

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La consulta popular como mecanismo de resistencia a la
explotación minera en Ecuador**

Alfredo Sebastián Coloma Gaibor

Derecho

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Alfredo Sebastián Coloma Gaibor

Código: 00201414

Cédula de identidad: 1720003019

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**LA CONSULTA POPULAR COMO MECANISMO DE RESISTENCIA A LA EXPLOTACIÓN
MINERA EN ECUADOR¹**

***THE POPULAR CONSULTATION AS A MECHANISM OF RESISTANCE TO MINING
EXPLOITATION IN ECUADOR***

Alfredo Sebastián Coloma Gaibor²
sebastiancolomag@hotmail.com

Resumen

El ensayo analiza la figura de consulta popular en el régimen ecuatoriano. Primero se contextualiza la relación entre ambientalismo y minería, para luego pasar a la discusión central. Los requisitos que una propuesta de consulta popular debe superar para que efectivamente se lleve a cabo, con el objetivo de limitar la minería cercana a fuentes hídricas. Se señala al control constitucional como el requisito más exhaustivo y dentro de esto se trata las ambigüedades sobre el control formal y material. Para esto se realiza un análisis a los dictámenes más recientes de la Corte Constitucional sobre el tema. Adicionalmente se debate si los requisitos que exige el control pueden ser una limitante al derecho de participación ciudadana y como lograr un balance. Se concluye con la afirmación de la posibilidad de aplicar una consulta popular para limitar la minería cercana a fuentes hídricas, sin embargo, se destaca los obstáculos existentes.

Palabras clave

Control constitucional, ambientalismo,
agua, participación ciudadana,
contaminación

Abstract

The essay analyzes the figure of popular consultation in the Ecuadorian regime. It first contextualizes the relationship between environmentalism and mining, and then moves on to the central discussion. The requirements that a popular consultation proposal must meet in order to be effectively carried out, with the objective of limiting mining near water sources. Constitutional control is pointed out as the most exhaustive requirement and within this, the ambiguities on formal and material control are discussed. For this purpose, an analysis of the most recent rulings of the Constitutional Court on the subject is made. Additionally, it is debated whether the requirements of the control can be a limitation to the right of citizen participation and how to achieve a balance. It concludes with the affirmation of the possibility of applying a popular consultation to limit mining near water sources, however, the existing obstacles are highlighted.

Keywords

*Constitutional control,
environmentalism, water, citizen
participation, pollution*

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de titulación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Andrés Martínez Moscoso

² ©DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN 2. ESTADO DEL ARTE 3. MARCO NORMATIVO 4. MARCO TEÓRICO 5. EXPLOTACIÓN MINERA 5.1. CLASIFICACIÓN Y ETAPAS DE LA MINERÍA 6. CONSULTA POPULAR 7. CONTROL CONSTITUCIONAL 7.1. CONTROL MATERIAL 7.2. CONTROL FORMAL 8. EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL 8.1. TERMINO DE CONOCIMIENTO 9. DERECHO DE PARTICIPACIÓN 10. REQUISITOS RESPALDO POPULAR 11. REGULACIÓN SOBRE LA COMPETENCIA 12. PRECEDENTES DE LIMITACIÓN MINERA CERCANA A FUENTES HÍDRICAS 13. SITUACIÓN ACTUAL 13.1 CUESTIONAMIENTO A LA INSTITUCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA 14. CONCLUSIONES

1. Introducción

En un país en el que el desarrollo económico está ligado a la extracción de recursos naturales, la legítima oposición a estos procesos no debería sorprender. Sin embargo, en los últimos años se ha vivido un cambio. Las protestas o manifestaciones en contra de esta forma de generación de riquezas se han trasladado, de las calles a los tribunales.

Los efectos ambientales de carácter nocivo son una certeza en estas situaciones, estos efectos pueden incidir en el ambiente o en las comunidades. Es por eso que no son pocos los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico ecuatoriano brinda para salvaguardar el derecho a un ambiente sano, y por ende a una vida digna; estableciendo que deberá existir balance entre los beneficios económicos y la conciencia ambiental.

Son recurrentes los planteamientos de consulta popular que la Corte Constitucional, CC, recibe. Específicamente, desde que los actuales magistrados han entrado en funciones, se han presentado veinticinco iniciativas, de las cuales siete versaron sobre temas ambientales, específicamente mineros.

Ante esta multiplicidad de propuestas y las reiteradas negativas por parte del órgano judicial. El presente ensayo busca analizar la posibilidad de utilizar esta herramienta de democracia directa, la consulta popular, para limitar la extracción minera, de forma particular aquellas etapas que se encuentren cercanas a las fuentes hídricas. Y haciendo énfasis en las propuestas que provengan de iniciativas ciudadanas.

Para cumplir con este objetivo se revisará la legislación pertinente que regula la materia de minería y garantías jurisdiccionales, además de la jurisprudencia constitucional relevante. Aplicando así métodos comparativos entre los diversos criterios

de la CC así poder orientar a una consulta popular que contenga los requisitos mínimos. Haciendo un análisis histórico del derecho ambiental y de las últimas decisiones constitucionales, para establecer un precedente jurisprudencial. Adicionalmente se aplicará un método axiológico para analizar la relación entre la defensa del constitucionalismo y el valor del derecho de participación.

2. Estado del arte

Para el tratamiento de este ensayo resulta importante entender algunos criterios destacados, sobre la discusión en específico. Para ello se incurriré en la rama del derecho constitucionalismo ambiental.

Un señalamiento importante es el de Pablo Dávila y Fabián Andrade, quienes introducen la relación de la participación ciudadana en relación con el ambiente. “La participación ciudadana en la toma de decisiones públicas que puedan afectar el ambiente es integrada [...] mas enfáticamente a partir de la Cumbre de la Tierra”³. Destacando que desde esta decisión en 1992 existe una corriente en América Latina por preferir la participación ciudadana en los temas de extractivismo.

Dávila y Andrade hacen referencia al punto No. 8 de la Agenda 21⁴, específicamente al tema de participación. Destacando que existe una necesidad de vinculación entre el Estado y los ciudadanos, para “facilitarle el oportuno acceso a la información sobre la materia de dichas decisiones”. En este caso la información necesitaría para decidir en una consulta popular sobre la extracción minera.

La importancia de estos mecanismos es destacada por Agustín Grijalva, sobretodo en un estado hiperpresidencialista como es el ecuatoriano. Entendiendo a la consulta popular como una herramienta que podría ayudar a limitar estos abusos, menciona que; “la brecha entre la declaratoria constitucional de plurinacionalidad y los derechos colectivos indígenas, por un lado, y la lógica extractivista de un Estado que viola los derechos colectivos de participación”⁵. La contradicción que señala Grijalva es un detalle

³ Pablo Dávila y Fabián Andrade, “Capítulo II: Instrumentos de la gestión ambiental en Ecuador, en Derecho ambiental texto para la cátedra, ed de O.Zambrano(Quito, 2005)” 69-137

⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Río de Janeiro, Br.), y Naciones Unidas. *Declaración De Río Sobre El Medio Ambiente Y El Desarrollo* Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1992.

⁵ Agustín Grijalva, “Un balance de la participación en la constitución ecuatoriana del 2008”, en *Tenciones y contradicciones de la democracia ecuatoriana*, ed de A. Martínez Moscoso y T. Verdugo (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2018) 58-94

no menor en la realidad ecuatoriana. Teniendo sendos ejemplos de irrespeto a los derechos por parte del Estado, conviviendo con una Constitución garantista.

Probando la corriente de pensamiento latinoamericano señalada por Dávila y Andrade, Juan Carlos Henao tiene un criterio similar en el caso colombiano. Afirmando que “esta participación ciudadana se erige como un mecanismo idóneo para proteger los postulados constitucionales del medio ambiente sano, las cuencas hídricas y el desarrollo económico, social y cultural de la comunidad”⁶. Dando cuenta de que, la problemática respecto de los efectos nocivos de la minería y la consulta popular como un freno a estos son un tema discutido en la región.

Finalmente, si se habla de la relación entre constitucionalismo y ambientalismo que invita a tratar este ensayo, Javier Molina resalta los progresos de la Constitución del 2008⁷ y lo describe como el avance más innovador y audaz en la materia⁸. Siendo que, a partir del artículo 71 de la CRE la naturaleza deja de ser un bien jurídico digno de proteger y se vuelve un sujeto de derechos en sí mismo⁹.

3. Marco Normativo

Para el correcto tratamiento de la problemática que hoy concierne, existen ciertos cuerpos normativos útiles con los cuales se debe trabajar. Para empezar el convenio 169 de la OIT, resulta relevante para el análisis por cuanto existen varios artículos que abarcan el tema de las consultas populares en la región. Con esto se evidenciará las diferencias entre cada uno de los modelos de consulta popular reconocidos en el país, que resultan muy similares a los de otros ordenamientos jurídicos en la región.

