



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuerdo M.B.S. 01734

SEÑORES/AS JUECES Y JUEZAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

MARLON RENE SANTI GUALINGA, de profesión técnico en desarrollo sostenible, domiciliado en Quito, en mi calidad de Presidente y Representante Legal de la **Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE**, conforme consta en el nombramiento que en copias certificadas adjunto, ante ustedes comparezco y deduzco la siguiente acción de inconstitucionalidad:

I Autoridad demanda.

1. Las autoridades que expidieron y sancionaron la norma impugnada son: la **COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN**, cuyo representante legal es su Presidente, Arquitecto **FERNANDO CORDERO CUEVA**, a quien se le notificará con la demanda en el Palacio Legislativo ubicado en la **Avenida 6 de Diciembre y Piedrahita**, en esta ciudad de Quito; y el Presidente Constitucional de la República, Economista **RAFAEL CORREA DELGADO**, a quien se le citará en el Palacio Nacional, ubicado en las calles **García Moreno y Chile**, esquina en esta ciudad de Quito.

II Cuerpo normativo impugnado.

2. El cuerpo normativo impugnado por la forma es la **Ley de Minería**, publicada en el Suplemento del Registro Oficial **517** de 29 de enero de 2009 y las normas impugnadas por el fondo son los artículos **1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316** del mismo cuerpo normativo.

III Normas constitucionales violadas.

3. Las normas constitucionales que se consideran violadas por la referida **Ley de Minería** son: los artículos **11(2), 57(4), 57(7), 57(8), 57(11), 57(17), 66(4), 66(22), 66(26), 133, 316, 326, 408 y 425** de la Constitución de la República del Ecuador.
4. Adicionalmente viola los siguientes instrumentos internacionales:
Los artículos **6, 4, 13, 14, 15 y 16** del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales
Los artículos **8, 10, 19, 23, 25, 26, 29, 32** de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
Los artículos **1(1), 21, 24 y 26** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
El artículo **1** del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
El artículo **2(1)** del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

IV Fundamentación Jurídica.



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuerdo M.B.S. 01734

IV.I Inconstitucionalidad de forma.

IV.I.I Violación al Derecho a la Consulta Previa pre-legislativa de las Nacionalidades Indígenas.

5. El Artículo 57, numeral 17 de la Constitución establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
6. La Ley de Minería afecta los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas porque pretende regular actividades mineras cuyas áreas concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; y, porque regula el procedimiento para la realización de consultas a las nacionalidades y pueblos (Art. 90 de la Ley de Minería). Consecuentemente, antes de la puesta en vigencia de la Ley de Minería debió haberse realizado la consulta prevista en la invocada norma constitucional.
7. Más aún, la decisión de poner en vigencia la Ley de Minería debió cumplir con lo prescrito en el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales del cual el Ecuador es parte:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

8. En el mismo sentido el artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas prescribe:

“Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

9. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador. El artículo 57(17) de la Constitución de la República del Ecuador establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, sin el cumplimiento del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas la Ley de Minería no podía ser adoptada.
10. Por lo antes expuesto, la Ley de Minería fue adoptada violando el artículo 57(17) de la Constitución y el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, por tanto, al no haberse seguido el procedimiento ordenado por la Constitución, la Ley de Minería es



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuedro M.B.S. 01734

15. Respecto a la reforma, no hay fundamento jurídico para que esta Ley tenga un régimen *sui generis* y no se reforme como todas las leyes, de acuerdo a los principios generales del Derechos, es decir expresamente, por una ley que explícitamente reforme sus contenidos, o tácitamente, si una nueva ley de igual o superior categoría jurídica incluye preceptos distintos a los previstos en esta ley.
16. Por disposición constitucional toda norma debe ser definida como orgánica u ordinaria y más cuando el artículo 133 antes citado establece en que casos es orgánica una ley, pero el manejo político de la Comisión de legislación y fiscalización y del Presidente de la República, han impuesto inconstitucionalmente, que esta Ley de hecho sea orgánica aunque no se ajuste a los requisitos constitucionales para ser tal.
17. Al no haberse definido con precisión y claridad el carácter de la Ley de Minería y al haberse dispuesto en la parte final de esta Ley como:

“DISPOSICIONES FINALES. SEGUNDA.- Vigencia.- la presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro oficial. Sus normas prevalecerán sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra ley destinada específicamente a tales a tales fines. En consecuencia no serán aplicables las leyes o decretos que de cualquier manera contravengan este precepto o los establecidos en la Constitución”.

