

Quito , junio 5 de 2009

Respetada

**Dra. NINA PACARI VEGA**

Presidenta Segunda Sala

Corte Constitucional para el periodo de Transición

REFERENCIA: **Coadyuvancia al caso 0011-09 acumulado al 008-09 IN**

**IVONNE RAMOS** actuando en calidad de representante legal de la organización **ACCIÓN ECOLÓGICA**, en desarrollo de los deberes ciudadanos de respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento; de respetar los derechos de la naturaleza y preservar un ambiente sano; de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de los derechos; y, de participar en la vida cívica y comunitaria del país emanados del artículo 83 de la Constitución y atendiendo al llamado por esta Sala realizado a fin de que nuestra organización exponga criterios *“en torno a los impactos ambientales, culturales y/o sociales que podrían acarrear la aplicación de los artículos de la Ley Minera que han sido impugnados por inconstitucionales”* mediante el presente escrito me permito poner en su consideración los siguientes argumentos para que sean tenidos en cuenta al momento de resolver la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

## **I. HECHOS**

- I.1 Luego de que la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Constituyente discutió y aprobó el proyecto de Ley de Minería en primer debate el 18 de diciembre de 2008, en segundo debate el 12 de enero de 2009 y tras allanarse a la objeción parcial del Presidente de la República el 26 de enero del 2009, dicha Ley entró en vigencia con su publicación en el Diario Oficial Nro. 517 del 29 de enero de 2009.
- I.2 Durante el proceso legislativo, se omitió dar cumplimiento al mandato constitucional de CONSULTA a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente (art. 57-7 C); y a las comunidades sobre toda decisión estatal que pueda afectar al ambiente (art. 398 C).
- I.3 Tal omisión motivó múltiples manifestaciones de rechazo contra Ley de Minería, en particular de pueblos indígenas, comunidades rurales y organizaciones sociales, ambientales y ecologistas.

- I.4 La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE- presentó una demanda de inconstitucionalidad en la que alega como elementos de inconstitucionalidad de forma la violación a la consulta pre-legislativa de las nacionalidades indígenas y al principio de división en la jerarquía de leyes. Como elementos de inconstitucionalidad de fondo alega las violaciones al derecho al territorio de las nacionalidades, al derecho a la consulta previa y al principio de excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos. En consecuencia, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Minera por el vicio de forma y específicamente la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316.
- I.5 La presidencia de los sistemas comunitarios de agua de las parroquias Tarquí, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia de Azuay presentaron otra demanda de inconstitucionalidad alegando como elemento de inconstitucionalidad de forma la violación al derecho de consulta y como elementos de inconstitucionalidad de fondo la violación a los derechos de la naturaleza, al principio de excepción de la actividad privada en sectores estratégicos y al principio de división y jerarquía de leyes al categorizar como orgánica la ley de Minería. En consecuencia, solicitó que se declarara la inconstitucionalidad de la Ley de Minería por forma y fondo en especial los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda.
- I.6 Estas demandas fueron acumuladas y correspondió su sustanciación a la Segunda Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición, que ofició a varias entidades, entre ellas a ACCIÓN ECOLÓGICA, a fin de aportar criterios *“en torno a los impactos ambientales, culturales y/o sociales que podrían acarrear la aplicación de los artículos de la Ley Minera que han sido impugnados por inconstitucionales”*, en desarrollo de la facultad que le otorga el artículo 86-3 de la Constitución y el artículo 15 de las **Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición.**

## **II. CRITERIOS PRELIMINARES A LA PONDERACIÓN DE LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADOS POR LA CONAIE Y LAS COMUNIDADES DE AZUAY**

### **II.1 LA DEFINICIÓN DEL ECUADOR COMO UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

Queremos introducir esta coadyuvancia resaltando el carácter histórico del control constitucional que hoy nos ocupa. Nunca antes el Ecuador había experimentado un proceso de constitucionalización de sus instituciones, prácticas y políticas como el que ahora vive y es a través de casos como el que aquí se revisa en los que se prueba la veracidad de los mandatos constitucionales: donde se verifica su viabilidad material y

no meramente discursiva, sobre todo, tratándose de las novedosas garantías constitucionales en relación con los derechos de la naturaleza, del buen vivir y de la participación ciudadana.

Los miembros de esta Corte han reconocido que el cambio de la caracterización del Estado pasando de ser Social de Derecho a ser Constitucional de Derechos y Justicia, tiene una connotación de suma importancia, histórica y sobre todo práctica en la construcción de un nuevo modelo estatal

*“(...) Pero ¿qué es realmente este Estado Constitucional de los Derechos y Justicia que establece el artículo primero de la Constitución? Simplificando diré que es la forma de Estado de Derecho, vinculada a la realización material de la dignidad humana a través de la existencia y aplicación de lo que se llaman las garantías judiciales de los Derechos.*

*(...) los jueces asumen un papel fundamental en la creación del Derecho (...) Existe, también una institución autónoma y especializada que realiza el control constitucional denominada Tribunal o Corte Constitucional, cuya principal atribución, además de la garantía del carácter normativo de la Constitución, es promover el cumplimiento de la finalidad primordial del Estado que es, proteger judicialmente los Derechos establecidos en la Constitución.*

*(...) Y este es justamente el escenario donde se define el nuevo rol de la nueva justicia Constitucional y su cambio respecto de los anteriores sistemas de control constitucional existentes en el país: La nueva Corte Constitucional tiene que garantizar el carácter normativo y la supremacía de la Constitución y lo hace a través de la facultad de interpretar con carácter vinculante las normas constitucionales (...)”<sup>1</sup>*

Luigi Ferrajoli, catedrático excepcional que partiendo de una lectura garantista de las funciones del derecho, ha descrito y sistematizado ampliamente el nuevo paradigma del constitucionalismo, nos brinda una acertada interpretación de lo que está sucediendo:

*“(...) este cambio de paradigma, que ha hecho posible el aludido papel de las constituciones como garantía de la división de poderes y de los derechos fundamentales, se ha producido con esa verdadera invención del siglo XX que ha sido **la rigidez de la Constitución** (o, si se quiere, la garantía de dicha rigidez) y, por tanto, la sujeción al derecho de todos los poderes , incluso el poder legislativo, tanto en el plano del derecho interno como en el del derecho internacional. Su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, primeros entre todos los derechos fundamentales, establecidos tanto en las constituciones estatales como en esa embrionaria constitución del mundo que es la Carta de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

---

<sup>1</sup> **Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional.** INAUGURACIÓN DEL SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Quito, 17 de Febrero del 2009. En: [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/c\\_actividades.asp?ss=10&id\\_noticia\\_prensa=139](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/c_actividades.asp?ss=10&id_noticia_prensa=139)

*¿Qué significa de hecho la “rigidez” de las constituciones? Significa que las constituciones vienen reconocidas como normas que ordenan la legislación ordinaria, a través, por un lado, de la previsión de procedimientos especiales para su revisión y, por otro, de la institución del control de constitucionalidad de las leyes por parte de las cortes constitucionales. Gracias a estas dos innovaciones se desvanece el **principio de soberanía** en el sentido clásico de potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens, ya que en presencia de constituciones no existen más poderes soberanos ni poderes legibus soluti. No existe más la soberanía interna, ya que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y por consiguiente el Parlamento, así como la llamada soberanía popular- quedan sujetos a la ley, precisamente constitucional. Pero no existe tampoco, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, quedando los Estados sometidos, además, a ese pactum subiectionis, y no ya simplemente associationis, que es el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de la ONU, así como a la prohibición de la guerra y a los derechos fundamentales en él establecidos.*

*De aquí se sigue un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia. En el paradigma paleopositivista del Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese el contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho. Existían, es verdad, en todos los ordenamientos evolucionados, constituciones y estatutos. Pero las cartas constitucionales (...) no eran advertidas, por la cultura de la época, como vínculos rígidos al legislador. No eran concebidas sino como documentos políticos, o, como mucho, como simples leyes ordinarias (...) Todo esto cambia radicalmente con la afirmación, o si se quiere, con el reconocimiento, de la Constitución como **norma suprema** a la cual todas las demás quedan rígidamente subordinadas<sup>2</sup>*

La sujeción exclusiva y rígida a los mandatos constitucionales es la que caracteriza al modelo de Estado Constitucional de Derecho. Al caracterizarse de esta manera, nuestro régimen ha depuesto el querer particular de cada uno de los poderes públicos a un único derrotero: el cumplimiento de los **finés del Estado** establecidos en el artículo 3 superior: garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales en particular la salud (...) y el agua para sus habitantes; fortalecer la unidad nacional en la diversidad; y, proteger el patrimonio natural y cultural del país.