La CRE es esencial para esclarecer los procesos de democracia directa en el país, además de aclarar conceptos relacionados con la consulta popular y los proyectos mineros. Acompañando a la Constitución se hará uso de varios dictámenes del máximo órgano de interpretación, la CC, en búsqueda de zanjar ciertas discusiones que resultan pertinentes, especialmente entorno al control constitucional.

El tema ambiental fue incorporado en la codificación de la Constitución 1997. Mas tarde en la Constitución de 1998 encontraríamos la promulgación del derecho a un

⁶ Óscar A. Alfonso: Juan Carlos Henao: Ana Carolina González Espinosa. *Minería y desarrollo. Tomo 4. Impactos, conflictos y participación ciudadana*, (Universidad Externado de Colombia, 2016).34.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁸ Javier Molina, *Derechos de la naturaleza. Historia y tendencias actuales* (Bogotá: U. Externado de Colombia, 2015), p110

⁹ Art.71, CRE, 2008.

ambiente sano¹⁰, y por supuesto sería la del 2008 la que reconocería a la naturaleza como un sujeto de derechos¹¹, siendo esto una revolución en el constitucionalismo ambiental. Sobre el reconocimiento de derechos es el Art.10 de la CRE¹² el que le reconozca algunos derechos específicos a la naturaleza.

Estos derechos se desarrollan en los Art 71 y 72 de la CRE¹³, que Simon resume en el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, y el derecho a la restauración y a la indemnización en caso de daño¹⁴. Cuestión importante para tener en cuenta al momento de analizar argumentos sobre la violación del derecho a la naturaleza y subsidiariamente al Sumak Kawsay.

Para entender a cabalidad los procesos de consulta popular dentro del país, es importante el uso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJCC, en donde se recogen las limitaciones y requisitos de los diferentes tipos de consulta. Esto permite formular ciertos puntos claves al momento de plantear uno de estos procesos, y discutir la viabilidad una consulta popular sobre la extracción minera cercana a fuentes hídricas.

Existe una discusión muy peculiar sobre las competencias estatales y municipales en torno a la minería. El Código Orgánico de Organización Territorial y Administración Descentralizada, COOTAD, y las normas que lo componen son de utilidad al momento de definir la competencia sobre la extracción minera.

Finalmente, el Código Orgánico del Ambiente, COAM, es una herramienta recurrente al tratar temas de derecho minero, ayudando a contextualizar las normas de una materia específica. Al hablar de extracción minera existen varias regulaciones importantes que no se pueden dejar de lado. Con este fin se hará referencia a dicho cuerpo normativo y de ser necesario a su Reglamento. Especialmente al Art. 54 del COAM¹⁵ sobre el que se discute la prohibición a explotaciones en distintos territorios, con base en su denominación como urbanos, intangibles o parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

¹⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, 11 de agosto de 1998

¹¹ Andrés Martínez-Moscoso(editor), *Tutela de los derechos de la Naturaleza y el ambiente sano* (Quito: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2021), p 25

¹² Art.10, CRE, 2008.

¹³ Arts.71-72, CRE, 2008.

¹⁴ Farith Simon, *Introducción al estudio del derecho* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2017), p237

¹⁵ Art. 54, Código Orgánico del Ambiente, R.O. 983, 12 de abril de 2017.

4. Marco Teórico

La discusión que convoca a la redacción de este ensayo puede dividirse en una infinita variedad de análisis jurídicos que sin dejar de ser interesantes se alejan de la discusión pertinente. La posibilidad real y concreta de que una consulta popular limite la extracción minera en el país es lo que se analizará. Para llegar a esta conclusión se afrontarán distintas discusiones del entorno jurídico nacional.

Si bien existen varias voces disidentes al momento de señalar a la consulta popular como una forma de limitar las extracciones mineras, se corroborará que son las razones que llevan a pensar que es posible, siempre, que no se dejen de lado algunas consideraciones jurídicas importantes. Hay que hacer énfasis en esto porque más de una vez en los últimos tiempos han existido ejemplos, generalmente fallidos, de consultas populares relacionadas con la explotación minera.

La primera discusión por tratar es si la consulta popular descrita en el título IV de la CRE¹⁶ se ajusta al concepto de democracia directa, y cómo esta condición le concede una validez conceptual. Esto se confirma si se revisa el primer artículo de la CRE, que afirma que la voluntad popular es el fundamento de la autoridad¹⁷. Además, el artículo 95 de la CRE señala que la participación es un derecho y será ejercido a través de democracia directa, participativa o comunitaria¹⁸.

Aunque es prudente cuestionar si es posible un ejercicio de democracia directa en la actualidad como lo señala Oyarte parecería inviable ejercer esta forma de democracia¹⁹. Sin embargo, resulta el método más cercano si es que adaptamos el concepto a la realidad de la época. Ante la imposibilidad de que toda la ciudadanía tome una decisión conjunta, este termina siendo el sistema de expresión de voluntad más claro y, por ende, al menos sobre este considerando, es útil para limitar la explotación minera, en cuanto refleje la voluntad popular.

Entendiendo a la consulta popular como un mecanismo de democracia directa, y distinguiéndola de los sistemas de democracia comunitaria que existen en el ordenamiento, es necesario aclarar si los GAD o la sociedad civil tienen la capacidad de plantear este tipo de consultas y si podrían tomar decisiones sobre los sectores

¹⁶ Título IV, CRE, 2008.

¹⁷ Art.1, CRE, 2008.

¹⁸ Art.95, CRE, 2008.

¹⁹ Rafael Oyarte, *Curso de derecho constitucional* (Quito: Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), p228

estratégicos. El criterio dirimente en esta cuestión será el de la CC, el cual se inclina por aceptar esta posibilidad, dando paso a la consulta si es que de este punto dependiera.

El lector anticipará que con anterioridad ya se han planteado consultas populares que versan sobre este tema, respecto a las que la CC en uso de sus facultades ha actuado de forma un tanto diversa. En ciertos casos ha aplicado un control de constitucionalidad formal, en otros el control material, teniendo incluso un ejemplo del llamado dictamen ficto. Al revisar la normativa y jurisprudencia pertinente, se esclarecerá que es lo necesario para que la consulta apruebe dicho control de la CC.

Finalmente habrá que cuestionar sobre qué temas se pueden dar consultas populares. El Art.104 de la CRE²⁰ permite que sea el presidente o las máximas autoridades de los GAD quienes podrán plantear consultas sobre los temas que estimen convenientes y de interés a su respectiva jurisdicción y a la ciudadanía sobre prácticamente cualquier tema. Las salvedades de estas atribuciones se revisan mas adelante.

5. Explotación Minera

La minería no es una actividad nueva en el territorio ecuatoriano, de hecho, podemos hablar de extracción de minerales como oro y plata en la época precolombina. Recursos que, mas tarde, durante la colonia serian importantes para el imperio español²¹.

Pero si nos referimos a la época republicana en 1830 se expide la Ley de Minería, sin embargo, es solo en 1897 que se establece la primera concesión minera extranjera con *Southern American Development Company*, dando inicio a una explotación de carácter industrial en el país.

En la actualidad para el Estado Ecuatoriano la industria de la minería no es irrelevante, las cifras mas recientes del Banco Central detallan que entre enero y noviembre del 2020 la minería genero 810 millones de dólares en beneficio del Estado. En ese mismo periodo la minería representó el 4.40% del total de las exportaciones y significó una recaudación en tributos de 430 millones de dólares²². Un dato mas

²⁰ Art.104, CRE, 2008

²¹ Salmoral, Manuel Lucena. "La Crisis Minera de Zaruma (Ecuador), a Fines de La Colonia: La Visita de 1811." *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y Del Caribe / European Review of Latin American and Caribbean Studies*, no. 57 (1994): 52–68. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/25675639>.

²² Banco Central del Ecuador, Reporte de Minería Resultado al Primer Trimestre de 2021, Julio 2021.

escandaloso es que el 7.5% del territorio nacional está concesionado a la industria minera, sin que esto signifique particularmente la etapa de explotación²³.

La contraparte de estos legítimos intereses económicos perseguidos por el gobierno nacional es la protección de la calidad de vida de los habitantes, y suelen verse representados por las autoridades locales en los GAD o colectivos sociales. Las actividades extractivistas han demostrado tener efectos perjudiciales en la salud tal y como señala Marcelo López “El arduo trabajo ergonómico y el uso de sustancias químicas afectan al ecosistema y la salud humana”²⁴.

No solo eso, sino que el medio ambiente también se ve comprometido a pesar de los avances tecnológicos en la extracción “A la fecha, en la minería mundial y en la iberoamericana en particular, los indicadores geológicos, mineros, ambientales y técnico-económicos no han logrado integrar a este sector con un sistema de sostenibilidad”²⁵.

La contaminación de esta industria algunas veces viene de elementos específicos “El uso intensivo del mercurio para amalgamar el oro, la emanación de gases y la dispersión de partículas durante su quema hacen que esta actividad sea sumamente contaminante”²⁶.

