

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Concesiones mineras: Estudio de la titularidad y explotación post-consulta popular en el Chocó Andino

José Ignacio Benalcázar Falconí
Jurisprudencia

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

Quito, 24 de noviembre de 2023

© 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: José Ignacio Benalcázar Falconí

Código: 00214075

Cédula de identidad: 1726263286

Lugar y Fecha: Quito, 24 de noviembre de 2023

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 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UNPUBLISHED DOCUMENT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. 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>.

**CONCESIONES MINERAS: ESTUDIO DE LA TITULARIDAD Y
EXPLOTACIÓN POST-CONSULTA POPULAR EN EL CHOCÓ ANDINO¹**

**MINING CONCESSIONS: A STUDY OF OWNERSHIP AND EXPLOTATION
POST-REFERENDUM IN THE ANDEAN CHOCÓ**

José Ignacio Benalcázar Falconí²

joseibenalcazar@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo aborda la contraposición entre los derechos de los inversionistas mineros y los derechos de participación ciudadana. El análisis se enfoca en los resultados del proceso de consulta popular para minería metálica en el Chocó Andino y su tensión con los derechos adquiridos de los inversionistas. El objetivo del trabajo es determinar el estado de esos derechos mineros en el Chocó Andino, después de la consulta popular. A partir de esta premisa este ensayo realiza un balance que pretende verificar que , los derechos de los inversionistas no se deben ver afectados por los resultados de una consulta popular, basándose en la seguridad jurídica, principio de irretroactividad y los límites de la democracia.

PALABRAS CLAVE

Participación ciudadana, Derechos Adquiridos, Minería.

ABSTRACT

This paper deals with the contraposition between the rights of mining investors and the rights of democratic participation. The analysis focuses on the results of the referendum process for metallic mining in the Andean Chocó and its tension with the acquired rights of investors. The objective of the paper is to determine the status of these mining rights in the Andean Chocó after the referendum. Based on this premise, this essay makes a balance that intends to verify that the rights of investors should not be affected by the results of a popular consultation, based on legal certainty, the principle of non-retroactivity and the limits of democracy.

KEY WORDS

Citizen participation, Acquired Rights, Mining.

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 Víctor Cabezas Albán.

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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 24 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 24 de noviembre de 2023

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO NORMATIVO. - 3 MARCO TEÓRICO. - 4. ESTADO DEL ARTE. - 5. ¿QUÉ ES EL CHOCÓ ANDINO? - 5.1. LA MINERÍA EN EL CHOCÓ ANDINO. – 5.2. PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONSULTA POPULAR EN EL CHOCÓ ANDINO. – 6. ¿CÓMO SE ARMONIZAN LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS INVERSIONISTAS CON LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DE UNA CONSULTA POPULAR? – 6.1. LA AFECTACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA. – 7. ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS INVERSIONISTAS MINEROS, POST CONSULTA DEL CHOCÓ ANDINO? – 8. CONCLUSIÓN. – 8.1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA. – 8.2. LA SEGURIDAD JURÍDICA, EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. 8.3. LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA.

1. Introducción:

El Ecuador posee potencial para convertirse en uno de los mayores exportadores de productos derivados de la minería a nivel mundial³. A diferencia de otros países de la región donde la producción está desacelerando, Ecuador conserva reservas minerales intactas y prometedoras⁴. La minería es una de las industrias esenciales para el fortalecimiento de la economía ecuatoriana. Según datos del segundo trimestre de 2023 presentados por el Banco Central del Ecuador, las industrias de extracción de petróleo y minas conforman el 12.3% del índice de la actividad económica coyuntural⁵.

La minería, como industria extractiva, genera polémica y controversias por su rastro dejado en la naturaleza y por los conflictos socio ambientales⁶. En ocasiones

³ Ver, María Corral, “Análisis de mercado para la exportación de concentrado de cobre ecuatoriano hacia la República Popular de China”, *Universidad de las Américas* (2013), 2.

⁴ *Id.*, 3

⁵ Banco Central, “BOLETÍN DEL ÍNDICE DE ACTIVIDAD ECONÓMICA COYUNTURAL”, *IDEAC Boletín trimestral No. 41* (Cuarto trimestre 2022), 1.

