

Jurisprudencia



Jurisprudencia obligatoria: Sentencia de la Ley de Minería

Fabián Soto Cordero¹

Analizaremos la Sentencia n.º 001-10-SIN-CC dictada dentro de los casos acumulados n.ºs 0008-09-IN y 0011-09-IN, por demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería,² presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas, y el presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay.

1. Introducción

Una de las sentencias de mayor connotación pública en la actualidad es la pronunciada con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería. Este fallo trajo consigo varias interpretaciones, tanto de normativa internacional sobre derechos humanos, como de normas constitucionales y legales, de manera tal que ha actualizado el ordenamiento jurídico ecuatoriano a los estándares internacionales de protección de derechos humanos. En este sentido, el presente análisis dará a conocer al foro académico y profesional, las definiciones y explicaciones que en torno a los derechos y la práctica constitucional ecuatoriana contiene la mencionada sentencia, además de dar a conocer la perspectiva con la que la Corte Constitucional para el Período de Transición resolvió el caso.

2. La resolución del caso

En lo principal, las impugnaciones³ a la Ley de Minería orbitan en torno a inconstitucionalidades por la forma, toda vez que se argumenta en lo

1 Magíster en Derecho (c) y especialista superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado de los juzgados y tribunales de la República, Universidad Central del Ecuador. En la actualidad trabaja en el equipo de investigación y capacitación del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador.

2 Suplemento del Registro Oficial n.º 1517, de 29 enero 2009.

3 Las normas demandadas cuya inconstitucionalidad se persigue, tanto por el fondo como por la forma, van en contra de toda la ley minera, en especial de los artículos 1, 2, 15, 22, 26, 28, 30, 31, 43, 67, 79, 96 y la disposición final segunda de la Ley de Minería.

principal que dicha ley ha omitido el proceso de consulta prelegislativa a la que hace referencia el ordinal 17 del artículo 57 de la Constitución.

Por otro lado, las objeciones por el fondo son más diversas, en la medida en que se fundamentan en una inobservancia de los derechos colectivos que las nacionalidades, pueblos y comunidades mantienen vinculados, estrechamente, con la indivisibilidad e integralidad de su territorio ancestral. Para el efecto, estos derechos se reputan vulnerados a causa de la permisibilidad de una posible imposición de gravámenes de servidumbre legal, sobre territorios ancestrales, que por mandato constitucional son inalienables e inembargables.⁴

Asimismo, frente a la disposición que consiente la realización de actividades no sustentables en el territorio de las nacionalidades, pueblos y comunidades, se observa que omite reconocer que estos componen el medio de subsistencia primario de aquellas, al mismo tiempo que se argumenta un claro contraste con el mandato constitucional de respetar las actividades de sustento de las nacionalidades, en especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio.

Para la Corte de Transición, el proceso de aprobación de la ley se lo realizó bajo una situación excepcional, que tiene relación con el cambio sustancial de circunstancias que devinieron por la promulgación de la Constitución del 2008, pues la Ley de Minería se venía debatiendo a la luz de la Constitución derogada. Esta situación excepcional encontró sustento en el principio del derecho internacional *rebus sic stantibus*,⁵ lo cual —frente a la ausencia de la ley— generó que se implementen mecanismos de información, participación y recepción de criterios, respecto de un segmento de las comunas que, dadas las circunstancias se las tomó como parte de una consulta prelegislativa que dio paso a la promulgación de la ley que, sin embargo, no configuraban una consulta previa bajo los estándares internacionales.⁶

4 Constitución de la República, artículo 57.

5 Se entiende por *rebus sic stantibus* una expresión latina, que puede traducirse como “estando así las cosas”, que hace referencia a un principio de derecho que recoge supuestos en que, como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato no previstas, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de su celebración.

6 Cordero Heredia, David. “El derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en la Región Andina”. *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*. Quito, Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2011, p. 135.

Por tanto, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, toda vez que el proceso de información y participación implementado para la generación de la ley se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución, es decir que la Corte considera que tal proceso suple el derecho colectivo de consulta prelegislativa.

El artículo 57, numeral 17 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de consultar a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades antes de adoptar una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, es además un derecho reconocido en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos definido como “consulta pre-legislativa”.⁷

Es preciso hacer énfasis en una definición básica de derechos colectivos, a los que se concibe como atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo, y que se reconocen a un segmento específico de la población, y no ampara a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial. Cabe destacar que la Corte tiene en claro el papel que juegan estos derechos en el Estado constitucional contemporáneo, diferenciándolo de la perspectiva liberal tradicional, donde los derechos tutelables eran únicamente los de libertad, dejando al margen derechos de ciertos grupos minoritarios, como consecuencia del clásico modelo de Estado unitario. “La necesidad [...] de determinar un derecho y una ética pública para la convivencia de una nueva república intercultural, donde los criterios deberían ser aplicados a todos en igualdad de circunstancias, aunque reconociendo las diferencias culturales y las situaciones que requerían mayor atención en función de su situación concreta [...]”⁸ fue retomada por la Constitución que introdujo el concepto de pluralidad e interculturalidad, que parte del reconocimiento de diferentes cosmovisiones, por tanto una confluencia de fragmentos socioculturales distintos que coexisten y se traducen en el respeto a la diversidad cultural y en la existencia de un pluralismo normativo que reconoce derechos específicos a los pueblos y nacionalidades indígenas.