Pero también se discute su relación al calentamiento global y los gases de efecto invernadero, en industrias mineras más avanzadas en la región como el caso chileno, se sabe que la minería es responsable del 78% de emisiones de gases de efecto invernadero²⁷.

En Ecuador los derechos a la salud y el ambiente están protegidos constitucionalmente pero también en la Ley de Minería. Por ejemplo, se detalla qué la industria minera se deberán ceñir a los principios de desarrollo sostenible y sustentable, además de proteger y conservar el medio ambiente²⁸.

Para entender la magnitud de la industria el siguiente cuadro ilustra las zonas en donde existen concesiones mineras, evidenciando que la mayor concentración de actividades está en la Sierra y el Austro ecuatoriano, sin embargo, tenemos presencia de actividad minera en muchas provincias del país. Evidenciando que las afectaciones antes descritas producto de la minería, pueden ser más cercanas de lo imaginado.

²³ Mayra Pacheco, *El Gobierno analiza la entrega de nuevas concesiones mineras*, El Comercio, 24 de julio de 2019.

²⁴ Marcelo López, et al, *Actividad minera y su impacto en la salud humana* (Quito, 2016), p28

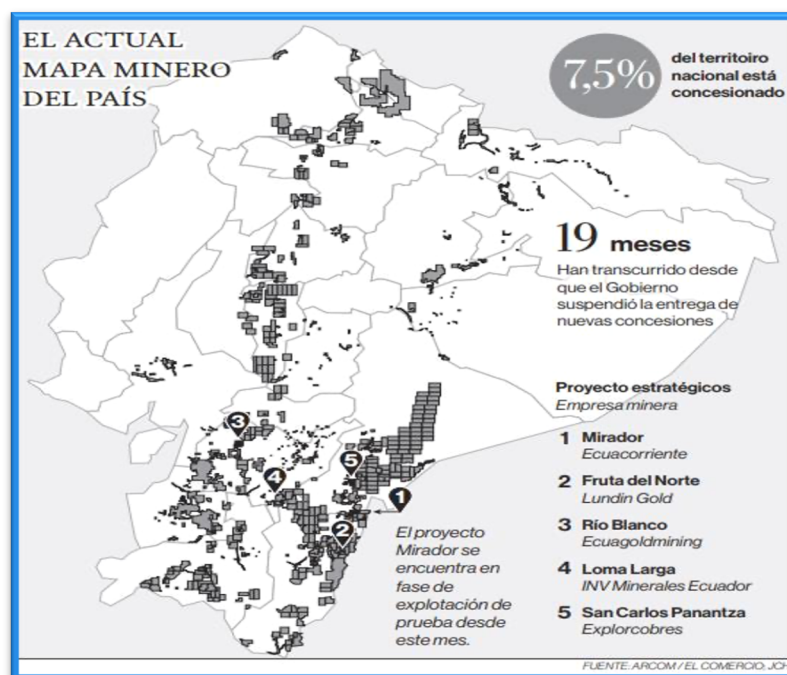
²⁵ Salinas, Enrique Sánchez, and Laura Ortiz Hernández. "Escenarios ambientales y sociales de la minería a cielo abierto." *Inventio, la génesis de la cultura universitaria en Morelos* 20 (2014): 27-34.

²⁶ Glave, Manuel, *La minería peruana: lo que sabemos y lo que aún nos falta por saber*, (2007), pp135-181.

²⁷ Meller, Patricio, and Bárbara Salinas, *Revolución Tecnológica 4.0 y Capital Humano*, (2019).

²⁸ Art.16, Ley de Minería, 2009.

Grafico No.1 Mapa de la industria minera en el Ecuador



Fuente: Diario El Comercio²⁹

Este cuadro nos ayuda a entender como la mayor presencia de actividades mineras es un factor que contribuye a la mayor cantidad de propuestas de consulta popular para limitar estas actividades. Sin embargo, no es el único factor, habrá que considerar los entornos naturales y como en búsqueda de su protección se generan iniciativas de participación.

5.1. Clasificación y etapas de la minería

Un error común dentro del tratamiento de la minería es abordarla como una unidad, es decir, referirse a esta como una actividad en concreto cuando de hecho existen varias etapas. En la Constitución se hace referencia a las etapas de extracción de recursos no renovables, siendo estas: prospección, explotación y comercialización³⁰. De forma particularizada en la Ley de Minería las etapas son explotación y exploración, dividiendo a la exploración en inicial, avanzada y el periodo de evaluación económica³¹.

Además de estas categorías tenemos la de minería artesanal, aquella que se desarrolla de forma individual, familiar o colectiva y en donde predominan las

²⁹ GraficoNo.1, extraída de: Mayra Pacheco, *El Gobierno analiza la entrega de nuevas concesiones mineras*, El Comercio, 24 de julio de 2019. Disponible en

<https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/mineria-concesiones-inversion-carlos-perez.html>

Ultimo acceso 18 de noviembre de 2021

³⁰ Art.57, CRE, 2008.

³¹ Art.36, Ley de minería, 2009.

herramientas y máquinas simples³². Por otro lado, la pequeña minería es aquella en donde se cumplen condiciones relativas al volumen de explotación, teniendo que ser menor a 300 toneladas métricas por día. Todo aquello que supere este indicador se considerara minería a gran escala³³.

Así mismo existen otras clasificaciones que se usan comúnmente como la minería a cielo abierto, la característica principal de esta es que los materiales se extraen de capas superficiales de la tierra haciendo uso de una cantera. Mientras que su contraparte, la minería subterránea o de perforación, requiere de la excavación profunda para obtener los minerales.

Finalmente, sobre la minería hay que aclarar que este ensayo y la posibilidad de limitar la extracción minera por medio de una consulta popular, se limita a la minería legal y regularizada, ya sea en pequeña o gran escala. Pero se deja de lado la minería ilegal³⁴, un tema relevante en el país pues entre 2018 y 2020 se incautaron mil setecientas toneladas de materiales mineros, teniendo valores cercanos a los veinte millones de dólares³⁵. Esta clase de extracción, aunque significativa y sumamente nociva al ambiente y salud de los habitantes, al estar al margen de la ley no puede ser limitada por una consulta popular. Por lo que no se hará referencia a estas prácticas.

A continuación, se grafica el proceso de explotación en sus etapas mas resumidas, consideración que el lector deberá tener muy presente al momento de trabajar la consulta popular con el enfoque de frenar justamente estos procesos.

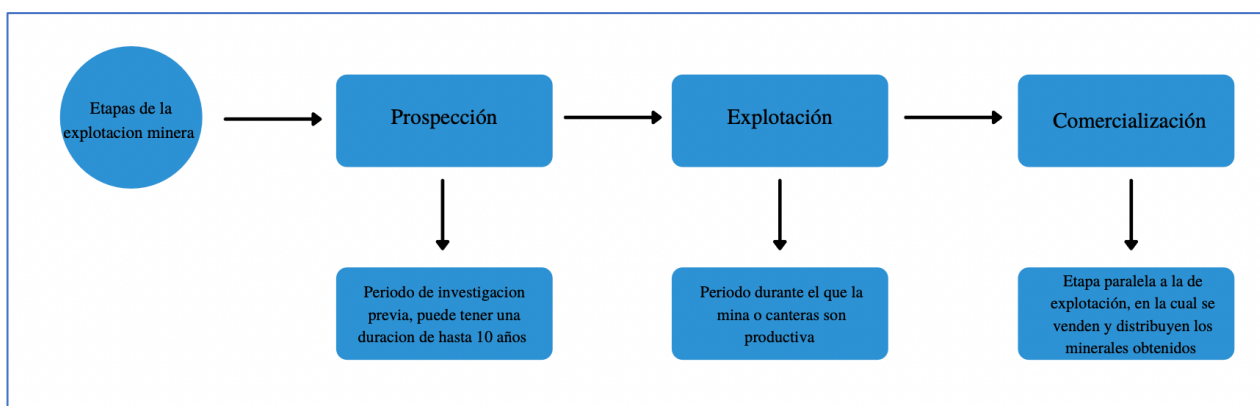
³² Art.134, Ley de minería, 2009.

³³ Art.138, Ley de minería, 2009.

³⁴ Art. 260, Código Orgánico Integral Penal, R.O.180, 10 de febrero de 2014.

³⁵ Redacción seguridad, *En ocho provincias se practica la minería ilegal*, El Comercio, 21 de noviembre de 2020. Disponible en <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/provincias-ecuador-mineria-ilegal-victimas.html>. Ultimo acceso 18 de noviembre de 2021

Grafico No. 2 Etapas de la mineria



Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley de Minería y CRE³⁶

6. Consulta popular

Como se ha anticipado, la consulta popular es la principal institución jurídica por analizar en este ensayo. Uno de los conceptos primordiales a revisar es el de democracia directa, ya que, al estudiar la figura de consulta popular, esta suele incluirse como una herramienta para su aplicación.