Esto representa un hecho importantísimo: la abolición de la “razón de Estado” o de los “intereses de Estado” como fundamento de la adopción de medidas legislativas y de políticas públicas, pues sólo los fines constitucionales de estado pueden fundamentar tales determinaciones y éstos son taxativos, claros y corroborables (o sujetos a tests de constitucionalidad).

Es por ello, que el referente interno de legitimación de las normas se halla en la **motivación** tanto de los actos normativos como de la interpretación de los jueces y, el

---

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli. El Garantismo y la filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N. 15. Julio de 2000. Págs 160 y ss. Las negrillas son nuestras.

referente externo, en el contraste o armonización con instrumentos internacionales de derechos fundamentales. De nuevo, como lo señala Ferrajoli:

*“Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales<sup>3</sup>”.*

La validez de las normas queda sometida, entonces, a un ejercicio de contraste con los derechos reconocidos en la Constitución, que incluyen los reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, expandiendo aún más el campo de armonización normativa. Este es precisamente el componente de Justicia de la definición del Estado constitucional ecuatoriano: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*” reza el artículo primero de la Carta, es decir, que las instituciones y políticas del Estado se erigen en plena observancia de los derechos constitucionales, y cuando quiera que se produzca una desarmonía, la justiciabilidad de los derechos se garantiza, a través de la figura del juez constitucional, y de su máximo exponente: la Corte.

## **II.2 EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN**

Nuestra Constitución incorpora los derechos reconocidos en instrumentos internacionales expresamente dentro de la obligación de *garantía* del Estado (Arts 3-1 y 10) y tratándose de comunidades, pueblos y nacionalidades, reconoce y obliga a la garantía de sus derechos de conformidad “*con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos*” (art. 57).

Así mismo dispone como mandato de necesaria observación en la conformación legislativa “*adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades*” (Art. 84)

La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos se rige por los principios pro homine, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta (art. 417), en clara referencia al bloque de constitucionalidad, y téngase en cuenta que

---

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli. Estado de Derecho: entre pasado y futuro. En: Cuaderno del Seminario Público: Cambio de Paradigma en la Filosofía Política. Fundación Juan March. Abril de 2001. Disponible en: <http://www.march.es/publicaciones/pasadas/cuadernos/pdf/Cambio%20de%20Paradigma.pdf>

*“(...) esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos (...)*

*Debido a lo anterior, el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia. Por ejemplo, en Francia, la Constitución de la V República no incorpora directamente ninguno de los derechos sociales ni de las libertades clásicas, pero gracias a la referencia al bloque de constitucionalidad, el Consejo Constitucional ha podido reconocer que esos derechos tienen jerarquía constitucional<sup>4</sup>”*

Es de tal importancia para el constituyente la incorporación de principios, derechos y valores del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno que dispuso expresamente la sujeción de los operadores de justicia a los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 172); así como el principio de aplicación directa e inmediata *“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”* (art. 11-3); y, como mecanismo de protección de tal principio, concibió a la acción por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos (art. 93).

Aún admitiéndose que los tratados internacionales no tienen carácter de enmienda constitucional, puesto que son aprobados de manera diferente a una enmienda, estos adiciona principios que producen los mismos efectos que si estuvieran escritos en la Constitución, ampliando estos principios a lo que comúnmente se conoce como “Bloque de Constitucionalidad”. Es decir, las normas de los tratados de derechos humanos son normas MATERIALMENTE constitucionales, que amplían el núcleo mínimo de derechos y garantías consagrados en la Constitución.

Como se ve, la interpretación y ponderación de los derechos en la actualidad, supone de un ejercicio tan vasto como riguroso, a fin de cumplir con el mandato supremo de incorporación del bloque de constitucionalidad. Pero aún el ejercicio no es completo, si de satisfacer el principio pro homine se trata, ya que la interpretación y ponderación del marco normativo internacional también involucra análisis de su contexto. A este ejercicio se le denomina interpretación evolutiva de los derechos

---

<sup>4</sup> Rodrigo Uprimny. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. Disponible en: <http://www.casadelabogado-asf.org/IMG/BLOQUEDECONSTITUCIONALIDADYNUEVOPROCEDIMIENTOOPENAL.doc>

*“la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (...) dicha interpretación evolutiva, consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados, ha contribuido decisivamente a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>5</sup>”*

De hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 7 de septiembre de 2004 (caso Tibi) le recordó al Estado ecuatoriano que

*“al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección<sup>6</sup>”.*

Este análisis guarda total correspondencia con el mandato superior contenido en el artículo 11-7 *“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”*.

Por esta razón, en los considerandos del reciente Código Orgánico de la Función Judicial<sup>7</sup> se afirma que la Constitución incorpora *“los estándares internacionales de derechos humanos y Administración de Justicia, determinados especialmente”* -pero no exclusivamente-, en

*“la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de*

---

<sup>5</sup> Párr. 5 VOTO CONCURRENTENTE CONJUNTO DE LOS JUECES A.A. CANÇADO TRINDADE Y A. ABREU BURELLI. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)

<sup>6</sup> Párr. 144. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). *“En cuanto a los criterios de interpretación, la Corte señaló que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”. La Corte consideró que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena de 1969, y afirma que tanto la Corte Interamericana como la Europea han dicho que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.* LILIANA GALDÁMEZ ZELADA. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3, pp. 439 - 455 [2007]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n3/art05.pdf>

<sup>7</sup> **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.** REGISTRO OFICIAL NO. 544 - LUNES 9 DE MARZO DE 2009

*todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", el Protocolo adicional a la convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención de Belem Do Para", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; las declaraciones, resoluciones, sentencias observaciones e informes de los comités, cortes, comisiones de los sistemas de protección internacional de derechos humanos; y las legislaciones comparadas"*

Los elementos anteriores, nos permiten concluir en primer lugar, que el marco normativo supra nacional invocado por la CONAIE y las comunidades de AZUAY – *Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-*, integra el bloque de constitucionalidad y por lo tanto es vinculante y forma parte ineludible del análisis de constitucionalidad de esta Corte en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la regla de interpretación incorporada en la Carga Magna: que *"todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía"* (Art. 11-6) y bajo estricta observación de la interpretación evolutiva de esos instrumentos internacionales.

### **III. CRITERIOS DE VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADOS POR LA CONAIE Y LAS COMUNIDADES DE AZUAY**

La CONAIE y las comunidades de AZUAY han invocado como cargos de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma, las violaciones a los derechos a la consulta prelegislativa, al territorio de las nacionalidades indígenas y de la naturaleza y las violaciones a los principios constitucionales de división y jerarquía de las leyes y de excepcionalidad de la actividad privada en los sectores estratégicos.

A continuación nos permitimos exponer nuestras consideraciones en relación con cada uno de los cargos.

### III.1 CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA

Lo primero que se observa en relación con este cargo es que los demandantes invocan simultáneamente la violación al derecho a la consulta como un vicio de *forma* y de *fondo* que vicia la constitucionalidad de la Ley de Minería.

Esta Corte ha recordado que *“La declaratoria de inconstitucionalidad puede darse por vicios de fondo o de forma, siendo los primeros los relacionados con el hecho de que el acto normativo contradiga el contenido de la Constitución; mientras que los vicios de forma se producen cuando el acto normativo no ha sido dictado de conformidad con el procedimiento de formación previsto en la Constitución de la República<sup>8</sup>”*.

Este punto es de suma importancia, ya que las consecuencias de considerar la Consulta para pueblos y nacionalidades indígenas como un elemento sustantivo o procedimental son diferentes. Las consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia nos permiten dimensionar tales efectos:

*“Cuando una ley es declarada inexecutable, por vicio de procedimiento en su formación, en realidad la voluntad del legislador no se ha formado nunca, o no ha surgido válidamente a la vida jurídica y en consecuencia no es ni siquiera necesario examinar si es inexecutable por razones de fondo; la inexecutable por razones de fondo, presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico<sup>9</sup>”*.

Entonces, nos corresponde determinar si el Derecho a la Consulta es en el nuevo marco constitucional del Ecuador un elemento procedimental o no para concluir si la Ley de Minería adolece de inconstitucionalidad total o parcial.

El artículo 6-1 del Convenio 169 de la OIT dispone que *“los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

Por su parte, el artículo 56-17 de la Constitución dispone el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de *“Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”*. Es decir, que la Constitución del Ecuador reconoce el derecho a la consulta pre-legislativa.

---

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, para el Período de Transición Juez Sustanciador: Dr. Manuel Viteri Olvera SENTENCIA N.º 0001-2009-SIN-CC. CASO N.º 0005-2008-IN

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia. Auto 311/01. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA. Bogotá, D.C., 29 de noviembre de 2001.