7 Convenio 169 de la OIT, artículo 6: “[...] Los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin [...]”.

8 Rosillo Martínez, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 319.

Asimismo, la Corte ha llegado a destacar el arraigo hacia el territorio indígena por parte de sus integrantes, que adquiere una connotación especial a diferencia de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos. En este sentido, la Corte interpreta algunos de los artículos controvertidos por la demanda, al establecer que no es factible interpretar la regla que tiene relación con la declaratoria de utilidad pública y el establecimiento de servidumbres, como si se tratase de una declaratoria general, toda vez que ello acarrearía el desplazamiento de las comunidades de sus territorios ancestrales, en contraposición al carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de los mismos.

Al haber considerado estos particulares, la Corte determina que en todo caso en el que se trate de expedición de leyes que se relacionen o puedan afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, la Asamblea Nacional deberá observar obligatoriamente el proceso de información, consulta y recepción de opiniones y deberá realizarse antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

Sobre la base de esas exigencias, la Corte desarrolla un procedimiento que, de manera provisional, determina regulaciones relativas a los destinatarios de la consulta, quién la realiza y sus fases, entre las que se establece la una etapa de preparación, convocatoria e información; una segunda de realización de la consulta; y una fase de análisis y cierre de la consulta.

Finalmente, la Corte declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104, y 105 de la Ley de Minería referidos a las declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental; estableciéndose que tales artículos serán constitucionales en tanto no se apliquen respecto de territorios de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, recalcando el fallo que toda actividad minera en esos territorios deberá someterse al proceso de consulta previsto en el ordinal 7 del artículo 57 de la Constitución, según la reglas establecidas en el fallo.

3. El derecho a la consulta prelegislativa

Pese a que los derechos colectivos exigidos por las minorías étnicas y pueblos indígenas no son universalmente reconocidos, en los últimos años ha existido un interés por su estructuración.⁹ Con esta corriente como motivación intrínseca para la Corte de Transición, se ha declarado mediante sentencia que la consulta prelegislativa comporta un carácter sustancial y no meramente formal.

Uno de los grandes avances en materia de derechos y garantías encontrados en esta sentencia, es el reconocimiento —que si bien se encuentra en la Constitución— de que la consulta prelegislativa no es un requisito únicamente formal, sino que se trata de un verdadero derecho sustancial de carácter colectivo. De esta manera, la Corte refiere que estos derechos son facultades jurídicas que corresponden a un titular colectivo, como sujeto moral autónomo distinto a sus miembros y que persigue intereses distintos a los individuales.

En ese sentido, tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT establecen la obligación de consultar a los pueblos antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten sus derechos colectivos, preceptos que en la Constitución están recogidos el artículo 57 de la Constitución y que, según la Corte, constituyen requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa que afecte los derechos colectivos; precisando que estos requisitos y derechos son distintos de la “consulta previa” prevista en el artículo 398 de la Norma fundamental que tiene relación con temas de carácter ambiental dirigida a la comunidad en general.

La Corte considera los parámetros específicos desarrollados por la OIT, entre los que destacan:¹⁰

- La flexibilidad del procedimiento, debiendo incluir las tradiciones usos y costumbres de los pueblos consultados, así como el respeto a la estructura social y sistemas de autoridad de los pueblos consultados;
- Carácter previo y público de la consulta;

9 Castañeda, Amilcar. “Derechos humanos e interculturalidad”. *Salud, interculturalidad y derechos*. Quito, Ministerio de Salud Pública, 2010, p. 94.

10 Sentencia de la Ley de Minería, pp. 53-55.

- El reconocimiento respecto de que la consulta no se agota con la mera información o difusión;
- Definición previa y concertada del procedimiento y sujetos de la consulta;
- Carácter sistemático y formalizado de la consulta; y,
- Efectos del incumplimiento de la obligación de consultar.

Aquellos derechos colectivos reconocidos a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, se sustentan en el pluralismo jurídico pregonado en la Constitución y en la concepción del Estado ecuatoriano como plurinacional.