Sobre esto Sartori recuerda que existen mecanismos de democracia directa cuando la ciudadanía se convoca para decidir temas relevantes del ordenamiento o del estado mismo³⁷, Salgado agrega que esto se da sin necesidad de representantes³⁸.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano el sistema es más bien representativo, y las discusiones acerca del ordenamiento jurídico y su estado se desarrollan en la Asamblea Nacional, evidentemente por una cuestión práctica, ya que es virtualmente imposible que la ciudadanía en su conjunto se reúna para discutir estos temas³⁹. No obstante, existen ciertos eventos extraordinarios que convocan a la ciudadanía a las urnas a decidir sobre asuntos en particular.

³⁶ Grafico No.2 Elaboración propia a partir del Art.36 Ley de Minería y Art.57 CRE.

³⁷ Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia* (Madrid: Alianza Editorial, 1988), p. 41.

³⁸ Hernán Salgado, *Lecciones de derecho constitucional* (Quito: Ediciones Legales, 2012), p18

³⁹ Rafael Oyarte, *Curso de derecho constitucional* (Quito: Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), p228

Sin que este libre de críticas, tratadistas como Diego Uribe y Duverger, reiteran que se trataría solo de una democracia semidirecta⁴⁰, en la cual existe algún grado de participación de la sociedad, pero mediada por sus representantes⁴¹.

Una vez conocido esto, también se debe distinguir entre las formas de aplicación de esta democracia, directa o semidirecta. Entre la consulta popular, la consulta previa, la consulta prelegislativa, además de la consulta ambiental.

Estas son cuatro figuras contempladas en la Constitución de la República, CRE, en los artículos 57, 104 y 398. Si bien mantienen algunas similitudes, Andrés Martínez señala que la consulta previa y la consulta prelegislativa son derechos colectivos, mientras que la consulta ambiental es un derecho de la comunidad en general⁴².

El art.95 de la CRE destaca que la ciudadanía participará de forma protagónica en la toma de decisiones. Siendo este un derecho, se lo ejercerá a través de métodos de democracia directa, indirecta, y comunitaria. En el art.104 de la CRE, incluido en la sección democracia directa, se detallan los procedimientos para plantear una consulta popular.

Dentro de las consultas populares hay una subdivisión importante, de acuerdo con su carácter de plebiscito o de referéndum. Resulta apropiado señalar la discusión existente en esta subdivisión ya que según algunos autores el plebiscito no es una posibilidad en el derecho ecuatoriano.

Como lo señala Rafael Oyarte, el plebiscito pone al elector a decidir sobre propuestas genéricas, al contrario, el referéndum plantea opciones de norma concretas, en donde no cabe interpretación posterior⁴³. Agustín Grijalva por su parte señala que la diferencia entre referéndum y una consulta popular la diferencia es que “lo primero se refiere a una reforma a la Constitución y lo segundo a asuntos que el presidente considera de gran importancia publica”⁴⁴.

⁴⁰ Diego Uribe, *El referéndum: ensayo sobre la democracia semidirecta* (Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1967), p15

⁴¹ Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (París: Presses Universitaires de France, 1955), p. 93

⁴² Andrés Martínez-Moscoso(editor), *Tutela de los derechos de la Naturaleza y el ambiente sano* (Quito: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2021), p4

⁴³ Rafael Oyarte, *Curso de derecho constitucional* (Quito: Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007), p231-232

⁴⁴ Agustín Grijalva, “Un balance de la participación en la constitución ecuatoriana del 2008”, en *Tenciones y contradicciones de la democracia ecuatoriana*, ed de A. Martínez Moscoso y T. Verdugo (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2018) 58-94

Sin embargo, pronunciamientos recientes⁴⁵ de la CC señalan que es perfectamente posible la aplicación de plebiscitos en el país, y siendo esta la interpretación autorizada de la CRE resulta definitiva⁴⁶.

Según lo revisado queda claro que una consulta popular debe superar varios pasos para que se lleve a cabo, existen requisitos de respaldo democrático, también tramites administrativos al interior del Consejo Nacional Electoral, y quizá el proceso mas delicado el control constitucional de la CC.

7. Control constitucional

Sobre el control constitucional existe una discusión de carácter filosófico acerca de cómo deberían proceder los tribunales, el debate se centra entre el constitucionalismo o la democracia.

Es decir, si se debe preferir la democracia y dar libertad a que se consulte a la ciudadanía cualquier tema. O si por el contrario se debe ser cauteloso al momento de realizar consultas para proteger la norma y con ello la voluntad del legislador. Recordando que en el sistema ecuatoriano el órgano legislativo es la forma por excelencia de representación de los intereses sociales.

Esto deriva en la pregunta ¿Acaso realizar más consultas es equivalente a más democracia? La CC se ha decantado por ser más favorable respecto al derecho a la participación, sin que esto signifique que se permitirán consultas sobre cualquier tema sin realizar los controles legales, y sin que esta corriente jurisprudencial este libre de cuestionamientos o ratios disidentes al interior de la CC.

Existe entonces dos principales corrientes con respecto al control constitucional, quienes piensan que debería ser estricto y formalista con el fin de proteger la voluntad del constituyente, y quienes buscan que prevalezca la voluntad popular dando flexibilidad al control. Lo realmente importante es como esto afecta a la ciudadanía, el problema de la falta de uniformidad en estos criterios es que los proponentes pueden verse en un estado de inseguridad jurídica.

⁴⁵ Dictamen 02-19-CP/19, CC, 2019.

⁴⁶ Sobre la diferencia entre plebiscito y referéndum, existe otra observación que el lector puede encontrar interesante. El art.105 LOGJCC parece referirse particularmente a referéndum. Por lo que se discute su aplicabilidad a las consultas de carácter plebiscitario. Ante esto la doctrina y jurisprudencia se inclina por señalarlo como una imprecisión legislativa y afirmar que, este apartado sobre el control constitucional también aplica a los plebiscitos.

Es importante precisar los fines de este control, y cuándo ejerce esta facultad la CC, en términos coloquiales saber ¿Qué está controlando la CC? El art. 438.2 de la CRE señala que se ejercerá un dictamen previo de carácter vinculante en las convocatorias a consulta popular⁴⁷. Por lo que, para plantear una consulta popular efectiva habrá que cumplir con las condiciones que a continuación se analizan.

De la LOGJCC se pueden extraer dos tipos de control. El Art.103 busca controlar aspectos denominados por la propia norma como formales⁴⁸: reglas procesales, competencia, garantía de libertad al lector, claridad y lealtad.

Mientras que el Art.104 y 105 LOGJCC⁴⁹ se refieren a cuestiones más concretas. Aplicando esto tanto al preámbulo como en la estructura de la pregunta, entre las que destacan la imposibilidad de formular más de una cuestión por pregunta, la imposibilidad de aprobar, rechazar en bloque o el inducir al lector a través del preámbulo.

7.1. Control material

El problema con el control material es que no existe un límite o parámetros exactos para entenderlo. Sin embargo, son los dictámenes de la CC los que han ido creando un precedente interesante y útil al momento de definir el control material.

En el dictamen 01-20-CP/20 la CC⁵⁰ considera que el control material puede ser, por ejemplo, un análisis sobre la seguridad jurídica. Es decir, ocuparse de que los efectos en el caso de la aprobación de la consulta no sean regresivos.

Una consulta popular relacionada a la minería no podría tener aplicación retroactiva. Es así que las licencias o concesiones existentes en los espacios sobre los que se consulte quedarían exentas de los efectos que la consulta plantee. Sin embargo, en otros fallos extiende esta noción e incluye, por ejemplo, que estos efectos no sean atentatorios contra derechos y garantías.

Resulta alarmante que la CC guarda silencio ante el control material en buena parte de los fallos relacionados a consultas populares y solo realice menciones aisladas e incluso contradictorias sobre los puntos a tratar en el control material.

Contradictorias por ejemplo en el caso del fallo 01-21-CP/21⁵¹ en donde al control material se incluye la congruencia democrática como un nuevo elemento y requisito

⁴⁷Art. 438, CRE, 2008.

⁴⁸Artículo 103, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O.52, 22 de octubre de 2009.

⁴⁹ Art.104-105, LOGJCC, 2009.

⁵⁰ Dictamen No.01-20-CP/20, CC, 2020.

⁵¹ Dictamen No. 01-21-CP/21, CC, 2021.

adicional a la discusión. Lo que resulta ser contrario a la línea argumental previa e incluso ha sido calificado por algunos jueces como regresivo en materia de derechos de participación.

Congruencia democrática se refiere a la relación entre los cuerpos populares consultados y los efectos en el nivel de gobierno⁵². Si bien resulta lógico pensar que si una administración de gobierno va a ejecutar acciones producto de una consulta debería ser la población a la cual estas acciones afecten la que se pronuncie; la sentencia sugiere que si el poder ejecutivo se ve involucrado en alguna medida, no definida, la consulta local no sería adecuada al violar esta congruencia democrática y por ende se requeriría de una votación nacional.