*“La etapa prelegislativa representa dentro del proceso de creación legislativa el momento propio para dotar a las normas jurídicas de legitimidad y legitimación, y a su vez para abonar el terreno que haga factible su eficacia. Asimismo, abarca cuestiones relacionadas con la identificación de las necesidades de creación, reforma o adiciones a las instituciones formales; los procesos que prevalecen son los de consulta y negociación entre los diversos actores involucrados (públicos o privados), con lo cual se pretende generar un acuerdo acerca de fines dotados de sustento político.*

*El objetivo de esta etapa es la construcción de consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica. La construcción de esta voluntad política es necesaria para justificar la pretensión de modificación normativa y lograr la adhesión de sus destinatarios, facilitando la eventual creación de la norma y su obediencia. Eficacia que requiere de la elaboración y análisis de un diagnóstico de las conductas e intercambios a institucionalizar, detallando las cuestiones problemáticas y las necesidades prácticas que se pretendan limitar y solucionar.*

*En esta etapa se persiguen dos resultados: 1) La construcción de los argumentos y razones político-jurídicas y socio-económicas que justifican las instituciones formales, y 2) La formulación de los fines y valores que den legitimidad, empírica y normativa<sup>10</sup>”.*

Por otra parte, el mandato supremo contenido en el artículo 84 dispone que en ningún caso *“las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”* y el contenido en el 56-7 establece que *“La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna”*.

De estos mandatos se concluye que la Consulta pre- legislativa constituye expresamente un deber del legislador, tratándose de actos normativos que versen sobre *“planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente”*.

En este punto, debe establecerse entonces si la Ley de Minería incluye actividades en recursos renovables que se encuentran en tierras de estas comunas, comunidades o nacionalidades indígenas.

*“Art. 28.- **Libertad de prospección.**- Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras*

---

<sup>10</sup> REYES RODRÍGUEZ MONDRAGÓN. El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional. En: Elementos de técnica legislativa. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 44. Año 2000.

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

Como se ve, nada se dice de territorios indígenas, y para los particulares lo que no está prohibido en la Ley, está permitido. Eso significa que la Ley de Minería permite a cualquiera en cualquier momento entrar en territorios de comunidades indígenas a explorar la existencia de minerales explotables, y realizar aprovechamiento del agua que allí se encuentre (arts. 60, 61, 79 Ley de Minería).

Incluso, cuando la actividad exploratoria o extractiva no se desarrollase en los territorios indígenas propiamente, sino en áreas colindantes, la Ley prevé el establecimiento de “servidumbres” frente a las cuales los propietarios no pueden oponerse (ver artículos 100 a 105 Ley de Minería), esto involucra potencialmente a titulaciones colectivas o territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, y puede comprobarse en el mapa de concesiones mineras que el Ministerio del ramo aporte a esta honorable Corte.

Recapitulando, tenemos que el marco constitucional vigente del Ecuador reconoce el derecho a la Consulta prelegislativa de los pueblos y nacionalidades indígenas de cualquier iniciativa que pueda afectar de cualquier forma sus derechos colectivos; que este derecho se erige como garante del ejercicio de otros derechos, como el del ejercicio pleno del derecho a sus territorios tradicionales; que la Ley de Minería se estructura sobre la base de libre prospección sin establecer límites a los territorios tradicionales indígenas; que la actividad minera se favorece con el establecimiento de servidumbres y el aprovechamiento del agua en las zonas de exploración y explotación; que el aprovechamiento del agua para la actividad minera que de por sí, es contaminante, puede vulnerar derechos conexos al acceso, disponibilidad y calidad del agua, como el derecho a la salud (art. 32), la prohibición de 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).

De lo anterior sólo puede llegarse a una conclusión: que la consulta prelegislativa es un requisito procedimental, por lo tanto la Ley de Minería adolece de un defecto insalvable de *forma*: la voluntad del legislador no surgió válidamente a la vida jurídica y en consecuencia, estamos frente a una inconstitucionalidad total de esta Ley.

Esto no se traduce, de ninguna manera, en que afirmemos que el derecho de Consulta sea exclusivamente procedimental. Por el contrario, nos encontramos ante un derecho que tiene una doble caracterización: la de ser un requisito de procedimiento en la elaboración de normas y la de ser justiciable a través de los mecanismos de protección de derechos previstos en la Constitución.

El derecho a la Consulta prelegislativa es entonces a la vez un derecho colectivo fundamental de los pueblos indígenas y un requisito de procedimiento legislativo tratándose de normas que puedan afectarles de cualquier manera.

En este punto podemos realizar un ejercicio de derecho comparado. En Perú, por ejemplo, que no cuenta con una Constitución tan avanzada y garantista como la ecuatoriana, el Tribunal Constitucional viene reiterando la vinculatoriedad que tienen las sentencias producidas en el seno del sistema interamericano de derechos humanos -incluyendo aquellas que versan sobre derechos de pueblos indígenas-, aunque el Estado no haya sido parte en esos litigios:

*“En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso<sup>11</sup>”.*

Esto significa que en el Perú, son vinculantes las decisiones pronunciadas por la Corte Interamericana en los casos en los que ha abordado la problemática indígena, a saber, caso Comunidad Mayagna(Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del 31 de agosto de 2001; caso Comunidad Moiwana vs. Suriname del 15 de junio de 2005; caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay del 17 de junio de 2005; caso Yatama vs. Nicaragua del 23 de junio de 2005; caso López Álvarez vs. Honduras del primero de febrero de 2006; caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay del 29 de marzo de 2006; caso Escué Zapata vs. Colombia del 4 de julio de 2007; caso Pueblo Saramaka vs. Suriname del 28 de noviembre de 2007; y, caso Tiu Tojín vs. Guatemala. 26 de noviembre de 2008.

Así mismo ha reconocido ese Tribunal que el Convenio 169 de la OIT integra el bloque de constitucionalidad:

*“habiéndose aprobado el Convenio N° 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes<sup>12</sup>”.*

---

## 11

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Caso Colegio de Abogados del Callao (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Resolución del 19 de Junio de 2007. No. 00007-2007-PI/TC, f.j. 36. Disponible en:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

<sup>12</sup> SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. N° 03343-2007-PA/TC, f. j. 31. Del 19 de febrero de 2009. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/marzo/12/5a.pdf>

Y que esto supone realizar la Consulta previa a cualquier actividad susceptible de afectar el territorio de estos pueblos:

*“(…) la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa a tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recursos. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan seguir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteadas a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla<sup>13</sup>”*

En Colombia, la Corte Constitucional 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 derivadas de la incorporación del bloque de constitucionalidad<sup>14</sup>:

*“8. El reconocimiento simultáneo de la participación democrática como base del Estado constitucional y la necesidad de preservación de la identidad de las comunidades tradicionales contrae deberes concretos para el Estado. En efecto, la concurrencia de ambas obligaciones implica que las comunidades indígenas y afrodescendientes deben contar con los espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que incidan en sus intereses. Ello con el fin de evitar que, a través del ejercicio del poder político de que son titulares los órganos representativos, sean implementadas políticas públicas que terminen con erosionar su identidad como grupo diferenciado. A partir de esta consideración, la Carta consagra diversos instrumentos, como (i) la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).*

*Esta comprobación, sumada al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido*

---

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de constitucionalidad C-175 de 2009.

*que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectarles directamente. Así, la Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación y protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta,<sup>15</sup> doctrina que ha sido sistematizada recientemente por este Tribunal en las sentencias C-030/08<sup>16</sup> y C-461/08<sup>17</sup>”.*

Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana, no entiende el derecho de Consulta como un poder de veto de actos legislativos. De hecho ha desarrollado criterios mínimos de procedibilidad en caso de no llegarse a consensos afirmando que el Estado conserva la potestad de adoptar una decisión final que debe “(i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural<sup>18</sup>”.

De tal manera que difícilmente las autoridades de ese país pueden fundamentar la omisión en la Consulta en que este mecanismo pudiese estropear sus planes y proyectos de exploración o extracción de elementos no renovables aprovechables.

De cualquier manera, lo que ha concluido el tribunal colombiano es que la omisión del deber de consulta previa constituye un vicio de inconstitucionalidad “*que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen<sup>19</sup>*”. Esta es precisamente la tesis que sostenemos en esta intervención ante la Honorable Corte Constitucional del Ecuador. La omisión en la obligación de consultar el contenido de la Ley de Minería con los pueblos indígenas se ha traducido automáticamente en una inconstitucionalidad absoluta de la Ley, que para nacer válidamente a la existencia jurídica tendría que pasar de nuevo por el trámite legislativo luego de ser discutida con las nacionalidades indígenas.

Ahora bien, debemos recordar que obviamente no todas las medidas legislativas están sujetas a la consulta, por lo menos en el desarrollo jurisprudencial de Colombia se han construido una serie de criterios para definir el límite entre las medidas legislativas

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169/01, SU-383/03, C-620/03, T-737/05, T-880/06, C-208/07, C-030/08, C-461/08, entre otras.