18. A partir de lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 425, la Ley de Minería obligatoriamente debe sujetarse al orden jerárquico para su aplicación, caso contrario con lo que legisló “la Comisión Legislativa y de Fiscalización” y con la participación del señor Presidente de la República, lo que se ha creado es una Ley que no esta reconocida en la normatividad Constitucional.
19. Al imponerse el carácter y jerarquía de la ley en la disposición final segunda, en la que se menciona que “*sus normas prevalecerán sobre otras leyes*”, lo que se intenta es inventarse por fuera de las disposiciones constitucionales esta denominación que no existe y menos responde al orden jerárquico que establece la Constitución, es decir es una normatividad que al no haberse definido su carácter y orden jerárquico, queda totalmente fuera del ordenamiento jurídico constitucional, atenta contra el respeto al bloque de constitucionalidad de los derechos, razón suficiente para que la totalidad de la Ley de Minería sea declarada inconstitucional.
20. Por lo antes expuesto la Ley de Minería viola los artículos 133 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador y por tanto debe ser declarada inconstitucional de forma por esta Corte Constitucional.

IV.II Inconstitucionalidad de fondo.

IV.II.I Violación al Derecho al Territorio de las Nacionalidades Indígenas.

21. El derecho al territorio de las nacionalidades indígenas se encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador:



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuerdo M.B.S. 01734

y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y Control determinará ese valor;

b) Las de tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras y todo otro sistema de transporte y comunicación;

c) Las establecidas en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico para el caso de instalaciones de servicio eléctrico; y,

d) Las demás necesarias para el desarrollo de las actividades mineras.

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

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

23. En la mencionada ley de minería se consagra además la “libertad de prospección” por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en territorio de las nacionalidades indígenas para realizar actividades de prospección:

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

24. Para comprender como los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de la Ley de Minería contravienen los artículos 57(4), 57(8) y 57(11) de la Constitución de la República del Ecuador, debemos antes entender el contenido del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas.
25. Para el tratadista Pedro García Hierro, “[l]a territorialidad es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones indígenas, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste, por eso, una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman”¹.

¹ García Hierro, Pedro, "Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho", artículo publicado en el libro "Tierra adentro: Territorio indígena y percepción del entorno" de



26. La idea de que el derecho al territorio es la base del ejercicio de todos los demás derechos colectivos de las nacionalidades indígenas ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su célebre sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el estado de Nicaragua (2001), en la cual declaró que:

"[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra 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, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".²

27. El Ecuador ratificó el Pacto de San José (Convención Americana de Derechos Humanos) el 8 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, por lo que las líneas jurisprudenciales señaladas por la Corte IDH forman parte del sistema jurídico ecuatoriano. A raíz del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni la Corte estableció una línea jurisprudencial en la que:

"ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados [...]. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".³

Alexandre Surrallés, Pedro García Hierro editores, editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, pág. 277. Pedro García Hierro es abogado por la Universidad Complutense de Madrid y la Pontificia Universidad Católica del Perú ha trabajado durante los últimos 35 años con diversas organizaciones indígenas tanto peruanas como internacionales en temas relacionados con la identificación y desarrollo de derechos colectivos e impulso de reformas democráticas interculturales.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 79, párr. 149.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C



28. La evolución de la jurisprudencia del Sistema Interamericano llevó a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, determine que el Estado de Paraguay violó el derecho a la vida en perjuicio de la comunidad al privarla de su territorio necesario para su subsistencia económica y cultural⁴.
29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asimilado el derecho a la propiedad privada con el derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, es así como en la jurisprudencia que hemos citado en la presente demanda, la Corte ha determinado la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

30. El derecho de las nacionalidades indígenas a su territorio está recogido en otros instrumentos internacionales de los cuales el Estado ecuatoriano es parte como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁵:

“Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. [...]

