talleres no constituye consulta previa ya que para que se produzca la misma deben operar los siguientes requisitos mínimos establecidos por la OIT:

1. La consulta debe ser realizada con carácter previo.- Cuando una ley pudiere afectar a las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, previo a la promulgación de dicho cuerpo normativo, debe producirse la consulta por parte del órgano legislativo; si la consulta se diere con posterioridad no se cumpliría en esencia con el espíritu de la consulta que tiende hacia una participación de los grupos interesados en la temática que aborda la Ley, en consecuencia, aquella omisión generará la inconstitucionalidad de la normativa expedida por el legislador, ya que se estaría violentando el espíritu garantista que la Constitución aporta para la participación de los pueblos y comunidades en el debate de leyes que afecten sus intereses.

2. La consulta no se agota con la mera información.- Cabe destacar que el derecho a la consulta prelegislativa es mucho más extenso que una simple participación en seminarios o talleres informativos respecto al contenido de una determinada Ley que pudiese afectar a una colectividad. Los órganos de control de la OIT han señalado que la celebración de audiencias con determinados dirigentes indígenas no se ajustan a la consulta previa; precisamente aquello se evidencia dentro del proceso de formación de la Ley de Minería en donde si bien existieron reuniones de amplia convocatoria ciudadana en el seno de la Comisión de Legislación y Fiscalización en el cual han participado algunos dirigentes indígenas, aquello no constituye un proceso de consulta prelegislativa adecuada a pueblos indígenas, sino simples audiencias a las que pudieron acudir como cualquier ciudadano.

3. La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.- El consentimiento es un elemento primordial que debe estar presente en todo acuerdo, es por ello que la consulta debe producirse en un ambiente de confianza mutua entre las partes que tienden a llegar a un consenso. En el caso de la consulta prelegislativa aquella no debe ser entendida como un mero formalismo, sino como un “verdadero instrumento de participación”⁴⁰.

⁴⁰ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que alega el incumplimiento por parte de Brasil sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentado en virtud del artículo 24 de la constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB. 295/17; GB. 30/14/7 (2006), párr. 42.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



Es importante generar un ambiente de confianza debido a la situación histórica de marginación por la que se han visto atravesadas las relaciones de los pueblos indígenas con la población blanco-mestiza y el Estado. Por tanto, debe operar un procedimiento distinto a aquel que concibe una lógica occidental; es decir, el procedimiento para la consulta debe considerar las formas horizontales que caracteriza a los pueblos indígenas; de ahí que, incluso se hace necesario que las partes, en este caso, Asamblea Nacional y pueblos indígenas puedan definir el procedimiento en que se va a llevar a cabo la consulta. En decir, la elaboración de los procedimientos para la consulta prelegislativa debe formularse con la plena participación de los pueblos indígenas.

El objetivo de la consulta de buena fe sobre el contenido normativo es el de que se escuchen e incorporen las demandas legítimas de los pueblos y nacionalidades a la luz de los derechos reconocidos tanto en la Constitución ecuatoriana así como en los diversos instrumentos internacionales.

4. La consulta debe ser adecuada a través de las instituciones representativas indígenas.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam ha establecido una línea jurisprudencial en virtud de la cual el Estado debe consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones; lo cual evidentemente no se ha producido en el Ecuador dentro de la promulgación de la vigente Ley de Minería; esta consulta a través de instituciones representativas que vienen a ser los pueblos indígenas y sus autoridades generadas según sus usos y costumbres, debe obedecer a principios de proporcionalidad y no discriminación en donde se haga partícipe a todas los pueblos y nacionalidades indígenas que tuvieren interés en una determinada Ley, esta representatividad debe responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas, de género y generación (el ayllu-familia/comunidad), de generación de autoridad, de idioma del pueblo o pueblos consultados; y ante la imposibilidad de contar con todas los pueblos o nacionalidades se deben buscar procedimientos para hacer partícipe de la consulta al mayor número de pueblos posibles teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.

5. La consulta debe ser sistemática y transparente.- La consulta debe responder a procedimientos en donde se permita el legítimo derecho de contradicción en virtud del cual los pueblos y nacionalidades puedan realizar críticas a los proyectos o a su vez proponer iniciativas a ser incorporadas en un determinado proyecto, además estos debates deben ser dados con total transparencia para de esta manera materializar la inclusión y la legitimidad en la promulgación de la norma, de lo contrario, la misma será blanco de serios cuestionamientos, es más, lo sistemático alude a que la consulta debe ser parte de un proceso continuo de participación.