<sup>16</sup> En esta decisión, la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 “por la cual se expide la Ley General Forestal”, en razón a que se había omitido cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Nota dentro del texto.

<sup>17</sup> Mediante esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”, en el entendido que “se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.” Nota dentro del texto.

<sup>18</sup> Sentencia C-175/09

<sup>19</sup> Ibidem

sujetas a la consulta y aquellas que, aún afectando a los pueblos indígenas/tribales no están condicionadas a la consulta:

*"Cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.*

*Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales<sup>20</sup>"*

En relación a estos criterios, es importante destacar dos de ellos: el de 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 y tribales deben ser objeto de consulta, como por ejemplo, cuando el Estado vaya a regular el uso de los recursos del subsuelo y ellos se encuentran en tierras indígenas (artículo 15 del Convenio).

Otro criterio establecido por la Corte colombiana se refiere a la afectación directa de una medida legislativa sobre los derechos de los pueblos indígenas en razón de su contenido material. La cita transcrita *supra* es parte de la sentencia que trató de la Ley Forestal colombiana, ley que, pese a no incluir de manera expresa disposiciones orientadas a regular los derechos de los pueblos indígenas, regula la explotación de los bosques nativos colombianos, que en su mayoría están ubicados en tierras indígenas de aquel país. De esta manera, aunque no reconocido por la Ley Forestal, la Corte Constitucional de Colombia entendió que aquella medida legislativa afectaba materialmente los derechos de los pueblos indígenas y/o tribales. La Corte Colombiana, en aquel caso, entendió que la consulta previa durante el proceso imperativo era una condición *sine qua non* de la vigencia de la Ley Forestal.

Es importante resaltar que de los 10 casos que la Corte Colombiana ha revisado sobre la consulta prelegislativa, en nueve de ellos ha decidido que la falta de consulta es un

vicio legal que sólo se repara con la expedición de una nueva ley, en consulta con los pueblos indígenas<sup>21</sup>.

Ahora bien, aunque la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que el incumplimiento del deber de consulta conlleva a la inexecutableidad de la norma revisada, en todo caso ha evaluado la procedencia de esta rigurosa medida dependiendo del caso, conforme al siguiente grupo de criterios:

*“Para la Corte, la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe valorarse teniendo en cuenta (i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; (ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; (iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y (iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. El análisis de estos factores permitirá a la Corte adoptar decisiones que involucren la declaratoria de inexecutableidad total o parcial de la disposición, o el condicionamiento de la misma, a fin de establecer mecanismos que mantengan el precepto dentro del ordenamiento y que, a su vez, otorguen eficacia al derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades tradicionales<sup>22</sup>”.*

Si trasladásemos este test a la realidad ecuatoriana, ¿podría llegarse a la conclusión de inconstitucionalidad de la Ley Minera por omisión en el deber de consulta de los pueblos y nacionalidades indígenas?, veamos.

- Contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas

Si hay algo que caracteriza esta Ley es su decidida decisión de extender la industria minera y establecerla como factor de producción nacional de gran escala, lo que se comprueba en la verificación de los abundantes incentivos otorgados a los concesionarios, tales como

- La libre prospección (Art. 6 Num 3 y Art. 28)
- El derecho de los concesionarios de hacer *“suyos los minerales que eventualmente obtenga como resultado de los trabajos de exploración”* (art.41 Párr 6), durante hasta un periodo de 10 años.
- El subsidio de cualquier proceso de consulta (art. 87 Párr. 5)
- El otorgamiento de garantías para el otorgamiento de concesiones como la apelación de actos administrativos desfavorables (art. 26 párr 4), la estabilidad en el mantenimiento de los títulos –convirtiéndolos en verdaderos títulos valores negociables (Art. 30, 126 y 127), aún transferibles por causa de muerte (Art. 125)-; de los beneficios como las

---

<sup>21</sup> C-418 de 2002; C-891 de 2002; C-620 de 2003; T-737 de 2005; T-382 de 2006; C-208 de 2007; C-030 de 2008; C-461 DE 2009; C-175 DE 2009. La única decisión colombiana que no reconoció la consulta como condición de validez jurídica fue la C[1]-169 de 2001, decisión ya superada por la jurisprudencia subsecuente.

<sup>22</sup> Ibidem.

irrisorias sumas por la patente anual que deben cancelar los concesionarios (art. 34 párr 4); de los largos plazos para la exploración - 4 años prorrogables al doble (art. 37)-, concesión -25 años prorrogables al doble (art. 36)-, periodo de evaluación económica del yacimiento -2 años prorrogables otros 2 (art. 37 parr4)-; del beneficio del silencio positivo frente a la falta de respuesta de la administración (art. 36 Párr 2, 37 párr 3 LM, 39 parr 5 y disposición general séptima); de la exigencia de elaboración de planes de manejo ambiental sólo hasta la fase de exploración avanzada –entre tanto sólo requieren estudios de impacto ambiental- (art. 78 LM).

- Permitir la exploración de hasta de 5.000 hts mineras por concesionario (Art. 39 Parr 2).
- El derecho del concesionario de aprovechar los residuos minero – metalúrgicos y los abandonados(Arts. 43 y 44)
- La protección administrativa y penal frente a la explotación ilegal de los minerales (arts. 56 y 57) y penal si se produce la alteración de los hitos demarcatorios de las concesiones (art. 72)
- La suspensión del plazo de la concesión en caso que el *“concesionario se viera impedido de ejecutar normalmente sus labores mineras, por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados”* (art. 58 Párr. 2). Obviamente esto incluye ejercicios de resistencia de las comunidades a la actividad minera, *“cualquier acto perturbatorio”* de la concesión (art. 63). La Agencia de Regulación y Control Minero, será entonces la autoridad del Ejecutivo que coordinará con la fuerza pública los ejercicios de represión de las resistencias (art. 64).
- La autorización de subcontratar mineros artesanales (art. 134 parr. 3)

El primero de los incentivos, la libre prospección, se erige como la principal amenaza para la satisfacción plena del derecho al territorio de las comunidades indígenas y de los derechos conexos reconocidos en la Constitución.

Todos los demás incentivos consolidan la vulnerabilidad de las comunidades ante el eventual establecimiento de proyectos mineros en sus territorios, entre ellos, la previsión de la represión policiva de ejercicios de resistencia frente a las actividades mineras, definidos como “actos perturbatorios”.

Tal previsión no sólo pugna contra el derecho de los individuos y los colectivos *“a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales”* (art. 98), sino que contradice el reconocimiento reciente logrado en el proceso de amnistías de defensores de la naturaleza otorgados por la Asamblea Constituyente en cuanto a que *“las acciones de movilización y reclamo de comunidades son de naturaleza esencialmente política y de reivindicación social”*<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Asamblea Constituyente. Amnistía No. 4. Del 14 de marzo de 2008. Disponible en: [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/resolucion\\_amnistia\\_derecho\\_humanos\\_criminalizados.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_derecho_humanos_criminalizados.pdf)

Por otra parte, la Ley aquí objetada, si bien afirma la obligación de los concesionarios a *“respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información, participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras”* (art. 87 Párr 4), con lo que se supone que la acción de acceso a la información pública establecido en el artículo 91 de la Constitución tendría que ser satisfecha por ellos; la misma ley establece que deberán los concesionarios informar a las comunidades u organizaciones ambientales sobre los impactos *“tanto positivos como negativos de la actividad minera”* sólo a partir del otorgamiento de la concesión (art. 88 LM).

Estos elementos permiten concluir que el contenido de la Ley respecto de los pueblos indígenas tiene un efecto directo en sus derechos constitucionales.

- Finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes

Difícilmente puede encontrarse en la producción legislativa un texto cuya fundamentación se contradiga de tal manera con su articulado, como en el caso de la Ley de Minería aquí cuestionada.

En los considerandos se afirma que esta ley se emite en razón a la necesidad de *“corregir y frenar las afectaciones ambientales, sociales y culturales”* que implicaba el derogado marco legal minero, sin embargo, esa aspiración de erradicar las afectaciones, por ahora, en el plano social, resulta falaz en cuanto el primer impacto social se relaciona con la omisión de la obligación de consulta a los primeros afectados: las comunidades indígenas y rurales en las que se establecerá la práctica extendida de prospección minera.

El país vivió intensas jornadas de protesta en contra la Ley, entre otras razones, por la omisión en el deber de consulta, sin embargo, se afirma que el *“Estado impulsará el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y ley”*. Dentro de la Constitución está el deber de consulta prelegislativa. La actividad minera basada en la inobservancia del derecho a la consulta prelegislativa de las comunidades indígenas constituye una medida que en nada fomenta ni defiende el cumplimiento de la Constitución.