En este sentido, considerando que la organización territorial en el país exige acciones coordinadas, este requisito podría volver inviable casi cualquier propuesta de consulta, porque vuelve necesaria la participación del gobierno central.

7.2. Control formal

Sobre el control formal es importante señalar la relevancia que le ha dado la CC. Contrario a lo que se podría pensar en el dictamen 09-19-CP/19⁵³ se recalca que no se trata de una mera formalidad, sino que es un aspecto fundamental de la consulta popular.

Es decir, que este control no busca ser un paso mecánico de revisión de requisitos aleatorios, por el contrario, pretende garantizar derechos muy importantes del elector tales como el de libre elección, no manipulación, imparcialidad, entre otros. Concordando con ideas de constitucionalismo moderno donde se plantea que “el juicio formal y material de constitucionalidad se desarrollan en dimensiones distintas, no pueden ser objeto de remplazo”⁵⁴.

Para este fin, la CC debe analizar no solo las preguntas, sino también los preámbulos de las mismas, cómo bien lo menciona en el dictamen 06-20-CP/20⁵⁵. Acerca de los preámbulos es importante resaltar su función recogida en el art.104 LOGJCC⁵⁶, y recalcada por la CC. Los preámbulos buscan contextualizar al lector, sin que esto signifique orientarlo a una respuesta.

⁵² *Ibid*

⁵³ Dictamen No. 09-19-CP/19, CC, 2019, Párr.44.

⁵⁴ Jorge Benavides Ordóñez, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), p326

⁵⁵ Dictamen No.06-20-CP/20, CC, 2020.

⁵⁶ Art.104, LOGJCC, 2009.

La CC afirma que estos son necesarios, tal como se ve en el dictamen 2-19-CP/19⁵⁷ en donde se niega la consulta, entre otras cosas, por carecer de preámbulos. Cuestión curiosa si consideramos que las consultas son planteadas por una parte que impulsa una posición determinada, por tanto, habrá que ser cuidadoso para no incluir sugerencias involuntarias dentro esta sección de la consulta.

Otro requisito en lo que respecta la construcción de las preguntas esta en la LOGJCC en el art.105⁵⁸ donde aclara que estas deberán estar particularizadas, es decir, no tratar más de una cuestión a la vez. También estipula que deberán ser claras y no podrán ser compuestas.

Sobre esto la CC se pronuncia en fallos como el 1-20-CP/20, el 2-19-CP-19 y el 9-19-CP/19. En estos casos las preguntas hacían alusión a términos como; territorios de las comunidades, explotación minera, zonas ecológicas o minería en todas sus etapas, respectivamente. Términos que no son lo suficientemente específicos a criterio de la CC.

Para ejemplificar lo que busca la CC de las preguntas basta revisar las observaciones en el caso conocido como Lita. En este caso la Corte resalta la necesidad de que el territorio sobre el cual se discute esté delimitado por alguna división política existente, siendo estas parroquias o cantones⁵⁹.

Sin embargo, surgen dudas al en los proyectos que se desarrollan o generan afectación en más de un cantón. Porque es criterio de la CC que una comunidad no puede decidir sobre otra. Ya que esto se entiende como una votación sobre más de una cuestión, figura prohibida explícitamente.

Lo anterior da como resultado una disquisición sobre cómo plantear la consulta. No queda claro si deben darse procesos independientes para cada división política, o es posible unificar varios territorios en base a criterios alternativos, como sucedió en Quimsacocha en donde la decisión que se tomaba producto de la consulta tenía efectos en Cuenca, Girón y San Fernando⁶⁰.

Para cumplir los parámetros de especificidad del control formal, además de la cuestión geográfica hay que tomar en cuenta las etapas en minería. El Art.57 de la CRE

⁵⁷ Dictamen No.02-19-CP/19, CC, 2019.

⁵⁸ Art.105, LOGJCC, 2009.

⁵⁹ Dictamen No. 02-19-CP/19, 20 de junio de 2019.

⁶⁰ Andrés Martínez-MoscOSO (editor), *Tutela de los derechos de la Naturaleza y el ambiente sano* (Quito: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito,2021), p31

en donde se enuncian las diferentes etapas de los proyectos mineros⁶¹, y el art.27 de la Ley de Minería que desarrolla estos conceptos⁶².

Se resalta la necesidad de tener en cuenta estas clasificaciones en la redacción de la pregunta para saber qué actividades puntualmente se están limitando. Esto fue señalado por la CC en el ya mencionado dictamen 002-19-DGP-CC⁶³, debido a que prohibir la minería sin hacer notar al lector que existen diferencias en las etapas, incumpliría el principio de no manipulación.

8. Evolución del control constitucional

Si bien aun es poco el material existente, algunos precedentes han constituido una línea jurisprudencial sobre el control constitucional. Una de las ideas más innovadora versa en la posibilidad del proponente de corregir ciertos errores. En el dictamen 01-21-CP/21⁶⁴ la Corte plantea por primera vez de forma expresa la posibilidad de que se subsanen errores que se encuentren durante el control constitucional.

Esto resulta muy interesante si pensamos en que no todos los proponentes son expertos en la materia y por tanto es probable que incurran en imprecisiones. Claramente este fallo concuerda con el principio de favorabilidad a la democracia participativa.

A pesar de ser un paso positivo, la CC hasta el momento no ha desarrollado a profundidad este tema. Es decir, que no hay parámetros ni tampoco se sabe cuándo o como procedería la subsanación de errores.

Similar a esta condición novedosa, la Corte ha indicado que es posible modular el control constitucional. De esta forma la CC una vez más toma postura sobre la favorabilidad de la participación y decide que los jueces podrán eliminar ciertos puntos que consideren inconstitucionales o ilegales.

Ante esto el ejemplo es claro en el dictamen 6-20-CP/20 en donde la CC señala que los considerandos No.7, 21, 25, 30, 43, 51, 55, 57, 62 y 67⁶⁵ incurren en un vicio de parcialidad y por tanto incumplen el art.104 LOGJCC⁶⁶. Y en lugar de negar por completo la propuesta de consulta popular, deciden aceptarla eliminando dichos puntos. La CC

⁶¹ Art. 57, CRE, 2008.

⁶² Artículo 27, Ley de Minería, R.O.517, 29 de enero de 2009.

⁶³ Dictamen No. 002-19-DGP-CC de 20 de junio de 2019.

⁶⁴ Dictamen No. 01-21-CP/21, CC, 2021, Párr. 53.

⁶⁵ Dictamen No. 6-20-CP/20, CC, 2020.

⁶⁶ Art.104. LOGJCC, 2009.

hace una salvedad en el tema, aclarando lo hará siempre y cuando no se dañe la lógica o congruencia de la consulta.

8.1. Termino de conocimiento para las propuestas de consulta

Los términos que tiene la CC para realizar el control es un detalle que merece una breve aclaración. El inciso final del art.105 de la LOGJCC dicta que, si no se resuelve sobre el control en el término de veinte días, se entenderá como un dictamen favorable y se dará paso a la consulta⁶⁷.

No es menor el cuestionamiento a los plazos aplicables para este control y la forma en la que se han construido, el término viene dado por la Ley, no obstante, la forma en la que se lo cuenta deviene del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional⁶⁸.

Sobre esto Ana Belén Morales señala un posible vicio de constitucionalidad al haber un reglamento contrario a la costumbre jurídica en la forma de contar los plazos, y cómo se afectan los intereses de quienes proponen la consulta⁶⁹. Siendo que los términos no se cuentan desde presentada la consulta, como es habitual, sino desde que llega al despacho, Morales advierte que esto resulta incluso improbable para los ciudadanos⁷⁰.

Este tema se ha reiterado por la jurisprudencia, específicamente en el fallo 1-20-CP/20, se aclara sobre el termino referido en el art.105 de la LOGJCC⁷¹ que deberá contarse desde que se avoque conocimiento⁷². Alejándose, una vez mas, de la costumbre jurídica de contabilizar los términos desde la presentación de la consulta y resuelve que los mismos deberán contarse desde que se avoque conocimiento.

Lo anterior se vio en concreto en el caso Quimsacocha, en el cual por el transcurso del tiempo se dio un dictamen ficto⁷³, sin embargo, la CC se pronunciaría veintinueve semanas más tarde⁷⁴, por lo que el fallo al ser extemporáneo no tuvo trascendencia pues la consulta ya se había efectuado. En respuesta a esto una vez mas se reitera que los

⁶⁷ Art.104-105, LOGJCC, 2009.

⁶⁸ Artículo 9, Reglamento Sustanciación Procesos Competencia Corte Constitucional, R.O.613, 22 de octubre de 2015.

⁶⁹ Morales Solis, Ana Belén. 2018. “La Democracia Directa Y El Gobierno De Los Jueces Constitucionales”. *USFQ Law Review* 5 (1). Quito-Ecuador, 158-76. Disponible en: <https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1222>.

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ Art.105, LOGJCC, 2009.

⁷² Dictamen No.01-20-CP/20, CC, 2020.