⁶ Ver. Marcelo Vásquez; Leonardo Torres, “Minería en el Ecuador: sostenibilidad y licitud”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 6 (2018), 1.

el giro de negocio minero puede afectar ecosistemas, que por sus condiciones biológicas son sensibles a este tipo de actividades⁷. La controversia que surge de las actividades mineras tiene la capacidad de cambiar panoramas políticos y afectar derechos establecidos previamente. Un ejemplo fue la Consulta Popular llevada a cabo el 20 de agosto de 2023, en la cual se trató el asunto de la explotación minera metálica en el Chocó Andino. Los votantes decidieron prohibir la minería metálica en distintas escalas dentro de la zona⁸.

El referido proceso de decisión ciudadana deja en duda cuál es el estado actual de los derechos de inversionistas mineros en las concesiones mineras ya otorgadas. Surge una contra posición entre los derechos otorgados a los inversionistas mineros y los derechos de participación ciudadana ejercidos mediante el voto. Con los resultados del sufragio es importante plantear el siguiente cuestionamiento ¿Cuál es el efecto de los resultados de la consulta popular del Chocó Andino en los derechos adquiridos de los inversionistas titulares de concesiones mineras?

En el presente trabajo se abordará la interrogante bajo la premisa que, a pesar del pronunciamiento de la consulta popular, no tiene efectos retroactivos y no debe acarrear un menoscabo o afectación para los derechos ya otorgados a los concesionarios mineros en el sector. La estructura para abordar el problema jurídico será, en primer lugar, analizar el contexto de la industria minera en el Chocó Andino y los antecedentes del proceso de consulta popular. A partir de eso el objetivo es, explorar la relación y armonización entre los derechos de los inversionistas mineros y los derechos de participación ciudadana. Esto implica un análisis del marco constitucional, doctrinario y jurisprudencial para identificar la esencia del conflicto. En tercer lugar, se pretende puntualizar el estado actual de los derechos de los inversionistas luego de la consulta popular. Se incluirá una revisión de jurisprudencia local y extranjera relacionada con los derechos de los inversionistas en tensión con procesos de participación ciudadana. Con estos puntos resueltos de manera integral,

⁷Ver. William Sacher, “Revisión crítica parcial del “ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LA FASE DE BENEFICIO DEL PROYECTO MINERO DE COBRE MIRADOR” de la empresa Ecuacorriente, Ecuador.”, *Centro legal de defensores del medio ambiente: acción ecológica* (2011), 5.

⁸Daniela Guerra, Julián Soria y Josué Veloz, “Consulta popular: Explotación de minería metálica en la Mancomunidad del Chocó Andino”, *Faro: Investigación y acción colectiva* (2023), 2.

se contará con los elementos suficientes para responder la pregunta planteada en relación con el problema jurídico.

2. Marco Normativo

Dentro del presente apartado el objetivo será establecer las bases legales aplicables que regulan los resultados de la consulta popular sobre el Chocó Andino y su afectación en los derechos adquiridos por los inversionistas que ostentan títulos de concesiones minera. Se analizarán las leyes locales aplicables a la controversia y jurisprudencia internacional. A su vez el apartado abarcará material que permita profundizar en la discusión y expandir el tema en cuestión con la intención de entender las obligaciones que pudieron haber surgido por la consulta popular.

El artículo 1 de la Constitución es relevante ya que se establece la propiedad inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado sobre los recursos naturales no renovables.⁹ Una vez establecida la hegemonía estatal sobre los recursos es importante remitirse al artículo 408 de la mencionada norma, donde se establece el aprovechamiento de recursos por parte de entidades distintas al Estado. Las entidades pueden participar en la explotación siempre y cuando el Estado reciba beneficios derivados de dicha exploración, y los mismos no pueden ser inferiores a los de la entidad que los explota. Así mismo es crucial recalcar que el mismo artículo señala que la utilización de los recursos no renovables debe cooperar a mejorar las condiciones de vida digna¹⁰. El artículo 9 de la Constitución, se cita el deber estatal de proteger los derechos para personas extranjeras, como es el caso de muchos inversionistas mineros. Este artículo concede protección jurídica e igualdad ante la ley¹¹. En el artículo 313 de la Constitución, se establece la capacidad estatal para gestionar los sectores estratégicos. El artículo presenta una lista de actividades de interés que son calificadas como sectores estratégicos, entre estas se incorporan los recursos naturales no renovables y la biodiversidad¹². Adquiere importancia considerar los artículos 103, 104 y 106 de la constitución ya que en estos se detalla la participación ciudadana a través de la consulta popular.¹³

⁹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021. 1.