La Ley también se fundamenta en la obligación del Estado de incentivar *“aquellas formas de producción que preserven sus derechos y el cuidado de la naturaleza”*. Formas de producción impuestas sobre territorios ancestrales en contra del querer de sus habitantes, y peor aún con desconocimiento de sus características y alcances y en desconocimiento de su calidad de *sujetos*, difícilmente conducirán a la preservación de sus derechos.

Ahora bien, acérrimos positivistas o como los llama Ferrajoli paleo- iuspositivistas podrían argumentar que los considerandos de las Leyes al no integrar como tal el articulado, no merecen atención ni ser contrastados en los exámenes de constitucionalidad. Sin embargo, hacer caso de esta tesis significaría atribuir a los

considerandos de las leyes una naturaleza exclusivamene discursiva, con lo cual, los fundamentos filosóficos de los cuerpos normativos perderían total sentido.

La fundamentación de las leyes –en la que se halla su pretensión de corrección: de ser justas- y su correspondencia con el cuerpo normativo son fundamentales en la construcción de sistemas de ponderación constitucional

*“Se podría objetar que la pretensión de corrección, en tanto que se refiere a la moral, es sólo la expresión de una ilusión. Los juicios sobre ello, sobre lo que es justo e injusto, son subjetivos, relativos, y los resultados de esos juicios, simples decisiones. A esta objeción irracionalista opongo la teoría del discurso. La teoría del discurso hace valer que entre la demostrabilidad y la arbitrariedad hay una tercera vía, la razonabilidad. Razonable es quien somete sus juicios morales a una argumentación racional<sup>24</sup>”.*

Nos preguntamos de qué manera se argumentará razonablemente por parte de los demandados, que la omisión en el deber de consulta pre-legislativa no vicia de inconstitucionalidad absoluta la Ley de Minería. *“La implantación de un Estado constitucional democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos. Pero ese espacio necesita ser llenado. El medio para ello es la argumentación jurídica<sup>25</sup>”.*

- Posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma

Este criterio supone evaluar si el cuerpo normativo admite divisiones que permitan llegar, por ejemplo, a una interpretación condicionada del texto: llegar al entendido de que ciertas medidas o artículos son aplicables y otros no para los grupos indígenas.

Para el caso de la Ley Minera, tendríamos que suponer que la libre prospección halla límite en los territorios de las comunidades indígenas, caso en el cual, nos encontraríamos ante una omisión relativa del legislador, que excluyó tal previsión de las excepciones taxativas señaladas, valga recordar *“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”* (art. 28).

De igual manera tendríamos que llegar a la conclusión de que el aprovechamiento del agua y el establecimiento de servidumbres es válido en cualquier escenario salvo en territorios indígenas, caso en el cual la Corte tendría que concluir con una sentencia de *constitucionalidad condicionada* a esta interpretación.

---

<sup>24</sup> Robert Alexy. Mi filosofía del derecho. Discurso pronunciado por el profesor Robert Alexy con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Alicante. Disponible en: <http://www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/honoris/alexys08/discursoalexys.html>

<sup>25</sup> Ibidem

Ambas soluciones parecen muy forzadas, ya que el legislador consciente y expresamente delimitó los derechos de los grupos indígenas en la nueva ordenación minera, lo que nos lleva a último criterio diseñado en la práctica constitucional colombiana y que hemos desarrollado como ejercicio argumentativo.

- Decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas

El legislador en la Ley Minera solamente tomó en cuenta a las comunidades indígenas para efecto de determinar la repartición de las ganancias de la actividad extractiva. En el artículo 40 de la ley demandada dispuso destinar *“los recursos económicos correspondientes al 3% de las ventas de los minerales explotados, a proyectos de desarrollo local sustentable, a través de los gobiernos municipales y juntas parroquiales y, de ser el caso, a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas”*.

En el artículo 93 estableció que *“El 60% de la regalía será destinado para proyectos productivos y de desarrollo local sustentable a través de los gobiernos municipales, juntas parroquiales y, cuando el caso amerite, el 50% de este porcentaje a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales. Estos recursos serán distribuidos priorizando las necesidades de las comunidades que se encuentran en áreas de influencia afectadas directamente por la actividad minera”*.

Como se ve, fue voluntad del legislador reconocer diferenciadamente a las comunidades indígenas exclusivamente para efecto de retribución de ingresos provenientes de la extracción de los minerales. Sólo se tiene en cuenta a estos grupos una vez la extracción se haya realizado, no antes ni después. Ni durante las actividades de prospección, exploración y explotación, ni en los eventos posteriores de plan de cierre de las concesiones y planes de reparación ambiental.

Sólo se advierte de la necesidad de abordar el tema indígena dentro de las *“comunidades que se encuentran en áreas de influencia afectadas directamente por la actividad minera”*, es decir, para efectos de compensar esas afectaciones, pero eso sí, sin destinar título o capítulo alguno en describir o dar los lineamientos, principios o criterios de lo que constituiría un plan de reparación de los impactos ambientales, sociales o culturales de dicha actividad.

Ahora bien, esto se explica en tanto la Ley constituye un monumento a la exculpación de la responsabilidad estatal en la satisfacción de los derechos de las comunidades afectadas con la industria extractiva en materia de reparación de las violaciones a sus derechos al incorporar el concepto de *“responsabilidad social y ambiental”* empresarial (Art.8 Num 2); la obligación de *“reparación y remediación ambiental”* art. 27 párr 3) por parte de los concesionarios –dado que *todo daño ambiental genera responsabilidad objetiva* (quinta disposición general)-; la obligación de *“resarcir cualquier daño o perjuicio que causen en la realización de sus trabajos”* (art. 70 y 95); las cláusulas de *“prestación de garantías en relación con las comunidades”* en los contratos de prestación de servicios (art.40 párr 2) y de *“relación con las comunidades”* en los contratos de explotación minera (art. 41 párr 3); la obligación de

de incluir en el Plan de Cierre de las Operaciones mineras “*un plan de incorporación a nuevas formas de desarrollo económico*” de las comunidades (art. 85 párr 2).

De esta manera comprobamos que la nueva Ley de Minería no contempla un marco diferenciado de protección de las comunidades indígenas, y de hecho, niega su papel de garante en la protección de derechos vulnerados con las actividades extractivas que concesiona.

Por otra parte, queremos recordar que existe una recomendación vigente del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas al poder legislativo en cuanto a ajustar sus disposiciones al orden constitucional precisamente en materias como la que se ocupa la Ley objeto de revisión

*“81. Se recomienda al Congreso Nacional del Ecuador que proceda a legislar en materia de los derechos colectivos de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas tal como estos están establecidos en la Constitución Política del país, especialmente en materia de: administración de justicia; circunscripciones territoriales indígenas; reglamentación de las actividades económicas petroleras, mineras, madereras, agrícolas, pesqueras, turísticas y otras que tienen relación con la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas; educación intercultural bilingüe; conservación y preservación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas; respeto y protección de los pueblos en aislamiento voluntario; derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado de acuerdo a la normativa internacional; (...) biodiversidad, preservación y manejo del medio ambiente; planes y proyectos de desarrollo económico; defensoría de los derechos humanos de los pueblos indígenas; y formas de gobierno indígena local, comunal y seccional<sup>26</sup>”.*

Mal haría el poder judicial en no corregir los yerros del legislativo que contrarían las recomendaciones internacionales. De lo anterior se concluye que no puede ser otro el camino que tome esta Corte en relación con el cargo de inconstitucionalidad por violación al derecho a la consulta: la inconstitucionalidad absoluta de la Ley de Minería por encontrarnos ante un vicio de forma que pervierte íntegramente el contenido material de la misma y que supone el incumplimiento de recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos.

### **III.2 CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACIÓN AL DERECHO AL TERRITORIO DE LAS NACIONALIDADES INDÍGENAS**

---

<sup>26</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Adición Misión a Ecuador. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Cuarto período de sesiones. A/HRC/4/32/Add.2. Diciembre 28 de 2006

La inconstitucionalidad por vicios de forma supone que el análisis de los vicios de fondo sea insubstancial e inocua, por cuanto *“la inexequibilidad por razones de fondo, presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico<sup>27</sup>”*.

La tesis principal de nuestra intervención es que la Ley de Minería no integra el orden jurídico vigente por cuanto no se cumplieron todos los requisitos para su existencia jurídica o al menos uno de ellos: la consulta pre-legislativa. Sin embargo, no queremos desaprovechar la oportunidad para hacer una breve alusión a los otros cargos de inconstitucionalidad alegados por la CONAIE y las comunidades de AZUAY.