4. La interpretación constitucional

Un punto crucial en la sentencia, objeto de análisis, es su carácter erga omnes. Es conocido por el foro académico que las sentencias con efectos generales y obligatorios revisten varias particularidades. La primera, que orbita en torno a los efectos que esta tendrá para el caso concreto, a la cual hace referencia principalmente en su parte dispositiva, determinando las obligaciones que se restringen a la resolución del conflicto puesto en su conocimiento; y una segunda, que se refiere a los parámetros interpretativos vertidos en la ratio decidendi, que en lo particular se abstraen del caso concreto y llegan a establecer las premisas que conforman la subregla constitucional, como la forma que adopta el sistema jurídico para crear derecho mediante sentencias.¹¹ Es esta última la que constituye la parte que obliga de manera general, y que constituye norma de aplicación. En esta sección se analizará la ratio decidendi contenida en la sentencia bajo examen.

De esta manera, en el estudio efectuado a la Sentencia de la Ley de Minería, se evidencia uno de los grandes aportes al constitucionalismo ecuatoriano que en el cumplimiento de sus funciones, como el máximo órgano de interpretación constitucional,¹² ha hecho la Corte: haber atendido la necesidad de definir criterios claros para encausar el sistema de justicia constitucional, en función de los efectos que las normas constitucionales tienen sobre el resto del ordenamiento jurídico y los actos del

11 Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 120.

12 Constitución de la República del Ecuador, artículo 429.

poder público como normas de aplicación directa. En este sentido, al reiterar que las normas emanadas del texto constitucional se encuentran revestidas de un carácter de aplicación inmediata, lo hace además afirmando que no puede alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos previstos en la Carta fundamental.

De esa manera, la sentencia se ha referido a la función trascendental que cumple este principio frente al escenario judicial, al expresar que los derechos constitucionales no requieren de la interpositio legislatoris para ser directamente aplicables, pues canalizan su contenido subjetivo como la facultad de reaccionar judicialmente.¹³

Lo expuesto en la sentencia hace énfasis en el rol que juega la jurisprudencia en el escenario constitucional actual, al destacarse que esta se convierte en una fuente primaria del derecho, y como tal ha dejado claro que todas las normas y actos del poder público —las actuaciones de la legislatura inclusive— deben observar el esquema que marcan los preceptos constitucionales mediante la interpretación sistemática de la Constitución y su directa e inmediata aplicación.¹⁴

Como se dijo, el carácter erga omnes de esta jurisprudencia delimita su ámbito general de aplicación, ofreciendo además los parámetros sobre los cuales se habrá de tomar a la Constitución como norma de decisión directa. En esta medida, de acuerdo con este pronunciamiento, el juez, legisladores, servidores públicos y particulares:

[...] a) habrán de examinar y comparar todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico...

Con ese primer enunciado, la Corte abre la puerta para que se lleve a efecto un examen legítimo de la constitucionalidad de las normas que deberán aplicar en cada caso, considerando la Constitución como una norma de decisión. La aplicación o eficacia directa de la Constitución significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones

13 Bastida Freijedo, Francisco. "La eficacia de los Derechos Fundamentales". *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004, p. 186.

14 Sentencia de la Ley de Minería, p. 25.

y, además, que el juez hará valer la Constitución junto con la ley para interpretar esta última o para completarla.¹⁵

[...] b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y...

Con esa afirmación, se aclara la dinámica sobre la que opera la aplicabilidad directa de la Constitución, en cuanto a la posibilidad de que el juez se encuentre frente a una anomia (ausencia o vacío normativo) o antinomia, particularmente con carácter de ley, pues aun cuando esta exista, y se encuentre contraviniendo las normas constitucionales (sean estas reglas o principios), será la norma constitucional la que se aplique.

[...] c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.¹⁶

Finalmente, dota de capacidad interpretativa a los sujetos llamados a aplicar normas, para que lo hagan sistemáticamente, con el fin de adecuar las actuaciones al contenido dogmático de la Constitución.

La trascendencia de este dictamen en el plano jurídico, se evidencia con el hecho de que la Corte aclara taxativamente el modo en que debe ejercerse el control constitucional sobre los actos que emanan del conocimiento judicial o administrativo, siempre y cuando se evidencie que las normas que deberán servir para la resolución de un caso o para la decisión de un asunto, adolezcan de vicios de eficacia por encontrarse vulnerando el contenido material de la Constitución.

Como es el caso ecuatoriano, la Constitución, además de ser norma jurídica, tiene aplicación o eficacia directa; no es solo fuente sobre la producción normativa sino también fuente de derecho sin más, puesto que los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.¹⁷

Es notorio, por consiguiente, que no puede alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos previstos en la

15 Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Nueva Constitución del Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009, p. 298.

16 *Ibíd.*, p. 26.