¹⁰ *Id.*, 408

¹¹ *Id.*, 9

¹² *Id.*, 313

¹³ *Id.*, artículo 103;104;105 y 106

Es significativo para el escrito reconocer el artículo 27 de la Ley de Minería, donde se establecen las etapas de un proceso minero. En el transcurso de estas fases las empresas deben cumplir ciertos requisitos, ya que asumen obligaciones¹⁴. El artículo 30 de la Ley de Minería define la concesión minera, siendo crucial para el tema, debido a que en esta esfera se incluyen los derechos adquiridos por los inversionistas¹⁵. El artículo 31 de la mencionada ley posee relevancia en relación a la adquisición de derechos por parte de inversionistas, dado que en él se establece el alcance de los derechos obtenidos por los concesionarios mineros:

“El título minero sin perder su carácter personal *confiere a su titular el derecho* exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.”¹⁶ (énfasis agregado)

Este artículo engloba la materia del presente trabajo, ya que puntualiza las atribuciones que obtienen los titulares de derechos mineros.

3. Marco teórico:

Este trabajo presenta en debate dos posiciones. Por un lado, la posición que sostiene que la consulta popular sobre la explotación minera metálica en el Chocó Andino no afecta los derechos otorgados a titulares de derechos mineros. Por otro, dado que la manifestación de la voluntad del pueblo se sobrepone a los derechos adquiridos y se opone a que la minería avance en las zonas ya concesionadas estas concesiones quedarían insubsistentes de pleno derecho. Así, según Vascones Carrasco, los dos planteamientos mencionados sobre sostenibilidad ayudan a ubicar a los intervinientes en el debate sobre la minería en el Ecuador, los que apoyan la industria minera, aceptan los impactos ambientales; mientras que, quienes están en contra defienden el medioambiente y no aceptan ningún tipo de afectación¹⁷. Estos dos planteamientos se vieron claramente enfrentados durante la consulta popular del Chocó Andino.

¹⁴ Artículo 27, Ley de Minería, R.O. 517, de 29 de enero de 2009, reformada por última vez R.O. Suplemento 602 de 21 de diciembre de 2021.

¹⁵ *Id.*, 30

¹⁶ *Id.*, 31

¹⁷ Marcelo Vásconez; Leonardo Torres, “Minería en el Ecuador: sostenibilidad y licitus”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* 6 (2018), 48-59.

La Constitución del 2008, en el artículo 1 y artículo 480, dota al Estado ecuatoriano de la potestad de goce y dominio absoluto sobre los recursos naturales no renovables¹⁸. Para el goce de aquellos recursos el Estado puede dotar de derechos a empresas inversionistas para que puedan realizar actividades mineras. Con la consulta popular sobre la minería en el Choco Andino, surgen interrogantes acerca del estado de los derechos adquiridos y la titularidad de las concesiones ya otorgadas a empresas mineras dentro de dicho territorio. Como se ha mencionado, existen dos posturas al respecto del estado jurídico de las concesiones otorgadas y ahora en duda por los resultados de la consulta popular.

La primera postura sostiene la permanencia de los derechos adquiridos a pesar de la consulta sobre el Chocó Andino. Esta postura se fundamenta en el principio jurídico de la irretroactividad que es un fundamento de la seguridad jurídica recogida en la Constitución. La Corte Constitucional al respecto indica que la seguridad jurídica actúa como pilar sobre el cual se asienta la confianza de los individuos en cuanto a los actos y decisiones de las instituciones¹⁹. A su vez la seguridad jurídica se puede encontrar en el Código Civil que establece que “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”²⁰; a su vez, esta postura argumenta el deber constitucional de proteger los actos y relaciones que se afianzaron de manera regular. Parte de la protección jurídica implica asegurar que los derechos adquiridos no van a ser arrebatados por una decisión posterior que cambie las condiciones originales mediante las cuales se adquirieron dichos derechos²¹. En relación a lo anterior, Zavala Egas indica que “el Estado se limita a reconocer y garantizar los derechos a las personas, lo cual implica una afirmación de los derechos como inherentes a las persona vinculada con la sociedad [...]”²². Con eso, se denota el deber estatal de vigilar los derechos previos de los inversionistas incluso con los resultados de la votación. La delimitación de los derechos sólo puede ser aplicada de manera regulada, y debe ser específica para cada derecho en particular²³. Por esta razón, las personas jurídicas y naturales que ostentaban derechos mineros previo a la consulta,