⁷³ El termino dictamen ficto se utiliza en este contexto para referirse a la aprobación de la consulta por el mero cumplimiento del termino, sin haber pasado por el análisis de la CC

⁷⁴ Caso Corte Constitucional 001-12-CP

términos para estos procesos se cuentan desde el conocimiento de la solicitud por parte de los jueces en su despacho.

9. Derecho de participación

Como se ha evidenciado son más las propuestas de consulta que se rechazan que las que han podido aprobar el filtro de la CC, y hay que recordar que no es el único impedimento al llevar a cabo una consulta popular. Entonces resulta oportuno cuestionar si se está logrando ejercer participación ciudadana, siendo que solo una consulta ha podido cumplir con los estándares de la CC y esta no fue planteada por la ciudadanía, sino por el GAD correspondiente⁷⁵. Es decir que, en principio en el país no tenemos un ejemplo de democracia directa a través de la consulta popular, y buena parte de esto se debe a los impedimentos de la CC.

Sobre esto, jueces como Ramiro Ávila han venido advirtiendo reiteradamente que se estaría sacrificando el derecho a la participación por el cumplimiento estricto de los requisitos ya analizados. En el dictamen 1-20-CP/20 sugiere que la norma se debería interpretar de la forma más favorable al derecho de participación⁷⁶, cosa que según el mismo Ramiro Ávila no sucede en fallos más recientes como el 1-21-CP/21⁷⁷.

Un detalle no menor es que la consulta popular en nuestro ordenamiento es una herramienta pensada para que cualquier persona pueda presentarla, indistintamente de si ésta es experta o no en derecho. Siendo el control minucioso como se ha evidenciado, se concluye que la CC está condicionando la ejecución de la consulta popular, y por ende el ejercicio del derecho de participación, al conocimiento de un área de conocimiento muy particular.

El principio *iuria novit curia* y su derivado *da mihi factum et dabo tibi ius*, hacen referencia a que el juez siendo este el conocedor del derecho sería este el encargado de subsumir los hechos a la norma pertinente. Esto en relación con las propuestas de consultas populares significaría que los jueces deberían primar las intenciones de los solicitantes, en lugar de los requisitos establecidos en la ley.

10. Requisitos de respaldo popular

⁷⁵ Dictamen No.06-20-CP/20, CC,2020

⁷⁶ Dictamen No.01-20-CP/20, CC, 2020.

⁷⁷ Dictamen No.01-21-CP/21, CC, 2021.

Respecto a los proponentes de una consulta popular, queda claro que puede provenir de iniciativa ciudadana, así como también por iniciativa de las máximas autoridades de los GAD.

En estos casos hay una distinción en los requisitos que la CRE plantea. En el primer caso indica que se requerirá de las firmas del cinco por ciento del padrón electoral si la consulta tiene efectos nacionales, y del diez por ciento del padrón electoral si tiene efectos locales.

Mientras que sí el proponente es un GAD se requerirá de la aprobación de tres cuartas partes de sus integrantes⁷⁸. Esto como un respaldo popular que demuestre que la consulta es de interés de una parte representativa de la ciudadanía y que no responde a intereses particulares. Estos son requisitos paralelos al del control de constitucionalidad, pero en general de menor complejidad jurídica.

En criterios anteriores se exigía la recolección de las firmas previo al control, lo que ocasionaba tener negativas a las consultas incluso cuando ya se tenía el apoyo de la ciudadanía. Generando un desperdicio de recursos de los proponentes, entendiendo que la recolección de las firmas puede significar un gran esfuerzo y costo económico.

Actualmente y tras un cambio de precedente jurisprudencial en el que la CC se aleja de lo decidido en el dictamen 001-13-DCP-CC. Se decidió que el porcentaje de respaldo popular o recolección de firmas se haga una vez superado el control de la CC⁷⁹. Este es un cambio muy positivo en miras del derecho de participación. Con esta sentencia la CC reitera una vez mas su compromiso con el principio de favorabilidad de este derecho, cosa que varios magistrados continúan exigiendo en sus criterios.

11. Regulación sobre la competencia

La competencia sobre la actividad minera en el país esta regulada primeramente en el Art. 408 de la CRE, este establece que los recursos no renovables son propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado⁸⁰, cuestión que reafirma el Código Civil en su Art.607 en donde recalca el dominio del Estado sobre los yacimientos mineros⁸¹, y queda zanjado en el art.15 de la Ley de Minería que describe como de utilidad pública a la minería y de competencia exclusiva del gobierno central⁸².

⁷⁸ Art.105, CRE, 2008.

⁷⁹ Dictamen 01-19-CP/19

⁸⁰ Art.408, CRE, 2008.

⁸¹ Art. 607, Código Civil, R.O.46, 24 de junio 2005.

⁸² Art. 15, Ley de Minería, 2009.

Al menos en cuestión de concesiones y aprovechamiento de recursos esta clara la competencia del gobierno nacional. Pero hay quienes señalan que una decisión para limitar estas actividades, podría ser competencia de los GAD por ser quienes sufren las afectaciones de estos proyectos. Además de ser copartícipes de cualquier concesión minera al tener competencia exclusiva de uso y ocupación de suelos⁸³, en el caso de los municipios; y, tener competencia exclusiva en la gestión ambiental, en el caso de gobiernos provinciales⁸⁴.

Pero no solo eso, los GAD tienen la competencia de “recuperación y conservación de la naturaleza y el mantenimiento del medio ambiente sostenible y sustentable”⁸⁵. Por lo que no es ajeno a su atención lo que suceda en los proyectos de extracción minera. También existe una permisividad, en la extracción de material pétreo y árido, en esta industria la CRE les da competencia exclusiva a los municipios⁸⁶.

Mas allá de las competencias establecidas en la ley, es claro que en la práctica la extracción minera requiere de acciones coordinadas entre los distintos niveles del estado. Al respecto la CC se decanta por una competencia concurrente, destacando la pluralidad de condiciones necesarias para iniciar un proyecto minero.

Este particular se repite en el derecho comparado, por ejemplo, en Colombia existió el mismo debate con respecto a la competencia del uso de suelos para minería, y la posibilidad de plantear una consulta por parte de los gobiernos locales. Sobre esto la Corte colombiana en la sentencia C-123-2014 estimó que “la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesorio o irrelevante”⁸⁷. Sería interesante la aplicación de este criterio en la realidad ecuatoriana, pues destaca la relevancia de los impactos nocivos en las poblaciones cercanas de la minería. Haciendo que el argumento tenga la misma importancia en la discusión que las atribuciones legales del gobierno central.

No obstante, la CC no centra su atención en esto al momento de debatir la posibilidad de que la consulta popular planteada por los GAD o la sociedad civil verse

⁸³ Andrés Martínez-Moscoso (editor), *Tutela de los derechos de la Naturaleza y el ambiente sano* (Quito: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, 2021), p35

⁸⁴ Art. 263, CRE, 2008.

⁸⁵ Art.4, COOTAD, R.O. 303, 19 de octubre del 2010.

⁸⁶ Art. 264.12, CRE, 2008.

⁸⁷ Óscar A. Alfonso: Juan Carlos Henao: Ana Carolina González Espinosa. *Minería y desarrollo. Tomo 4. Impactos, conflictos y participación ciudadana*, (Universidad Externado de Colombia, 2016).34.

sobre minería. Sino que esgrime el argumento de que no existe una prohibición expresa sobre este tipo de iniciativas en el Art.104 de la CRE, o en cualquier otro del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, es perfectamente posible tratar temas de extracción de recursos no renovables en consultas populares.⁸⁸

Sobre este asunto hay un particular, la enmienda del 21 de diciembre de 2015 que restringía el derecho ciudadano a consultar cualquier tema. Sin embargo, esta fue declarada inconstitucional por el dictamen de la CC del 30 de abril de 2019⁸⁹, alegando que esto era restrictivo en derechos, cuestión explícitamente prohibida en los artículos 441 y 442 de la CRE⁹⁰, regresando así al texto original⁹¹ y por ende reafirmando la posibilidad de la ciudadanía o sus organizaciones de gobierno consultar sobre cualquier tema de su interés.

Una limitante expresa en la norma esta en el art.104 de la CRE⁹² este limita la consulta popular planteada por los GAD a los temas que sean de su interés. Sin embargo, no hay desarrollo normativo sobre lo que sería de interés de los GAD, por lo tanto, esto queda a la subjetividad de la Corte.

Es cierto que podemos entender esta limitante como aquellas acciones correspondientes a su nivel de gobierno. No obstante, las últimas nociones sobre congruencia democrática⁹³, vuelven complicado delimitar cuales son intereses únicamente de los GAD, pues como quedo claro las acciones son usualmente coordinadas con el gobierno central y podrían escapar del interés exclusivo de los GAD. Sin embargo, y al tratar esta discusión en particular, la Corte simplemente reitera en el dictamen 09-19-CP/19⁹⁴ que no existe una limitación para consultar sobre el tema de extracción minera, pero no brinda mas luces sobre las limitantes al termino ‘interés’.