6. Alcance de la Consulta.- Conforme lo establece la Constitución del Ecuador en su art. 57, numeral 17 la consulta prelegislativa es obligatoria en tratándose del ejercicio de



los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades; ante lo cual dicho alcance de la consulta reviste una importancia trascendental y constituye un derecho fundamental ya que en caso de no darse cumplimiento a este mandato constitucional, la norma incorporada al ordenamiento jurídico será inconstitucional.

7.- La consulta, deber intransferible del Estado.- No obstante el Ecuador haber ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1998, la supuesta consulta a los pueblos o nacionalidades indígenas se ha venido realizando de manera inadecuada y por el sector privado interesado en la explotación minera, petrolera o ejecución de algún programa o proyecto, convirtiéndose en juez y parte. De acuerdo a la norma constitucional y al Convenio 169 de la OIT, la obligación de la consulta es un deber intransferible del Estado.

8.- El proceso de consulta debe ser realizado en buena fe.- Así lo determina el Convenio 169 de la OIT que integra el Bloque de Constitucionalidad establecido en el Art. 424 de la Constitución. Además. El Ecuador ha ratificado la Convención de Viena que, en su artículo 26 contempla el principio *pacta sum servanda*, esto es, el Estado no puede alegar falta de legislación para eludir sus obligaciones, en el derecho internacional y con mayor razón si la norma constitucional dispone que “*Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento...*” (Art. 11, numeral 3 inciso final).

9.- La participación de los pueblos indígenas debe empezar en el diseño de un marco para el proceso de consulta.- Esta es una de las obligaciones que estipula el Convenio 169 ratificado por el Ecuador, esto es, que el procedimiento que se adopte para consultar a los pueblos indígenas, debe contar con la participación en la formulación de los mismos.

CONCLUSIONES FINALES

El reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional es un gran avance, sin embargo no se ha logrado aún materializarlo en las medidas legislativas o gubernativa, sea nacional o local; es por ello que la interculturalidad y plurinacionalidad debemos construirlo y ejercerlo mediante un modelo de democracia inclusiva que permita la participación de las colectividades históricas diferenciadas a la hora de promulgar determinada normativa, más aún si aquella guarda estrecha relación con sus intereses y derechos directamente afectados por una determinada norma o Ley como es el caso de la presente acción de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la misma que a través del ejercicio interpretativo denota ser inconstitucional al atentar derechos inmanentes de los pueblos y nacionalidades indígenas, los cuales a todas luces resulta encontrarse vulnerados; pretender interpretar lo contrario en aras del bien común obedece a un ejercicio demasiado forzado en mantener la exclusión contrariando todos



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



los importantes logros consagrados en la vigente Constitución y entrando en contradicción con el respeto de otros derechos constitucionales conexos.

La Corte Constitucional, asumiendo el espíritu garantista de la Constitución y el rol histórico de ser la guardiana del respeto y supremacía de la Constitución y sus normas ha llegado a determinar que la Ley de Minería tiende hacia una vulneración de derechos constitucionales como los que se detallan a continuación:

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, se atenta contra el derecho al territorio de las comunidades, pueblos y nacionalidades expresado en los artículos 56, 57 numerales 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15 y 17 de la Constitución, puesto que el articulado de la Ley de Minería atenta en contra la posesión de la tierra por parte de estas comunidades ancestrales, propendiendo al desplazamiento, la división así como la imposición de gravámenes sobre los territorios de estas comunidades, lo cual constituye una seria violación a lo que dispone el art. 57. Contraviene el derecho a la consulta previa y prelegislativa que para el caso en análisis constituye un derecho fundamental.

En cuanto a la inconstitucionalidad por la forma demandada por los legitimados activos la Corte Constitucional una vez revisado los parámetros dentro de los cuales debe sujetarse la consulta previa prelegislativa ha evidenciado que la Ley de Minería es violatoria al antes mentado derecho a la consulta, puesto que no llevó a efecto lo estipulado en el art. 57 numeral décimo séptimo de la Constitución, encontrándose en la especie que, previo a la aprobación de la Ley en análisis, no se ha producido la consulta adecuada a pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual determina la violación a uno de los derechos fundamentales que tratándose de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la consulta reviste un carácter sustancial.

Adicionalmente se establece que la Ley viola el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas instrumento internacional de Derechos Humanos reconocido y ratificado por el Ecuador y por lo tanto que forma parte del bloque de constitucionalidad, denotándose por ende una seria violación a lo que disponen los artículos 10, 11 numeral 3 y 424 de la Constitución.