¹⁸ . Artículos 1-408, Constitución de la República del Ecuador, 2008

¹⁹ Ver, Causa No. 0016-13-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de mayo de 2013, pág.15

²⁰ Ver, Artículo 7, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 15 de 14 de marzo de 2022.

²¹ Ver, Ángela Amaya, “Los derechos adquiridos frente a la protección del medio ambiente: análisis de dos casos puntuales”, en *Derecho privado y medio ambiente*, ed.de O. Amayas 1st ed (Universidad Externado de Colombia 2017) 57-70.

²² Jorge Zavala, *Derecho Constitucional Tomo II* (Quito: Edino,2002), 112.

²³ *Id.*, 113.

no deberían tener impedimento al momento de continuar en las fases mineras previstas en el artículo 27 de la ley de minería²⁴.

La segunda postura radica en la Constitución²⁵ y la voluntad popular que otorga la hegemonía de poder al Estado. Esta postura sostiene que, a pesar de los derechos previamente otorgados, la voluntad soberana debe primar sobre estos. Para Oyarte “una de las ventajas de la consulta popular radica, precisamente, en la participación del pueblo soberano en decisiones importantes que, eventualmente, le afectarán”²⁶, como es el caso del proceso del Chocó Andino una decisión de interés general impulsada por la democracia directa. Además, dentro de esta postura gana mucha relevancia el interés superior de protección de la naturaleza referido en la Constitución. A su vez, esta posición apoya la importancia de la participación ciudadana como un factor determinante en la permanencia de los derechos adquiridos en la explotación de recursos no renovables, al respecto, Correa y Luna exponen que:

No se puede hablar de la consolidación de derechos adquiridos, cuando múltiples autoridades, en virtud del principio de concurrencia y del derecho de participación ciudadana, entran a definir la permisibilidad o no de las actividades mineras en un determinado territorio²⁷.

Como puede apreciarse, para esta postura, las empresas mineras no califican como sujetos titulares de derechos adquiridos, ya que, sin la voluntad del pueblo, estos entes no pueden ser titulares de derechos mineros. El apuntalamiento de los derechos adquiridos en actividades mineras no puede relegar a un segundo plano la participación directa de los ciudadanos. Esta perspectiva realza la importancia de la participación ciudadana al momento de tomar decisiones alrededor de la industria minera y cuestiona la titularidad de derechos mineros donde no se consideró el aspecto participativo de los individuos con intereses.

4. Estado del arte

La presente sección se enfocará en el desarrollo doctrinario relacionado alrededor del tema principal de este trabajo. Por la pertinencia del tema en la región se

²⁴ Artículo 27, Ley de Minería.

²⁵ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador.

²⁶ Rafael Oyarte, “La Consulta Popular”, en *Temas de Derecho Constitucional* (Quito: Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2003), 314.

²⁷ Luna; Correa, “Inexistencia de derechos adquiridos: títulos mineros vigentes en áreas posteriormente declaradas excluibles de minería”, *Revista de Derecho Público* 34 (2015), 6.

han desarrollado doctrinas que buscan abordar la complejidad de los derechos adquiridos por inversores en el ámbito minero. Es de vital importancia la revisión de literatura para abordar el tema de los derechos adquiridos por inversionistas después de los resultados sobre el Chocó Andino. La literatura que se revisará incluye diversos puntos de vista y soluciones para abordar el problema jurídico de los derechos adquiridos por inversionistas en el sector minero; luego, en este trabajo, se contrastará su validez y aplicabilidad bajo el contexto normativo ecuatoriano.