En primer lugar, encontramos justificado el cargo de inconstitucionalidad por violación al derecho al territorio de las nacionalidades indígenas y queremos resaltar lo expresado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH- que ha reiterado que la propiedad comunal indígena tiene plena protección bajo el artículo 21 de la Convención Americana, fundamentándola en la especial relación que tienen los pueblos indígenas con su territorio

*“89. 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 Americana.*

*90. 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”. De igual manera, en el caso 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’”. 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”*

*91. 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.*

*92. 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. 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<sup>28</sup>”.*

La Ley de Minería al establecer cláusulas como las de libre prospección, servidumbres y de uso y aprovechamiento de las aguas limita el ejercicio de los derechos ancestrales de los grupos indígenas que sólo pueden desarrollarse en su territorio. Así, la limitación de cualquier manera al uso y disfrute de la propiedad colectiva ancestral, vulnera el derecho al ejercicio *pleno* del derecho al territorio.

Pero también queremos resaltar lo dicho por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya en su más reciente informe en relación con la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

*“87. Para que la Declaración se haga plenamente efectiva, los Estados deben tomar una serie de medidas afirmativas especiales que involucren a las distintas instituciones legislativas y de la administración pública. Ello comporta un complejo proceso de reforma jurídica e institucional, acción judicial, políticas específicas y procedimientos reparadores especiales. Se trata de un proceso que precisa de un compromiso político y financiero total de los Estados que no estará exento de obstáculos y dificultades de todo tipo<sup>29</sup>”.*

El señor Anaya, da pistas procedimentales claras para que los Estados avancen en la satisfacción de las obligaciones contenidas en la Declaración. En primer lugar, se refiere al tema legislativo:

*“50. Para aplicar la Declaración normalmente es necesaria o conveniente la aprobación de nuevas leyes o la enmienda de la legislación vigente en el ámbito nacional, tal y como prevé el artículo 38 de la propia Declaración, que insta a tomar las "medidas legislativas" adecuadas. Normalmente también hacen falta nuevos marcos normativos, que en muchos países aún son insuficientes o inexistentes. Es importante señalar que, para llevar a cabo las reformas jurídicas e institucionales que exige la Declaración, normalmente no basta con*

---

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)

<sup>29</sup> Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. Noveno período de sesiones. A/HRC/9/9. Agosto 11 de 2008

*aprobar "leyes indígenas" concretas, como han hecho numerosos Estados, sino que en ámbitos clave también es preciso transformar las estructuras jurídicas generales.*

*51. Por ejemplo, éste es el caso en relación con las disposiciones de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas "a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales" (art. 4) y a "conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales" (art. 5), incluida la administración de justicia (arts. 34 y 35). Los sistemas indígenas de autonomía y autogobierno comportan una serie de implicaciones para la gobernanza general del Estado que no se han reconocido plenamente en la mayoría de países, donde la autonomía o el autogobierno indígena aún funciona de forma oficiosa y sin las garantías jurídicas apropiadas. Lo mismo puede decirse respecto de los derechos de los indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, proclamados en los artículos 26 a 28 y en disposiciones conexas de la Declaración. Si bien estos derechos se encuentran reconocidos en general en muchos países, su aplicación comporta toda una serie de reformas jurídicas y administrativas, particularmente en lo tocante a las leyes y la administración de la propiedad y los recursos naturales<sup>30</sup>".*

Pero también y en lo que interesa a esta Corte, se refiere el Relator a la justiciabilidad de los derechos y el papel de los tribunales nacionales:

*54. Los tribunales nacionales también desempeñan un papel crucial en el proceso de hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas establecidos por las normas internacionales. Los tribunales nacionales deberían hacer lo necesario para adaptar sus decisiones a la Declaración en los casos en que afecten a pueblos indígenas. Aun si no tienen competencia para aplicar directamente la Declaración, los tribunales nacionales pueden y deben emplearla como guía en la interpretación de las disposiciones de la legislación interna del país. Un buen ejemplo en este sentido es el reciente fallo de la Corte Suprema de Belice en la causa Comunidades mayas c. el Fiscal General, una causa en que esa Corte utilizó la Declaración y otras fuentes internacionales como guía de su interpretación de la Constitución de Belice en una decisión en favor de los derechos de las comunidades mayas sobre sus tierras tradicionales.*

*55. El reconocimiento jurídico y la acción judicial son sólo condiciones previas potenciales para hacer efectivos a escala nacional los derechos de los pueblos indígenas proclamados por la Declaración. El antiguo Relator Especial señaló que los recientes procesos de reforma constitucional y normativa de varios países no se han traducido necesariamente en cambios reales en la vida cotidiana de los pueblos indígenas y que continúa existiendo una "brecha de implementación" entre "la legislación y la realidad cotidiana"<sup>31</sup>*

---

<sup>30</sup> Ibidem

<sup>31</sup> Ibidem

Insistimos en lo crucial que la decisión que adopte la Honorable Corte Constitucional significa en estos momentos en la historia jurisprudencial ecuatoriana. Tenemos un nuevo y garantista marco constitucional, tenemos también una apertura internacional sin precedentes en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y contamos con un escenario latinoamericano en el que los tribunales constitucionales emiten decisiones rigurosas en las que declaran la inconstitucionalidad de leyes que afectan derechos de los pueblos indígenas, principalmente por el incumplimiento del deber de consulta como consecuencia de haber incorporado en su ejercicio de ponderación de derechos que los pueblos indígenas son sujetos de derechos y no un mero objeto de protección.

### **III.3 CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE DIVISIÓN Y JERARQUÍA DE LEYES Y DE EXCEPCIONALIDAD DE LA ACTIVIDAD PRIVADA EN SECTORES ESTRATÉGICOS**

Consideramos que estos cargos de inconstitucionalidad están suficientemente fundamentados por los actores y les asiste una incontrovertible razón. Pero, al igual que el cargo anterior, queremos aprovechar la oportunidad para realizar unas breves reflexiones.

El mandato constitucional derivado del artículo 133 es claro: las leyes tienen el carácter de orgánicas o de ordinarias. No existen otras categorías ni se admite una mixtura de ambas categorías normativas.

Según la disposición constitucional aludida nos encontramos ante una ley ordinaria cuando nos referimos a la Ley de Minería por cuanto esta no se ocupa de la organización y funcionamiento de instituciones creadas por la constitución; no regula el ejercicio de derechos y garantías constitucionales; no regula la organización, competencias, facultades o el funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados; ni regula lo relacionado con el régimen de partidos políticos o el sistema electoral, que son las materias que aborda exclusivamente una norma de carácter orgánico.

El artículo primero de la Ley de Minería confirma que su objeto es normar *“el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero (...)”* y en sus considerandos la Ley nos recuerda que *“los recursos naturales no renovables se consideran un sector estratégico, tal como lo establece la Constitución en su Art. 313, sobre los cuales el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; así como también delegar de manera excepcional a la iniciativa privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución de la República del Ecuador”*

Sin embargo, la disposición final segunda de la Ley nos sorprende con la determinación de que sus normas *“prevalecerán sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra ley destinada específicamente a tales fines. En consecuencia no serán aplicables las leyes o decretos que de cualquier manera contravengan este precepto”*, atribuyéndoles un carácter supra-normativo, que no es permitido para esta categoría de leyes o para leyes que regulan específicamente estas materias.

Con tal disposición, parece ser que el legislador confunde la facultad de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos, con el poder de control y limitación de derechos fundamentales que pudiesen entrar en contradicción con la libre explotación y administración de tales recursos.

El legislador debe ser advertido por esta Corte del hecho de que el que un recurso sea estratégico y al tenor del artículo 313 se le atribuya una *“decisiva influencia económica, social, política o ambiental”* no se traduce en que su administración pueda llegar a limitar derechos de rango constitucional, además contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y sobre los cuales el Estado ecuatoriano ha sido instado a dar estricto cumplimiento.

Téngase en cuenta que los derechos humanos tienen una decisiva influencia política en el escenario de las relaciones internacionales, pues son los Estados los sujetos internacionales por excelencia, los que se obligan internacionalmente y así mismo son llamados a responder por sus actos y omisiones; que los derechos humanos tienen una decisiva influencia social pues son el motor legitimador de las medidas de la administración, ya que un Estado violador o promotor de violaciones a tales derechos no puede ser depositario de la confianza de sus ciudadanos; que los derechos humanos tienen una decisiva influencia ambiental, pues no puede concebirse una política ambiental sostenible basada en el desconocimiento de derechos como la salud, la alimentación, el agua, la dignidad y la vida; que tienen una decisiva influencia económica por cuanto su violación conlleva la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la obligación de reparación integral (que incluye los deberes de restitución, indemnización, no repetición, entre otros).

Por otra parte también pareciera que el Legislador no comprende el significado textual del vocablo *“excepcional”* al que se refiere el artículo 316 de la Constitución cuando señala que *“El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada”* el ejercicio de las actividades relacionadas con los sectores estratégicos.