En cuanto a la división y jerarquía de las leyes, la Ley Minera obedece a una jerarquía de ley ordinaria, por tanto, no se puede concebir que la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería establezca prerrogativas a favor de la presente ley colocándola jerárquicamente por encima de otras leyes, cuando dentro de la estructura jerárquica el art. 425 de la Constitución determina el orden de las normas dentro de legislación ecuatoriana. Lo argumentado por los legitimados pasivos respecto a la especialidad de la Ley de Minería, responde a un criterio de interpretación de la norma más no a una categorización de la misma claramente establecido en la Constitución.



El derecho a la consulta previa se circunscribe dentro de lo que la doctrina denomina como derechos colectivos originarios, en virtud del cual se reconoce a todo un colectivo el ejercicio particular de estos derechos, sin que los mismos entren en colisión con otros derechos subjetivos. Por lo que, aplicando el criterio de interpretación conforme a la Teoría del contenido esencial se evidencia que existe un núcleo duro de derechos a ser tutelado por parte de los jueces constitucionales que en el presente caso está dado por el derecho a la consulta previa prelegislativa hacia los diversos pueblos y nacionalidades que pudieren ser afectados mediante actividades como las mineras. Una vez demostrado que si puede llegar a producirse aquella afectación se debe precautelar los derechos colectivos que les asisten a estos grupos poblacionales, para lo cual debe observarse el cumplimiento de aquel derecho a la consulta, el mismo que conforme lo determina la revisión de los expedientes no ha llegado a configurarse; atentándose por ende al núcleo esencial de este derecho colectivo, lo cual a su vez comporta la vulneración de los otros derechos constitucionales analizados en líneas precedentes.

Cabe destacar que el derecho a la consulta previa, libre e informada tiene una doble connotación constitucional, puesto que no constituye únicamente un requisito de forma para la validez de una determinada disposición legal, sino que, en la especie la consulta constituye un derecho fundamental. De ahí que la Ley Minera al vulnerar el derecho a la consulta prelegislativa en conexidad con el reconocimiento de otros derechos colectivos como por ejemplo el derecho a la propiedad sobre las tierras y territorios indígenas, el derecho a desarrollar y fortalecer libremente su identidad, su sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social o jurídica (Art. 171), viola un derecho fundamental.

El art. 87 de la Ley de Minería contempla un derecho a la consulta pero aquel es restrictivo hacia pueblos y comunidades indígenas que por su particular relación con su territorio y su cultura merecen un tratamiento especial, razón por la cual se ha configurado tanto interna como internacionalmente el derecho a la consulta previa y consulta prelegislativa; por lo que, su irrespeto constituye también una causal para determinar la vulneración de derechos constitucionales colectivos, produciéndose una inconstitucionalidad por el fondo al no cumplirse aquella consulta.

En virtud de lo expuesto, se colige que el derecho a la consulta prelegislativa constituye un derecho fundamental, ya que en virtud de aquel se forma un eje central en torno al cual giran otros derechos colectivos reconocidos constitucionalmente; y, adicionalmente, constituye un elemento indispensable para precautelar la cultura y existencia misma de los pueblos ancestrales.

En virtud de lo expuesto se concluye que en la aprobación de la Ley de Minería se ha omitido el deber constitucional de respetar el derecho fundamental de la consulta prelegislativa que asiste a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, viciando el procedimiento constitucional; que las disposiciones analizadas contrarían



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN



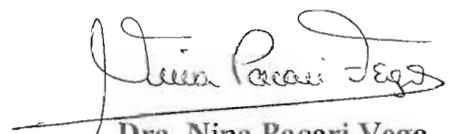
expresas disposiciones constitucionales, por tanto, la Corte se ve en la obligación de tutelar los derechos contenidos en la Constitución y subsanar el error del legislador mediante la correspondiente declaratoria de inconstitucionalidad.

DECISIÓN

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

SENTENCIA

1. Declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, publicada en el Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009, por contravenir expresamente las disposiciones contenidas en el art. 57, numeral 17; artículos 1, 3.3, 10, 11 numerales 3, 4 y 7; los derechos colectivos establecidos en el artículo 57 y artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador;
- 2.- Expulsar del ordenamiento jurídico la Ley de Minería;
3. Publicar la presente sentencia en el Registro Oficial.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**


Dra. Nina Pacari Vega
JUEZA CONSTITUCIONAL
SUSTANCIADORA