⁸⁸ Dictamen No.9-19-CP/19, CC, Fecha 2019.

⁸⁹ Resolución de la Corte Constitucional No. 18, publicada en Registro Oficial Suplemento 79 del 30 de abril del 2019.

⁹⁰ Art. 441-442, CRE, 2008.

⁹¹ Art.407, CRE, 2008.

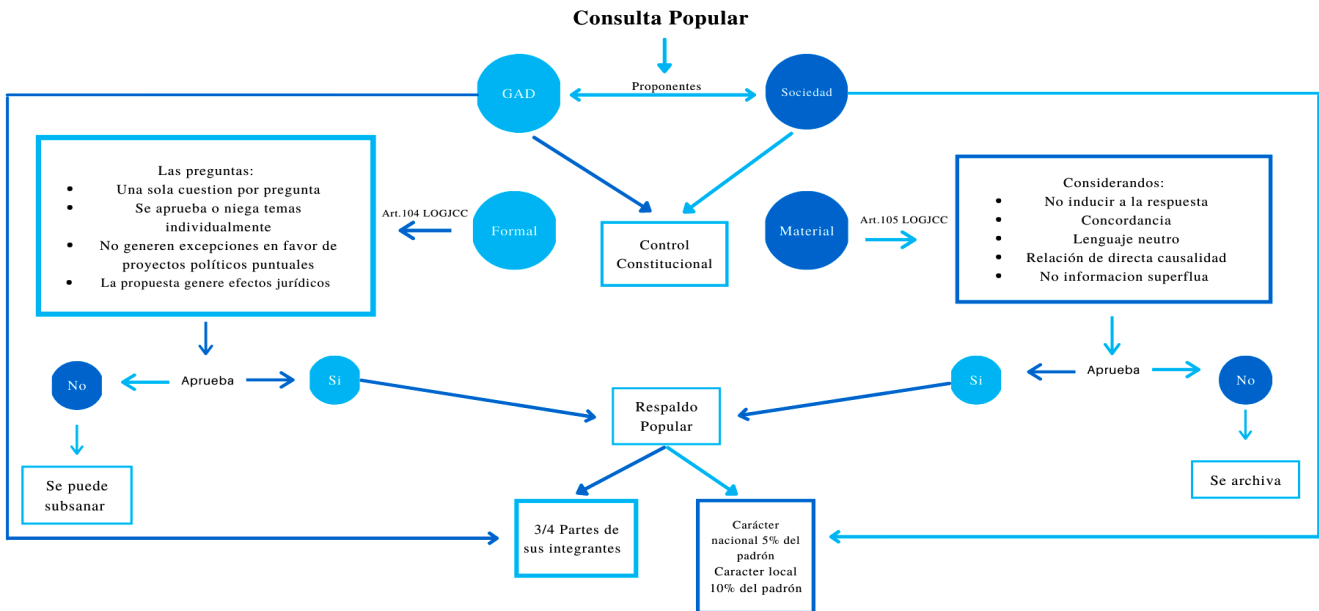
⁹² Art.104, CRE, 2008.

⁹³ Dictamen No. 01-21-CP/21, CC, 2021

⁹⁴ Dictamen No. 09-19-CP/19, CC, 2019, Párr 21.

Una vez revisadas las cuestiones mas importantes sobre control constitucional y respaldo popular, este sintetiza los aspectos a tener en cuenta para hacer uso de esta herramienta jurídica.

GraficoNo.3 Flujograma consultas populares



Fuente: Elaboración propia basada en los dictámenes de la corte constitucional y la LOGJCC⁹⁵

Con este cuadro el lector puede ver que a pesar de que los proponentes de la consulta popular sean distintos, el procedimiento para su ejecución es similar. Las propuestas deberán pasar por el mismo control constitucional. La única diferencia radica en el respaldo popular, que se evidencia de distinta forma dependiendo del proponente.

Siguiendo con el grafico No.3, es fácil entender que existe una diferencia importante entre el control material y el formal. El formal, por su naturaleza, puede ser subsanado. Mientras que para una propuesta de consulta popular que no apruebe el control material, no existirá otra alternativa que su archivo.

12. Precedentes de limitación minera cercana a fuentes hídricas

El limitar la minería cercana a fuentes hídricas tiene algunas particularidades. Además de que es un tema recurrente debido al impacto especialmente nocivo que tiene esta actividad cuando se ejecuta cerca de áreas sensibles. En consecuencia, varios

⁹⁵ Grafico No. 3: Elaboración propia a partir de los Art. 104, 105 LOGJCC y dictámenes de la CC 04-14-DCP-CC, 09-19-CP/19,01-20-CP/19, 05-20-CP/20, 06-20-CP/20, 02-19-CP/19, 01-21-CP/21

colectivos y movimientos en el país consideran necesario prohibir las actividades mineras en los alrededores a las fuentes hídricas.

Sobre este particular solo existe un ejemplo exitoso, el relacionado a las cuencas hidrográficas de los ríos Tomebamba, Yanuncay, Machangara y Tarqui. Lo más importante de esta consulta son las observaciones que la CC realizó. En el fallo 06-19-CP/20 indicó la necesidad de la especificidad de la zona a intervenir⁹⁶, cosa que ha venido quedando clara en dictámenes pasados como el 09-19-CP/19⁹⁷ y se ha tratado en este ensayo dentro del control formal.

La CC no da un criterio particular, pero en el dictamen 06-20-CP/20 destaca que será la Autoridad Única del Agua, la encargada de crear la delimitación territorial específica⁹⁸. Es decir, que no solo basta con observar los criterios de especificidad en relación con la ubicación, sino que también se debe tener en cuenta la competencia de las instituciones encargadas de delimitar las zonas.

Otra posibilidad para la prohibición de minería cercana a fuentes hídricas a nivel nacional deviene de la reforma constitucional al art.407. A este se le agregó un inciso mediante reforma en febrero 2018. Prohibiendo la minería en todas sus etapas en las ‘zonas urbanas’. Se discute si se podría plantear de la misma forma respecto a las fuentes hídricas.

La respuesta esta en los votos salvados en el dictamen 02-19-CP/20 de las juezas Nuques y Corral donde repetidamente señalan que esto no es posible⁹⁹. Porque los escenarios de prohibición a la minería son taxativos y están enunciados en el art.407 de la CRE y esta a su vez contempla un procedimiento determinado para reformarse. Dejando zanjada la posibilidad de realizar una prohibición constitucional a la minería cercana a fuentes hídricas mediante consulta popular.

Si bien agregar un escenario adicional a los casos de excepción a la minería del art.407 CRE mediante consulta popular no es posible. No quiere decir que esta reforma constitucional no sea una alternativa. Si se sigue el criterio de las juezas Teresa Nuques y Carmen Corral se podría ver como una opción definitiva e incluso más eficaz si de limitar la minería se trata¹⁰⁰.

⁹⁶ Dictamen No.06-19-CP/20, CC, 2020.

⁹⁷ Dictamen No.09-19-CP/19, CC, 2019.

⁹⁸ Dictamen No.06-20-CP/20, CC, 2020.

⁹⁹ Voto salvado, Jueza Nuques y Corral, No. 02-19-CP/20, CC, 2020.

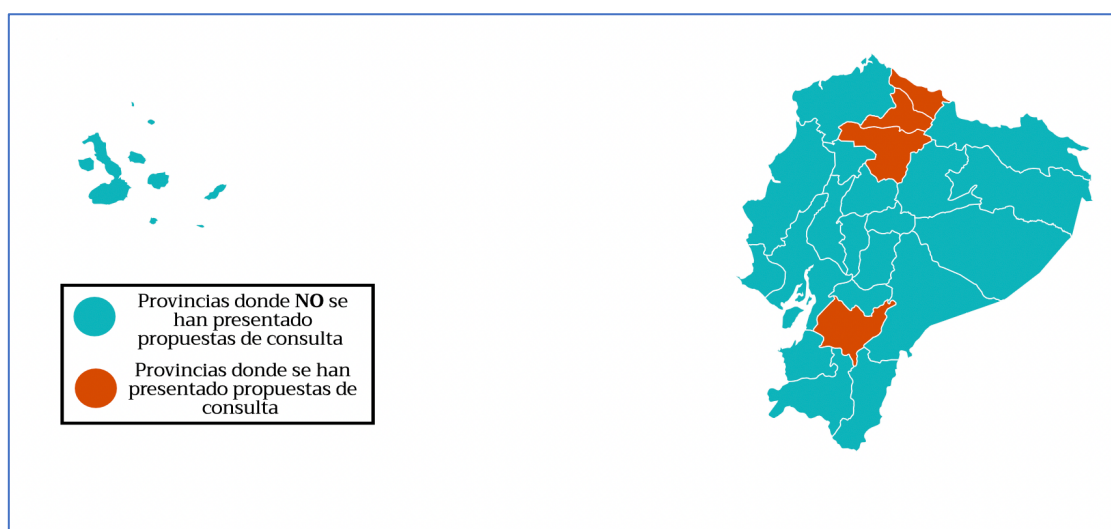
¹⁰⁰ No obstante, en otros dictámenes las juezas Nuques y Corral se inclinan a pensar que este tipo de consultas relativas a las fuentes hídricas no son pertinentes. Ya que la prohibición a la minería metálica del art. 407 incluye áreas protegidas, donde se podría entender están incluidas las cuencas hidrográficas

13. Situación actual

El tema de la minería se muestra álgido en la realidad nacional, y parece estar lejos de terminar, siendo sobre este tema la propuesta de consulta más común que llega a la CC. Llegando incluso al punto de tener que cuestionar si estas propuestas saturan el sistema judicial constitucional, en detrimento del acceso a justicia de otros ciudadanos.