No. 146, párr. 118. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 137. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 82. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124; párr. 131.

⁴ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 160 a 177.

⁵ Ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.



Artículo 25

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

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Artículo 32

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

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

32. Estas normas forman parte de los derechos humanos reconocidos por la Constitución como lo prescriben los artículos 3 y 10 de la carta magna:

“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.



Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

33. Hay que entender que la condición jurídica que un Estado otorgue a las tierras indígenas **no es esencialmente relevante** respecto a la percepción interna del pueblo indígena. Sin embargo, les afecta de manera instrumental puesto que **ley de minería al establecer** en el Art. 15 que *“se declaran de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia procede la constitución de servidumbres que fuera necesario...”*, elimina la **fuerza defensiva de la condición jurídica del territorio** de las nacionalidades indígenas en cuyos territorios se pretenda realizar actividad minera. **Este hecho imposibilita la continuidad histórica de la relación pueblo-territorio al subordinarlo a intereses económicos.**
34. Sobre la relación de los pueblos indígenas y su territorio el **Profesor Pedro García** destaca que *“[e]l carácter transgeneracional del derecho tiene la finalidad de permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, trasciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien), aunque divisible internamente en usos, temporales o definitivos, de acuerdo con prácticas definidas por el derecho consuetudinario de cada pueblo”*⁶.
35. En el Ecuador las nacionalidades **Shuar** y demás pueblos Kichwa **están en una situación desesperada a causa** de los intereses económicos del gobierno y de cuatro grandes empresas mineras. Estos pueblos ya se han visto reducidos **demográficamente** por las perturbaciones ocasionadas por las consecuencias, **directas o indirectas**, de la explotación petrolera, **la exploración minería y otras intrusiones territoriales**. **Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia**, como sucede con los pueblos **sionas, secoyas y cofanes**, afectados por la explotación petrolera tras el paso, por 30 años, de las compañías nacionales y extranjeras, **cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco)**. **No se conocen casos de una empresa minera o petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena que lo haya inhabilitado para su finalidad.**
36. Con la Constitución de 2008 el Estado ecuatoriano fue declarado como **“estado constitucional de derechos y justicia”**⁷, por lo que sus preceptos constituyen normas jurídicas vinculantes del más alto nivel jerárquico y **obliga a los órganos del Estado a respetar sus preceptos**, incluida la función legislativa. Esta obligación del legislativo de respeto a la Constitución esta expresamente recogido en su artículo 84:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a

⁶ Pedro García Hierro, Ibidem, pág. 296

⁷ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador



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. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

37. Esta obligación ha sido desatendida por la Asamblea Nacional y el Presidente de la República con la aprobación de la ley de minería. En el presente acápite hemos analizado el contenido del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, a continuación analizaremos como los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 no se adecuan materialmente a dicho derecho y por tanto son inconstitucionales en cuanto a la forma.
38. La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la “indivisibilidad”⁸, ya que los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería permiten la constitución de servidumbres obligatorias en territorios de los pueblos indígenas y establecen el derecho a recibir indemnizaciones por este hecho, esto es la desintegración jurídica de los elementos de la naturaleza (nuda propiedad y derechos de uso, usufructo, habitación servidumbre, etc) que es característica del Derecho occidental como un sistema enfocado hacia los usos económicos de los diferentes recursos. En la perspectiva economicista del Derecho occidental, expresada en la Ley de Minería, lo esencial es la divisibilidad; en la perspectiva de los pueblos indígenas lo esencial es esa conjunción que abarca no sólo la integralidad del territorio sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro. Por lo que no es concebible la posibilidad del pago de una indemnización por la constitución de servidumbres a una nacionalidad indígena cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio.
39. La segunda razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería es que dichos artículos permiten que se imponga gravamen de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son “inalienables”⁹ e “inembargables”¹⁰. Estas normas permiten el desplazamiento forzado¹¹ de las nacionalidades indígenas de sus territorios sin seguir el procedimiento excepcional señalado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es el consentimiento informado previo. Estas normas son hechas bajo el supuesto occidental del intercambio comercial de bienes, lógica que no comparten las nacionalidades indígenas cuyo territorio es irremplazable y mucho menos susceptible a valoración económica. La declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley de Minería establece para permitir que en esos territorios

⁸ Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

⁹ Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

¹⁰ Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

¹¹ Art. 57(8) de la Constitución de la República del Ecuador



libres de impedimento legal se realice actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, no sólo que atenta con el principio de consentimiento informado previo, analizada en otro acápite, sino que se contraponen al principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que forman parte del bloque de constitucionalidad en observancia al artículo 3 y de manera concordante con el Art. 57 de la Constitución en el cual *“Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”*.