17 Francisco Rubio Llorente, citado por Claudia Storini, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

Constitución, pues esta no es un programa político sino una norma jurídica de aplicación directa. En consecuencia, si no existe ley, quien aplique el derecho deberá evitar su perjuicio remitiéndose directamente a su contenido esencial.¹⁸ Ello implica la necesidad de la existencia no solo de un juez activo, sino de actores públicos que den razón fáctica y argumentada de la aplicación directa de la Constitución, toda vez que está configurada como una norma que irradia todo el ordenamiento jurídico capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.¹⁹

5. El control constitucional

En el ejercicio práctico del control de constitucionalidad, la Corte se ha referido al desarrollo del principio de conservación del derecho por parte de la jurisprudencia internacional, entendido como un axioma que exige al juez constitucional salvar, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, evitando sustituir al constituyente o al legislador. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.²⁰

Señala la Corte que dicho principio debe entenderse como un axioma que exige afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado, dejando clara esta premisa en varias ocasiones, pues cita su propia jurisprudencia que evidencia el conocimiento de la delicada operación de una declaratoria de inconstitucionalidad puesto que constituye un acto al que solo debe recurrirse cuando se establezcan situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad, inconciliable.²¹

Lo dicho, ha llevado a este órgano colegiado a decantarse por adaptar su pronunciamiento a la forma de una de las sentencias que busca mantener la vigencia de la norma, mediante una interpretación de constitucionalidad extensiva y evitar una laguna en el ordenamiento jurídico, salvando las inconstitucionalidades que viciaban dicho cuerpo legal y condicionando la inteligibilidad de varios artículos.

18 Claudia Storini, *op. cit.*, p. 296.

19 Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F., Fontamara, 2001, p. 153.

20 Sentencia de la Ley de Minería, pp. 48 y 49.

21 *Ibíd.*, p. 49.

La interpretación constitucional empleada en esta sentencia ha buscado rescatar la validez del articulado demandado, haciéndolo coincidir con la norma suprema, observando el principio de conservación del derecho, e in dubio pro legislatore. La modulación correspondiente de la sentencia, hace flexibles sus efectos para garantizar la vigencia, tanto de los derechos constitucionales como de la supremacía constitucional.

Como resultado, en el presente caso, la acción de un poder público como la Función Legislativa ha necesitado de una regulación o desarrollo normativo previo para poder atender los requerimientos exigidos por la Constitución y satisfacer los derechos fundamentales²² reconocidos en ella, deviniendo necesaria la intervención de la Corte Constitucional para garantizar su cabal ejercicio en el futuro, y salvaguardar los derechos vulnerados en el presente caso.

Se ha conseguido, entonces, dictar una sentencia que ha condicionado²³ la constitucionalidad de las disposiciones infraconstitucionales, de manera que estas sean leídas y entendidas de la manera determinada en la propia sentencia, interpretación que las hacen coincidir con la norma suprema.²⁴ El efecto de dicha interpretación constitucional, como no puede ser de otra manera, se toma vinculante para autoridades y personas naturales o jurídicas.

A manera de corolario, resalta en el pronunciamiento que en el plano ambiental, y en el de soberanía nacional sobre los recursos naturales, la Corte considera que la Ley de Minería confirma el carácter excepcional de la participación privada en el sector minero, de manera que se debe racionalizar la participación privada en la actividad minera y velar por el respeto a los preceptos normativos reconocidos en el artículo 316 de la Constitución de la República, esto es, la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, del ejercicio de estas actividades.

22 Francisco Bastida Freijedo, *op. cit.*, p. 188.

23 Soto Cordero, Fabián. "Sentencias constitucionales: tipos y efectos". *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. 3. Ed. Juan Montaña Pinto. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012, p. 214.

24 Sagüés, Nestor Pedro. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011, p. 112.

Lo dicho por la Corte se complementa con una serie de normas que contemplan la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, tratamiento de aguas, revegetación y reforestación, manejo de desechos, protección de ecosistemas, etc. en la medida en que la ley no propende a la violación de los derechos de la naturaleza. Es importante considerar también, que la Constitución no establece la prohibición de la actividad extractiva, la cual es regulada por la ley.

6. Bibliografía

- Bastida Freijedo, Francisco. "La eficacia de los derechos fundamentales". *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid, Tecnos, 2004.
- Castañeda, Amilcar. "Derechos humanos e interculturalidad". *Salud, interculturalidad y derechos*. Quito, Ministerio de Salud Pública, 2010.
- Cordero Heredia, David. "El derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en la Región Andina". *Nuevos retos del constitucionalismo ecuatoriano: democracia, garantías y derechos*. Quito, Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2011.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F., Fontamara, 2001.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Rosillo Martínez, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Sagüés, Nestor Pedro. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Ed. Dunia Martínez Molina. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2011.
- Soto Cordero, Fabián. "Sentencias constitucionales: tipos y efectos". *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 3. Ed. Juan Montaña Pinto. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, 2012.
- Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Nueva Constitución del Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/ Corporación Editora Nacional, 2009.