En el artículo “Inexistencia de derechos adquiridos: títulos mineros vigentes en áreas posteriormente declaradas excluibles de minería” se abordan puntos de vista relevantes para el desarrollo de este trabajo. En este artículo las autoras, Luna Gálvez y Correa Sánchez, exponen “la tensión que existe entre dos actividades de interés público: la actividad minera y el deber de protección de las áreas de especial importancia ecológica”²⁸. De igual manera, se aborda el cuestionamiento sobre si la obtención de un título minero y licencia ambiental en Colombia constituye una adquisición de derechos por parte de los concesionarios. Las autoras exponen puntos sobre la relevancia de los derechos de la naturaleza y como estos se contraponen con los posibles derechos adquiridos por concesionarios mineros.

Juan Carlos Peñafiel en su artículo “Inversiones mineras sin protección jurídica”, aborda el gran inconveniente que los inversionistas del gremio minero afrontan al momento de desarrollar sus actividades en el Ecuador. Peñafiel indica

En el Ecuador una de las grandes necesidades de todo proceso de inversión extranjera directa (IED) es su protección jurídica. Esta protección normalmente ha sido insuficiente en cortes nacionales debido a sus altos índices de corrupción, falta de sofisticación de jueces y largos tiempos en la resolución de las causas.²⁹

El artículo cita la existencia de los contratos de protección de inversiones, que celebran inversionistas con el Estado, con el objetivo de obtener un cierto nivel de seguridad jurídica. Contextualizando en la consulta del Chocó Andino, es importante analizar la materialización de la protección jurídica en la realidad.

La determinación de la propiedad del subsuelo es necesaria para entender la extensión de los derechos adquiridos por inversionistas y los derechos otorgados por el

²⁸ *Id.*, 8

²⁹ Juan Herrera-Quengan, “Inversiones Mineras Sin Protección Jurídica”, *Review Legal Industry* 11 (2023), 36.

Estado. En el artículo “¿Quién es dueño del subsuelo?”, de Enrique Ghersi, se aborda la relevancia de la propiedad del suelo en la explotación minera. Esto se relaciona a la problemática jurídica debido al papel que dicha propiedad juega en la delimitación de los derechos concedidos a los inversores.

Muchos autores de la región han identificado el problema de la inseguridad jurídica en el sector minero. Christian López, afirma que la realidad actual del sector minero presenta condiciones que pueden definir la estabilidad de la industria³⁰. De esta manera, López aborda el problema de la seguridad jurídica a través del principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, recalcando la importancia de que estos principios sean aplicados bajo la óptica del cumplimiento contractual con empresas concesionarias³¹.

5. ¿Qué es el Chocó Andino?

Para responder a la problemática jurídica, es fundamental aclarar que es el Chocó Andino. Es una zona en el noroccidente del distrito metropolitano de Quito. Esta región se encuentra compuesta por las parroquias rurales Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Guala y Pacto³². Esta zona fue declarada reserva biosfera por la UNESCO el 25 de julio de 2018,

“La nueva Reserva de Biósfera Chocó Andino de Pichincha, tiene una extensión de 286.805,534 hectáreas, lo que representa el 30.31% del territorio de la provincia de Pichincha; ubicado en Quito, San Miguel de los Bancos y Pedro Vicente Maldonado, entre las alturas de 360 y 4.480 metros sobre el nivel del mar”.³³

Según la ordenanza No.137 emitida por el municipio de Quito, el Chocó Andino se caracteriza por su biodiversidad y especies endémicas. Esta zona se encuentra categorizada como área de preponderancia para la conservación en el país, debido a que tiene un sistema hídrico extenso. El Chocó Andino cuenta con microcuencas que son idóneas para el consumo local y abastecen de agua potable a los barrios del noroccidente

³⁰ Christian López, ¿Seguridad jurídica en el sector minero? Una aproximación desde el principio de coordinación. *Revista Misión Jurídica*, 12, (2019), 263 - 280.

³¹ *Id.* 1.

³² No.0137 Ordenanza por la cual se establece como un área de importancia ecológica, cultural y de desarrollo productivo sostenible a los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Guala Y Pacto” *Consejo Metropolitano de Quito*, sancionada el 1 de septiembre de 2016, 1.