40. La tercera razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería es el hecho de que dichas normas imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, cuando la Constitución manda que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial su manejo de la biodiversidad y de su territorio¹². El uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos Internacionales analizados, el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas.
41. La cuarta razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería implica que cualquier persona natural o jurídica nacional o extranjera “tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales”. Es decir que pueden entrar cuando quieran y donde quieran sin pedir permiso a los dueños (eso quiere decir libremente) para realizar estudios mineros menos en aquellos sitios expresamente señalados en la ley: áreas protegidas, concesiones mineras, zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y Áreas Mineras Especiales. Consecuentemente SÍ pueden hacerlo en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. La “Libertad de Prospección” en esos términos, atenta contra el derecho a la propiedad protegido en el artículo 66, numeral 26 de la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 21). También atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el numeral 22 del artículo 66 de la Constitución y es discriminatoria puesto que a las zonas urbanas y centros poblados sí se los protege, dejando a las zonas rurales en vulnerabilidad, violentando lo dispuesto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución.
42. En definitiva, dado que la materia que regula la Ley entraña sistemas complejos en donde coexisten derechos de las nacionalidades indígenas y naturaleza, debió apegarse

¹² Art. 57(8) de la Constitución de la República del Ecuador



a los preceptos establecidos por la Constitución, al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanado por el órgano constitucional encargado de Interpretar la Constitución, en razón de que el nuevo modelo constitucional del estado significa que el poder público y privado expresado en las leyes está limitado por el ejercicio de los derechos que la Constitución establece. Se entenderá entonces que el poder legislativo, de donde emana la ley de Minería, está sujeto a un control constitucional, control que le corresponde a la Corte Constitucional.

43. Por lo antes expuesto los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería contravienen los artículos 57(4), 57(8), 57(11), 66(4), 66(22) y 66(26) de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 4, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT; y, los artículos 8, 10, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que deben ser declaradas inconstitucionales de fondo por esta Corte Constitucional.

IV.II.II Violación al Derecho a la Consulta Previa de las Nacionalidades Indígenas.

44. El artículo 57 de la Constitución de la República establece:

"Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley".

45. En el mismo sentido el Convenio 169 de la OIT prescribe:

"Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;



c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

46. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recoge la institución de la consulta previa en los siguientes términos en sus artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32, en términos de que dicha consulta debe buscar el consentimiento informado previo de la nacionalidad indígena consultada.
47. Uno de los hechos en los cuales la Nueva Ley de Minería, se vuelve inconstitucional es en lo referente a la Consulta Previa. La nueva Ley no contempla un adecuado proceso de consulta previa, es más existen severas contradicciones en la ley, que no son más que francas violaciones constitucionales, tal como se indica en los siguientes párrafos.
48. La actividad minera, en todas sus fases y bajo cualquiera de las técnicas que se utilizan para la exploración, explotación o extracción de los recursos minerales afecta al ambiente y por ende la vida de los pueblos indígenas. Es oportuno aclarar que el medio ambiente está plenamente vinculado con la vida de los pueblos indígenas, con su cultura, con su alimentación, con su cosmovisión. En consecuencia, la disposición constitucional sobre la consulta previa, en el caso minero, debe cumplirse en forma oportuna, eficiente y eficaz. Pese a ésta realidad, la nueva ley minera no establece un adecuado procedimiento para efectivizar la consulta previa a las comunidades indígenas y deja a la discrecionalidad de la autoridad Ministerial, que en fin de cuenta se puede convertir en Juez y parte.
49. El Artículo 90 de la Ley de Minería, habla del Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos y Nacionalidades indígenas. Este procedimiento especial de consulta previa, lo basa en el contenido del Art. 398 de la Constitución de la República. Cabe recordar que el Art. 398 de la Constitución de la República se refiere a la consulta previa de carácter



ambiental, que es totalmente distinta a la consulta que se establece en el Art. 57 de la Constitución de la República del Ecuador, que reconoce a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a la consulta previa “de conformidad con la Constitución, los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