El vocablo *“excepcional”* hace referencia a lo que se aparta de lo ordinario, de lo común, de lo corriente; y que por tanto, ocurre rara vez o de manera infrecuente. Sin embargo, la Ley de Minería concibe y fomenta la libre prospección y la libre explotación tiene como principal vocación, hallar campos de exploración con fines de explotación y aprovechamiento lucrativo de los minerales.

Si cualquier persona, sociedad, corporación, grupo o entidad en cualquier lugar y tiempo tiene la facultad de explorar la existencia de minerales y una vez los halle,

solicitar su concesión, entonces no es cierto que la delegación a la iniciativa privada del ejercicio de las actividades relacionadas con el sector estratégico minero sean excepcionales, sino que por el contrario son comunes, ordinarias, normales, habituales, acostumbradas, en fin, corrientes.

Como quiera que la Corte puede pronunciarse sobre estas materias en virtud de la potestad de interpretación sistemática sobre los asuntos puestos en su consideración, sugerimos que utilice tal facultad para advertir al Legislador sobre los límites que los derechos humanos le imponen a su quehacer en la producción normativa, en especial, los derechos de las comunidades indígenas.

### **III.4 CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS A LA NATURALEZA**

Reiteramos que el incorregible vicio de forma en la configuración de la Ley de Minería por la omisión de consulta prelegislativa, vuelve inane el estudio de los cargos sucesivos, sin embargo, en razón a la solicitud expresa que ha realizado a nuestra organización la Sala Segunda de la honorable Corte Constitucional sobre la exposición de criterios *“en torno a los impactos ambientales, culturales y/o sociales que podrían acarrear la aplicación de los artículos de la Ley Minera que han sido impugnados por inconstitucionales”*, procederemos a realizar algunos comentarios en la materia.

Sea lo primero manifestar que esta Corte tiene en sus manos la protección de un derecho sui generis y que esto supone un reto adicional al de la protección de cualquier otro derecho, pues no se cuenta con referentes ni en el ordenamiento interno ni en el internacional.

*“¿Y la naturaleza? En cierto modo, se podría decir, los derechos humanos abarcan a la naturaleza, porque ella no es una tarjeta postal para ser mirada desde afuera; pero bien sabe la naturaleza que hasta las mejores leyes humanas la tratan como objeto de propiedad, y nunca como sujeto de derecho.*

*Reducida a mera fuente de recursos naturales y buenos negocios, ella puede ser legalmente malherida, y hasta exterminada, sin que se escuchen sus quejas y sin que las normas jurídicas impidan la impunidad de sus criminales. A lo sumo, en el mejor de los casos, son las víctimas humanas quienes pueden exigir una indemnización más o menos simbólica, y eso siempre después que el daño se ha hecho, pero las leyes no evitan ni detienen los atentados contra la tierra, el agua o el aire.*

*Suena raro, ¿no? Esto de que la naturaleza tenga derechos... Una locura. ¡Como si la naturaleza fuera persona! En cambio, suena de lo más normal que las grandes empresas de los Estados Unidos disfruten de derechos humanos<sup>32</sup>”.*

---

<sup>32</sup> Eduardo Galeano. LA NATURALEZA NO ES MUDA. Artículo elaborado para la Asamblea Constituyente. Publicado por Editorial Abya Ayala, Quito 2009

Debe darse un riguroso y motivado ejercicio jurisprudencial en torno a tales derechos, pues no puede suceder que habiéndose reconocido que la naturaleza tiene derechos - autónomos de la protección del derecho al ambiente sano de las personas-, esto no acarree consecuencias diferenciadas, un especial cuidado y protección de los ciclos vitales, una limitación aún mayor de prácticas o actividades que vulneren tales derechos con la consecuente degradación del ambiente y daño irreversible de esos ciclos.

La responsabilidad que tenemos en que los derechos de la naturaleza sean ciertos, que sean satisfechos íntegramente es aún mayor habida cuenta que *“vivimos sobre la línea ecuatorial, en el corazón húmedo del planeta<sup>33</sup>”*.

El preámbulo de la Constitución señala que la voluntad del poder constituyente fue la de crear, entre otros, *“una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”*. Para ello reconoció el derecho de los ciudadanos de *“vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”* (art. 66-27) y más aún, concibió a la naturaleza como un sujeto de derechos: *“sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”* (art. 10).

Con este hecho se produjo avance sin precedentes en la lógica del reconocimiento de derechos en la historia del derecho moderno: se quebró la lógica de un derecho que se ha ocupado tradicionalmente de manera exclusiva de las relaciones entre los seres humanos y de los seres humanos con la naturaleza sólo cuando ésta tiene la calidad de propiedad o mediado una relación de posesión, caso en el cual se presupone que el uso y el abuso de ella es permitido, pues entra en la órbita de la disposición privada<sup>34</sup>.

El compromiso de salvaguardar los derechos de la naturaleza se reiteró en la Constitución en el artículo 277 que impuso al Estado el deber general, para la consecución del buen vivir *“Garantizar los derechos de (...) la naturaleza”*.

La Constitución ecuatoriana le ha reconocido derechos a la naturaleza en dos momentos: aquel en el que se pueden prevenir afectaciones de los ciclos vitales y aquel en el que los daños deben entrar a remediarse. En el primer momento tenemos

- *“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia (...)El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la*

---

<sup>33</sup> Augusto Ángel Maya. Sobre el derecho, la filosofía y el medio ambiente. En: Derecho y Medio Ambiente. Corporación Ecológica y Cultural Penca de Sábila, FESCOL y CEREC. Serie ecológica. No. 4. Bogotá, noviembre de 1992.

<sup>34</sup> “El derecho romano exalta y defiende el concepto de propiedad, como un derecho absoluto e inalienable. Ello significa que el hombre tiene derecho de usar y abusar de la propiedad, que es la propiedad física no sólo sobre las cosas naturales, sino también sobre los esclavos. El “ius utendi et abutendi”, si bien no se encuentra referido en esa forma explícita en el derecho romano, interpreta exactamente el sentido de la legislación y de la tradición cultural del imperio. El dominio sobre la naturaleza es total para la clase de los honestiores y casi total para el común de los ciudadanos romanos y en esa forma va disminuyendo a medida que desciende la escala social hasta el derecho negativo de los esclavos. Puede verse con claridad cuál es el significado de esta tendencia jurídica sobre el deterioro ambiental. Fue esta legislación la que permitió el saqueo de las Provincias con las consecuencias ambientales que apenas se están empezando a conocer en la historiografía moderna”. Augusto Ángel Maya Ob Cit.

*naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema” (Art 71);*

- *“El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales” (Art. 73);*
- *“Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos (...) Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible” (art. 83-6)*
- *“El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”. (art. 275).*
- *“El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a (...) la naturaleza”. (Art. 306)*
- *“El Estado protegerá a (...) la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”. (Art. 389)*

En el segundo escenario tenemos,

- *“La naturaleza tiene derecho a la restauración (...) En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración” (Art. 72)*
- *“El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: (...) Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable”. (art. 276-4)*
- *“El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza”. (art. 319).*

Bajo este marco tenemos que entrar a identificar los elementos problemáticos de la Ley de Minería que impactan en los derechos a la naturaleza.

El **primero** de ellos, está relacionado con una falacia argumentativa: dar por sentado que la actividad minera puede ser sustentable (art. 87 párr 2) y sostenible (arts 1, 4).

Acción Ecológica ha insistido históricamente la contradicción que existe entre minería y sustentabilidad:

*“La minería a gran escala es la actividad más destructiva que existe, dada la extensión de los espacios de explotación y la cantidad y toxicidad de los desechos que produce.*

*Actualmente, más del 20% de la superficie del Ecuador está concesionada para minería, es decir 5 millones y medio de hectáreas aproximadamente, de las cuales, 2 millones son Bosques Protectores con funciones ecológicas irremplazables. Por las características geográficas, físicas y de biodiversidad del país, esto se torna inaceptable. Las concesiones se encuentran en zonas sumamente frágiles porque son fuertes pendientes, zonas de alta biodiversidad, nacientes de ríos, áreas protegidas, territorios indígenas, provincias densamente pobladas, sitios de importancia arqueológica, tierras agrícolas y en algunos casos reúnen estas características a la vez.*

*Para que haya actividad minera las empresas tienen que asegurarse el abastecimiento de las principales fuentes de agua y energía eléctrica; importantes fuentes de agua del país corren el riesgo de contaminarse, disminuir severamente o incluso desaparecer. Se alterará el ciclo normal del agua, se afectarán las zonas de vegetación que de ella dependen y que ofrecen una serie de funciones ambientales para el Ecuador y sus poblaciones, muchas poblaciones serán desplazadas de sus tierras y con ellas sus formas de vida tradicional (...)*