³³ Gobierno del Ecuador. (2019). Chocó Andino de Pichincha, la nueva Reserva de Biósfera en Ecuador. Ministerio de Turismo. Recuperado el 5 de mayo de 2023

de Quito³⁴. En consecuencia, es un territorio de inmensa relevancia ecológica, distinguiéndose por ser un punto valioso de biodiversidad. Además, su pertinencia va más allá de la naturaleza, ya que aloja vestigios históricos con la existencia de 320 sitios arqueológicos de la cultura precolombina Yumbo³⁵.

En virtud de sus recursos naturales el Chocó Andino goza de importancia para el sector productivo del país. En el sector existen diversas áreas de producción, entre ellas la ganadería, agricultura, tala, minería, entre otras. También, se ubican diferentes yacimientos que pueden ser objeto de actividades mineras.

5.1. La minería en el Chocó Andino

En este territorio existen doce concesiones mineras, de las cuales once son de minería metálica y una de materiales áridos y pétreos. Esta última no entra en el ámbito de aplicación de la consulta popular analizada. Las 11 concesiones otorgadas para minería metálica presentes en el Chocó Andino están clasificadas en cuatro clases: artesanal, pequeña minería, mediana minería y minería a gran escala³⁶.

La minería artesanal tiene como objeto el amparo de personas cuyo sustento de vida es la extracción de minerales en escaso volumen, se enfoca en unidades económicas populares y emprendimientos. Cabe señalar que, para la extracción artesanal, no se contempla el método de minería a cielo abierto³⁷. La pequeña minería es notable en el país debido a su volumen, numerosos minerales son extraídos bajo esta clase de concesión³⁸. Además, en la pequeña minería se contempla actividades a cielo abierto. Tanto la pequeña minería como la minería artesanal tienen prohibido tener como accionista o socios a empresas extranjeras³⁹. La minería a mediana escala se diferencia de las fases anteriores por tener autorización para procesar los minerales, mayores volúmenes de inversión y yacimientos de mayor tamaño. Asimismo, la minería a gran escala engloba actividades que superan los volúmenes de las clases anteriores,

³⁴ No.0137, Ordenanza por la cual se establece como un área de importancia ecológica, cultural y de desarrollo productivo sostenible a los territorios de las parroquias de Nono, Calcaclí, Nanegal, Nanegalito, Guala Y Pacto” *Consejo Metropolitano de Quito*, 1 de septiembre de 2016, 16.

³⁵ Valeria Sorgato, “Conoce el Chocó Andino, la séptima reserva de la biósfera de Ecuador”, *Mongabay* 23 (2018), 4.

³⁶ 1-21-CP/21, Corte Constitucional, 23 junio de 2021, pg. 10.

³⁷ Artículo 134 y siguiente innumerado, Ley de Minería.

³⁸ Fabián Sandoval Moreno, “El desarrollo del sector minero contemporáneo en el Ecuador”, *International Institute for Environment and Development* (2011), 1-15.

³⁹ Artículo 31, Ley de Minería.

caracterizándose por el uso de tecnología avanzada y productos altamente refinado⁴⁰. Por otra parte, la determinación de la clase de minería se basa en el volumen de producto extraído⁴¹. Estas distintas clases de minería metálica se pueden hallar en los diferentes proyectos extractivos presentes en la zona del Chocó Andino.

Los derechos de los inversores mineros conllevan obligaciones ambientales que se deben tener en cuenta. Por ese motivo, las empresas están sujetas a controles ambientales establecidos en la ley de minería, su reglamento y la Constitución. La Constitución, en el título 6, expone la importancia del desarrollo sostenible en actividades económicas para garantizar el buen vivir, “[...] Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la ley. [...]”⁴². La mencionada Ley de Minería establece que el aprovechamiento de los recursos naturales debe siempre tener en consideración los principio de desarrollo sustentable y sostenible⁴³. A su vez muchas empresas mineras son participes y promotoras de la aplicación de normas y principios internacionales como los dictaminados por el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM), esto busca un desarrollo sostenible en las áreas en las que se desarrollan las actividades mineras. El principio 6 del ICMM establece “Desempeño Ambiental: Buscar una mejora continua en asuntos relacionados con el desempeño ambiental, como la gestión del agua, el uso de energía y el cambio climático.(traducido)”⁴⁴. Se evidencia que, la industria incorpora estrictos principios y leyes a nivel nacional e internacional que demuestran su compromiso con el desarrollo sostenible del ámbito ambiental.