50. En el caso de la consulta como derecho de las nacionalidades indígenas el efecto de la oposición mayoritaria de los consultados tiene que resolverse, por mandato Constitucional, conforme a los instrumentos internacionales aplicables, entre los que está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por el Ecuador, que hace necesario que el resultado de la consulta sea el consentimiento de los consultados para que se realice la actividad prevista.
51. Además, el Artículo 90 de la Ley minera confunde ambos tipos de consulta y dice, inconstitucionalmente, que la consulta a los pueblos y nacionalidades se realizará “De conformidad con el artículo 398 de la Constitución” pretendiendo pasar por alto el derecho al consentimiento que tienen reconocido internacionalmente los Pueblos Indígenas.
52. Tampoco puede argüirse que el apego al mandato constitucional se establece en otros Artículos de la Ley Minera, si revisamos el Art. 87 éste establece:

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

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

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

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

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

53. Como podemos observar, al leer solo el primer párrafo del Art. 87 de la Ley Minera, se deja claro que el fin que se establece es la participación y consulta social, en ningún sentido se habla de la información previa hacia la comunidad ni mucho menos de la consulta previa a la comunidad. Posiblemente el legislador, pretendió determinar que consulta previa es lo mismo que consulta social, conceptos que son totalmente distintos.
54. Además, la consulta previa debe ser realizada a la comunidad o comunidades, nacionalidad o nacionalidades que habitan dentro del área territorial que va a ser



intervenida. Pese a ello, la disposición del Art. 87 de la Ley Minería, deja a la discrecionalidad, al ente consultor, para que se realice la consulta en cualquier lugar de la sociedad. Este hecho que se constituye en un riesgo eminente debido a la práctica cotidiana que utiliza el estado en los diferentes procesos de consulta, en materia petrolera. Donde se consulta a todos, menos a la comunidad directamente implicada. El Estado ecuatoriano debe considerar a la consulta Previa como una acción que contribuye al respeto a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, más no como el mero trámite para cumplir con un requisito.

55. En el capítulo VII, artículo 27 y siguientes de la Ley de Minería se establecen las fases de la actividad minera. Según se determina en el artículo 27 la primera fase es la prospección, que consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas. Seguidamente en el artículo 28 de la misma ley dice: 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 Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta Ley.

56. Es decir que cualquier persona, puede iniciar la actividad de prospección en cualquier lugar y en cualquier momento. Esta disposición del artículo 28 es una clara contradicción a lo determinado en los artículos 87, 88 y 90 de la Ley minera. En dichos artículos el Estado asume el deber de informar, de consultar a la comunidad sobre los posibles impactos ambientales, sociales y culturales que se puedan generar. Al no saberse cual es el lugar donde se iniciar la actividad extractiva no tendría la capacidad de determinar cual es la población afectada que debe ser consultada. Este hecho deja en completa indefensión a la comunidad, violenta el derecho a la consulta previa y a la información que tienen las comunidades en el artículo 57 de la Constitución de la República.
57. El artículo 88 de la Ley Minera prescribe que:

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

58. Este artículo limita drásticamente el derecho a la información y participación de la Comunidad. La comunidad o las comunidades, pueblos o nacionalidades están impedidas de participar en cualquier proceso de consulta o información, hasta que se



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuerdo M.B.S. 01734

produzca la concesión; contraviniendo lo establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República, que en los numerales 1, 4 y 7 en el cual el Estado reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles y al a consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