*Uno de los más importantes impactos ambientales a largo plazo son los drenajes mineros ácidos. Los yacimientos de ciertos minerales liberan al ambiente, bajo ciertas condiciones de presión y temperatura, una serie de sustancias que al mezclarse con el agua, el aire y en reacción con otros minerales expuestos forman vertidos de materiales tóxicos - ácidos que pueden permanecer cientos o incluso miles de años . “ La mina de plata Equity en la misma Columbia británica, gestionada por Placer Dome, cerró en 1994 seguirá produciendo drenaje minero ácido por otros 500 a 150.000 años”(Ibid).*

*Durante el proceso se produce la emisión de material particulado a la atmósfera con concentraciones de reactivos químicos sumamente tóxicos, gases por la quema de materiales, produce ruido, vibraciones, alteración o represamiento de ríos, arrastre de compuestos ácidos con la consiguiente pérdida de la calidad de los suelos, acidificación de cursos de agua superficiales y subterráneas, lluvias ácidas por la emisión de ácido sulfuroso entre otros impactos, sin mencionar las catástrofes ocurridas en las operaciones mineras.*

*Por todo esto la minería se ha ganado una merecida reputación de abusiva, violentadora del medio ambiente como de las personas cuyas tierras ha despojado para sus operaciones, y por estas mismas razones la industria minera ha emprendido estrategias de limpieza de su imagen, pretendiendo que la*

*asuman como protectora del medio ambiente, socialmente consciente y promotora de la “minería sustentable”<sup>35</sup>.*

Pero este no es el único supuesto falso en que se basa la ley. Por ejemplo, se presume que los titulares de derechos mineros devolverán las aguas *“al cause original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación”* (Art. 79). Esto es materialmente imposible: inexorablemente habrá contaminación, es por ello que seguidamente en la Ley se dice *“o cumpliendo con los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua vigentes”*.

Se produce otra ficción importante en la Ley cuando dispone la caducidad de las concesiones mineras *“cuando se produzcan daños ambientales, sin perjuicio de la obligación del concesionario de reparar los daños ambientales causados”* (Art. 115 LM). El punto es que es imposible que no se produzcan daños ambientales, de la mayor o menor proporción que sean, motivo por el cual se prevé en la ley reiteradamente la obligación de pagar los daños.

El **segundo** elemento problemático se relaciona con el hecho de que la Ley no prevé mecanismos de protección de la naturaleza en los lugares donde se realizarán las actividades mineras, de hecho, sólo se prevén menudas compensaciones a los grupos humanos que habiten en las áreas explotadas y ni siquiera a cargo del Estado sino a cargo de los concesionarios.

Con esto último el Estado pretende librarse de su responsabilidad primaria de responder por los daños que se provoquen durante la actividad extractiva, por ejemplo, cuando incorpora el concepto de *“responsabilidad social y ambiental”* empresarial (Art.8 Num 2); la obligación de *“reparación y remediación ambiental”* art. 27 párr 3) por parte de los concesionarios –dado que *todo daño ambiental genera responsabilidad objetiva* (quinta disposición general)-; la obligación de *“resarcir cualquier daño o perjuicio que causen en la realización de sus trabajos”* (art. 70 y 95); las cláusulas de *“prestación de garantías en relación con las comunidades”* en los contratos de prestación de servicios (art.40 párr 2) y de *“relación con las comunidades”* en los contratos de explotación minera (art. 41 párr 3); la obligación de incluir en el Plan de Cierre de las Operaciones mineras *“un plan de incorporación a nuevas formas de desarrollo económico”* de las comunidades (art. 85 párr 2).

Si bien es cierto que la ley prevé una ACCIÓN POPULAR para denunciar ante el Ministerio del Ambiente *“amenazas o daños sociales y ambientales”* dentro de las cuales puede adoptar medidas protectoras, este ministerio sólo adoptará medidas para evitar los daños en caso de *“certidumbre científica”* de que ellos se produzcan (art. 91). Tal disposición contraviene el principio de precaución, reconocido en

---

<sup>35</sup> Acción Ecológica. ¿Minería Sustentable, para quién?. Boletín No. 124. Quito, marzo de 2003. Ver también: las Alertas Verdes No. 73, 40, 148 y 157. En: [http://www.accionecologica.org/index.php?Itemid=7401&id=463&option=com\\_content&task=view](http://www.accionecologica.org/index.php?Itemid=7401&id=463&option=com_content&task=view)

múltiples instrumentos internacionales<sup>36</sup> y en la disposición contenida en el artículo 73 de nuestra Constitución.

*“La esencia del Principio de Precaución es que la sociedad no puede esperar hasta que se conozcan todas las respuestas, antes de tomar medidas que protejan la salud humana o el medio ambiente de un daño potencial.*

*Los que no aceptan el principio de precaución y toman decisiones sobre tecnologías o actividades que no han sido probadas o que han sido inadecuadamente evaluadas, ponen en manos de la sociedad la responsabilidad de demostrar que la tecnología o actividad es insegura o peligrosa; y de hecho, es la sociedad la que paga las consecuencias de estas decisiones<sup>37”</sup>.*

La Ley presume que en el brevísimo término de dos meses –desde la solicitud para la concesión– (Art. 26 Párr3) se producirían actos administrativos SERIOS por parte de los ministerios de ambiente, transporte, defensa y electricidad; el consejo municipal de que se trate; la Secretaría de Telecomunicaciones; la autoridad única del agua; las direcciones nacional de hidrocarburos y de aviación civil; y, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, que exploren suficientemente las consecuencias de la autorización de la actividad minera en determinado territorio.

Pero como el modelo es el de la prospección desquiciada en todo el territorio nacional, la Ley prevé el beneficio del silencio positivo frente a la falta de respuesta de la administración (arts. 36 Párr 2, 37 párr 3, 39 parr 5 y disposición general séptima). A favor de los concesionarios se resuelve la indecisión de la administración o la duda en autorizar la actividad minera, para la naturaleza, ni el más mínimo beneficio de la duda.

La Ley de Minería constituye un ejemplo paradigmático de la legislación anti principio de precaución. Esta situación inquieta al más desprevenido cuando observa las imágenes de la impresionante extensión de las concesiones mineras, en contraste con la red hídrica y los bosques

---

<sup>36</sup> Como el Capítulo Mundial de la Naturaleza de 1982; el Protocolo de Montreal sobre erosión de la capa de ozono; la Declaración económica, cumbre económica de naciones industrializadas de 1990; las recomendaciones de la Haya sobre Derecho internacional de 1991; la Agenda 21 de 1992; el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992; la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo de 1992; el Convenio Marco sobre cambio Climático de 1992; el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad; la Declaración de Nuuk sobre Ambiente y desarrollo en el Ártico de 1993; la Decisión Andina 391 sobre Acceso a Recursos Genéticos. Debe también señalarse que la Unión Europea en su Acta de Constitución reconoció el principio y en los años subsiguientes ha elaborado varios conceptos sobre cómo debe implementarse.

<sup>37</sup> Acción Ecológica. Alerta Verde No. 107. Disponible en: [http://www.accionecologica.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=376&Itemid=43](http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=376&Itemid=43)



*el riesgo de equivocarnos, mejor equivocarnos por el lado de la protección y no por el de la destrucción<sup>38</sup>.*

La Ley de Minería erige contra a la naturaleza el beneficio del silencio administrativo para quienes se benefician de su explotación. El reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza, lleva a una solución contraria: adoptar el silencio administrativo negativo frente a moratorias de la administración en el trámite de medidas relacionadas con la actividad minera, y aún más, adoptar el principio de precaución y otorgarle a la naturaleza el beneficio de la duda.

Bajo las consideraciones anteriores, nos permitimos realizar a la honorable Corte, las siguientes

#### **IV. PETICIONES**

IV.1 Acoger los argumentos que le hemos presentado y los incorpore en la parte considerativa al proyecto de fallo que será presentado al pleno de la Corte.

IV.2 Esto supone aceptar las pretensiones de los demandantes –CONAIE y comunidades de AZUAY-, en cuanto a declarar la inconstitucionalidad de la Ley Minera por vicio de forma al omitir la obligación constitucional de Consulta pre-legislativa de los pueblos y nacionalidades indígenas.

IV.3 Al realizar la interpretación sistemática de la constitucionalidad de la Ley, que advierta al legislativo sobre los límites que los derechos reconocidos en la Constitución y el Bloque de constitucionalidad imponen a la producción legislativa.

#### **V. COMUNICACIONES**

Para efecto de cualquier comunicación adicional, puede tenerse como dirección de notificaciones Alejandro de Valdez N24 33 y Av. La Gasca / Quito . Teléfonos 254 – 7516 / 252 - 7583

Atentamente,

**IVONNE RAMOS**

Presidenta Acción Ecológica

Identificación:

---

<sup>38</sup> Edgar Isch López. El cuento de la minería sustentable. Marzo 2008. Disponible en: <http://www.voltairenet.org/article155883.html>