El siguiente gráfico muestra que la discusión sobre la minería esta localizada, ya que los planteamientos de consulta se centran en la región de la Sierra, principalmente en la provincia del Azuay en donde se plantearon cinco de las siete consultas que se han revisado.

Grafico No.3 Provincias con propuestas de consulta popular



Fuente: Elaboración propia a partir de los dictámenes de la CC¹⁰¹.

Tabla No.1 Localización geográfica de las propuestas de consulta popular

Dictamen	Provincia	Ubicación detallada en la solicitud
04-14-DGP-CC	Azuay	Sistema hidrológico Quimsacocha, cantón Girón
09-19-CP/19	Azuay	Azuay
01-20-CP/19	Azuay	Zonas Ecológicas
05-20-CP/20	Azuay	Bosque protector Yanuncay/Irquis
06-20-CP/20	Azuay	Zona de recarga hídrica: Tomebamba, Yanuncay, Tarqui, Machangara

¹⁰¹ Grafico No.3 Elaboración propia a partir de los dictámenes de la CC, 04-14-DGP-CC, 09-19-CP/19,01-20-CP/19, 05-20-CP/20, 06-20-CP/20, 02-19-CP/19, 01-21-CP/21

Dictamen	Provincia	Ubicación detallada en la solicitud
02-19-CP/19	Imbabura/Carchi	Comunidades: Lita, Carolina, Jijon y Camaño, Goaltal. Cantones: Mira, Espejo, Ibarra
01-21-CP/21	Pichincha	Mancomunidad del Choco Andino

Fuente: Elaboración propia a partir de los dictámenes de la CC¹⁰².

Esto invita a pensar en la necesidad de una respuesta a largo plazo y de forma generalizada, incluso podríamos hablar de respuestas regionales si es que pensamos que los conflictos constitucionales respecto a la minera están localizados. Con los distintos planteamientos, aunque han infructuosos, es claro que existe una intención ciudadana de limitar de alguna forma la minería, sobre todo en los lugares cercanos a fuentes hídricas, concretamente vemos esto en la provincia de Azuay.

Este fenómeno hace pensar una vez mas en Colombia, en donde se han establecido requisitos de corresponsabilidad y coordinación entre los intereses nacionales de extracción de recursos no renovables y los intereses locales de protección ambiental¹⁰³. Mecanismos de este tipo podrían brindar a la ciudadanía alternativas a la consulta popular que como se ha evidenciado es una herramienta de complejidad considerable.

13.1. Cuestionamiento a la institucionalidad en la administración del agua

El art. 318 de la CRE describe las facultades de la autoridad única del agua, entre ellas, desarrolla que esta institución será la competente para la planificación y gestión de recursos hídricos. En él mismo artículo establece el orden de prioridades que se dará a dichos recursos¹⁰⁴. Esto resulta relevante si pensamos en cómo la limitación a la minería en relación con el agua requerirá del accionar de esta autoridad.

En el dictamen 06-20-CP-20 la CC indica que será competencia de la autoridad única del agua el delimitar las zonas de recarga hídrica de cada uno de los ríos que en ese petitorio se detallaron. Sin embargo, ante la inacción de esta institución, se aceptó con ciertos reparos los mapas realizados por ETAPA¹⁰⁵. Es decir que, ha existido un incumplimiento por parte de dicha institución en detrimento del derecho de participación.

SENAGUA, creada en el 2008 era sobre quien recaía las competencias de la autoridad única del agua, no obstante, en la actualidad tras un decreto presidencial estas

¹⁰² Tabla No. 1 Elaboración propia a partir de los dictámenes de la CC, 04-14-DCP-CC, 09-19-CP/19,01-20-CP/19, 05-20-CP/20, 06-20-CP/20, 02-19-CP/19, 01-21-CP/21

¹⁰³ Óscar A. Alfonso: Juan Carlos Henao: Ana Carolina González Espinosa. *Minería y desarrollo. Tomo 4. Impactos, conflictos y participación ciudadana*, (Universidad Externado de Colombia,2016).34.

¹⁰⁴ Art.318, CRE, 2008.

¹⁰⁵ Dictamen 06-20-CP/20, CC, 2020.

competencias han pasado a manos del ahora Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, donde existe un viceministerio del agua.

En relación con el tema de las consultas esto se vuelve conflictivo para la ciudadanía, al carecer de institucionalidad y estabilidad en lo relativo a esta autoridad. Si bien estas cuestiones administrativas y políticas pueden ser momentáneas no dejan de ser considerables al momento de crear una propuesta de consulta que supere el control constitucional.¹⁰⁶

14. Conclusiones

El ensayo ha pretendido ser una revisión integral de los aspectos jurídicos relevantes al momento de plantear una consulta popular. Pretendiendo responder a la interrogante de si esta figura es útil para limitar la minería, con especial atención a aquellas etapas cercanas a fuentes hídricas. En el desarrollo de la investigación se encontraron algunos hallazgos que se detallan en este apartado.

La falta de parámetros en el control material es un tema que la CC deberá seguir tratando, construyendo así precedentes que ayuden a los proponentes. Si bien en el ensayo se han podido recoger algunos requisitos que la CC ha señalado en anteriores ocasiones, esto no es una lista taxativa.

La discusión es tan reciente que no hay acuerdo común entre los magistrados, dejando a los proponentes en un ambiente de inseguridad jurídica, al no tener perfectamente claro en qué consiste el control de la CC, y por ende no tener certeza de como superar este requisito.

En el control formal la situación es un más clara y el proponente puede regirse, en general, al art.104 de la LOGJCC y a un par de dictámenes antes detallados. Sin embargo, sobre esta forma de control la CC también tiene trabajo por hacer. Se ha dicho que errores de tipo formal podrían ser subsanados, pese a esto, el procedimiento y los límites no están claros, dejando una vez más a los proponentes en la inseguridad jurídica.

El problema principal de estos dos aspectos sujetos al control constitucional es la especificidad. Es contradictorio exigir un nivel de especificidad tan alto si es que este mecanismo en teoría puede ser activado por cualquier ciudadano y no solo aquellos expertos en la materia.

¹⁰⁶ Sobre la unificación de varias entidades en un mismo ministerio, es probable que sea necesaria una reforma a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. Debe tomarse en cuenta cómo esta influiría en sus competencias sobre las consultas populares relacionadas con el Agua.

Sobre esto queda abierta la discusión de si se está poniendo trabas a la expresión popular, y por ende limitando el derecho de participación. Ante la evidencia de que la mayoría de las propuestas no prosperan, es posible concluir que el estricto control constitucional no está respondiendo al principio de favorabilidad en la participación ciudadana, que la misma CC pregona en sus dictámenes.

Hablar de la competencia es discutir entre intereses locales y nacionales. Queda claro que no hay prohibición para que la ciudadanía o los GAD desarrollen este tipo de consultas. Y aunque estas propuestas se están volviendo una constante en algunas provincias del país, como Azuay. Es importante decir que nuevas corrientes se inclinan a buscar una solución generalizada y permanente.

Entre estas alternativas podemos distinguir la reforma a la Constitución. O lo que parece más correcto, establecer mecanismos efectivos de diálogo y gobernanza para mediar los intereses y así prevenir la saturación judicial. Como ha demostrado ser de utilidad en el caso colombiano, donde se construyen sistemas de gobierno interrelacionados y coordinados.

Finalmente, es apropiado concluir que la consulta popular sí es una herramienta útil para limitación de la minería cercana a fuentes hídricas, deviniendo de una iniciativa popular. Pero hay que decir que no ha existido una consulta sobre este tema que provenga de iniciativas ciudadanas, por lo que, aunque jurídicamente es posible, esto no se ha visto traducido a la realidad. Uno de los impedimentos es seguramente la complejidad en la aplicación de este mecanismo.

A esto se suma la aún deficiente jurisprudencia constitucional. Será necesario que las CC, siga desarrollando criterios al respecto. Sería recomendable que estos se alineen de forma definitiva al principio de favorabilidad en la participación, para brindar seguridad jurídica a los proponentes, e ir construyendo un aprendizaje jurisprudencial que permita a las futuras propuestas de consulta evitar los errores de las anteriores.