59. En conclusión, la Consulta previa, la información a la comunidad, se la debe realizar antes que el Estado realice o entregue una concesión o adjudicación de un área minera a una persona natural o jurídica.
60. Si observamos el artículo 29 y siguientes de la Ley Minera, nos damos cuenta que en ningún momento se prevé la consulta previa a las comunidades, previamente a que se produzca la concesión. Hechos que redundan en la violación de los derechos Constitucionales a la consulta, pertenencia, tranquilidad y respeto al territorio de los pueblos o nacionalidades indígenas. Según el texto de la Ley de Minería el Estado ecuatoriano tiene facultad para proceder a concesionar esa misma área a otra persona o empresa sin que los habitantes ancestrales del territorio tengan conocimiento, ni se les haya consultado en lo absoluto sobre la existencia de la Concesión y los efectos jurídicos de la misma.
61. En el caso de la consulta como derecho de las nacionalidades indígenas el efecto de la oposición mayoritaria de los consultados tiene que resolverse, por mandato Constitucional, conforme a los instrumentos internacionales aplicables, entre los que está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por el Ecuador, que hace necesario que el resultado de la consulta sea el consentimiento de los consultados para que se realice la actividad prevista. El Artículo 90 de la Ley minera confunde ambos tipos de consulta y dice, inconstitucionalmente, que la consulta a los pueblos y nacionalidades ser realizará "De conformidad con el artículo 398 de la Constitución" pretendiendo pasar por alto el derecho al consentimiento que tienen reconocido internacionalmente los Pueblos Indígenas.
62. Recordemos que en el ámbito interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Ecuador es parte. Así en la sentencia del Caso Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

"135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe



obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [...]”¹³

63. En conclusión, los artículos 87 y 88 de la Ley de Minería es un acto de inconstitucionalidad que violenta lo expuesto en los artículos 57(1), 57(4) y 57(7) de la Constitución de la República de Ecuador; 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT; 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que deben ser declaradas inconstitucionales de fondo por esta Corte Constitucional.

IV.II.III. Violación al principio de excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos.

64. El Artículo 316 de la Constitución de la República establece que el Estado podrá delegar “excepcionalmente” a la iniciativa privada las actividades en sectores estratégicos como la minería, “en los casos que establezca la Ley”.
65. Los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de Ley de Minería no define en qué casos se podrá realizar esa delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad” de cada concesión. El legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada, violenta el Artículo 316 de la Constitución, por lo que estas normas deben ser declaradas inconstitucionales de fondo por esta Corte Constitucional.

V. Pruebas

66. Solicitamos a la Corte Constitucional que, como prueba para mejor resolver, ordene al Ministerio de Minas y Petróleos que entregue el mapa del catastro minero actualizado en el cual se incluyan: las áreas mineras concesionadas, las áreas mineras en trámite de concesión y las áreas mineras previstas para ser concesionadas.

VI. Petición

67. Con los fundamentos expuestos, y amparado en lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 436 y el artículo 84 de la Constitución de la República de Ecuador, pedimos de manera concreta que:
- a) se declare inconstitucional por la forma la Ley de Minería
 - b) se declaren inconstitucionales por el fondo los artículos 1, 2, 15, 22, 28, 30, 31, 59, 67, 87, 88, 90, 100, 103 y 316 de la Ley de Minería

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 135.



CONAIE

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador

ACUERDO - CODENPE No. 817 - 31 de Enero del 2008

Creado legalmente - 24 de Agosto del 1989 - Acuedro M.B.S. 01734

VII. Citación y notificaciones

68. Se contará con el señor Procurador General del Estado a quien se lo citará en su despacho ubicado en la calle Robles y Amazonas, Edificio de la Procuraduría General del Estado, en esta ciudad de Quito. Notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero constitucional No. 111.
69. Nombro como mis abogados defensores: Dr. Bolívar Beltrán, miembro del Centro Lianas, Abg. Pablo Fajardo, miembro de la Corporación Selva Viva, Abg. Wilton Guaranda y Abgda. Alexandra Anchundia, miembros de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, todos ellos miembros de la Red Jurídica Amazónica, a quienes autorizo suscribir por mi, conjunta o separadamente, cuanto escrito sea necesario en esta causa.


Marlon Santi Gualinga
PRESIDENTE DE LA CONAIE




Ab. Wilton Guaranda
MAT. 3045 CAM.


Dr. Bolívar Beltrán
MAT. 5351 CAP.

Recibido el día de hoy 17-03-2008
Hora 10:40 Recibido por [Signature]
CORTE CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA GENERAL
18 anexos