5.2. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la consulta popular en el Chocó Andino

Una vez ubicado el contexto ambiental y minero dentro del territorio del Chocó Andino, es importante analizar los antecedentes jurídicos que llevaron al proceso de consulta popular del 20 de agosto de 2023. La consulta popular tuvo un intento previo de llevarse a cabo, mediante demanda número 12CP-31367, englobada en el proceso número 1-21 CP⁴⁵. Mediante dictamen No. 1-21-CP/21, con fecha 23 de junio de 2021, la Corte

⁴⁰ Ana Luisa Morales, “Curso Cierre de Minas”, *Comisión económica para américa latina y el caribe 1* (2021), 4.

⁴¹ Artículo innumerado después del 138, Ley de Minería

⁴² Artículo 277, Constitución de la República del Ecuador.

⁴³ Artículo 16, Ley de Minería.

⁴⁴ International Council on Mining and Metals. “Mining Principles” *Performance Expectations (2023)*, 8.

⁴⁵ Demanda 12CP-31367. Presentada ante la corte constitucional del Ecuador; 29 de marzo 2021

declaró que la propuesta de consulta popular no cumplió con los requisitos previstos en la ley, por lo que negó y archivó la propuesta.

Tras el archivo de la propuesta, se presentó otra demanda ante la Corte Constitucional el 27 de septiembre de 2021⁴⁶. El nuevo petitorio de constitucionalidad fue impulsado por el grupo de organizaciones, colectivos e individuos “Quito sin minería”⁴⁷. En la demanda presentada, los solicitantes tienen como objeto principal que se emita el mencionado dictamen de constitucionalidad para la consulta popular del Chocó Andino, originada por iniciativa ciudadana.

La causa fue asignada el número 7-21 CP y fue sorteada a la jueza Carmen Corral. A su vez mediante escrito presentado el 27 de octubre de 2021, los ciudadanos Alberto Loza y Ruth Arciniegas, solicitan a la Corte Constitucional el dictamen previo de constitucionalidad para consulta popular por iniciativa ciudadana, la causa se asigna con el número 8-21 CP y fue sorteada el 10 de noviembre a la jueza Teresa Nuques⁴⁸. El 1 de diciembre de 2022 se acumularon las causas 7-21-CP y 8-21-CP por guardar identidad objetiva entre ellas. La jueza Carmen Corral presentó un proyecto de dictamen que no alcanzó los votos necesarios para su aprobación por lo que la causa fue sorteada nuevamente. Es así como, el 03 de enero de 2023 el juez constitucional Agustín Grijalva avocó conocimiento de la causa 7-21-CP y acumulados.

El examen de constitucionalidad realizado por la Corte resalta que las dos causas mencionadas *ut supra* cuentan con la misma redacción, tanto en los considerandos, como en el objeto de las preguntas, es por tal motivo que el análisis constitucional fue unificado⁴⁹. Basándose en dictámenes previos, la Corte indica que no existe prohibición constitucional para plantear una consulta popular sobre explotación de recursos naturales no renovables como la minería^{50,51}. En el dictamen 1-21 CP se estableció la necesidad de

⁴⁶ La demanda se sustentó en el artículo 104 de la Constitución, donde se establece que la ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier tema. El artículo asimismo, indica que en temas de carácter local el petitorio deberá contar con un respaldo de al menos diez por ciento del correspondiente registro electoral⁴⁶. En la demanda se recalca el dictamen constitucional No. 1-19-CP/19 emitido el 04 de diciembre de 2019, el mismo indica que ante pedido de dictamen previo de constitucionalidad sobre procesos de consultas populares, la Corte Constitucional, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas⁴⁶. Por ese motivo, los comparecientes presentan la demanda, sin la necesidad de contar con el amparo del 10 por ciento de firmas del registro electoral local.

⁴⁷ Quito sin Minería, “¿Quiénes somos?”, *Colectivos y poblaciones noroccidente de quito* (2022), 1.

⁴⁸ Sentencia No. 7-21-CP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de enero de 2022, 4.

⁴⁹ *Id.*, 4.

⁵⁰ *Ver*; Dictamen No. 2-19-CP, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de junio de 2019, 34.

⁵¹ *Ver*; Dictamen No. 9-19-CP, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de diciembre de 2019, 21.

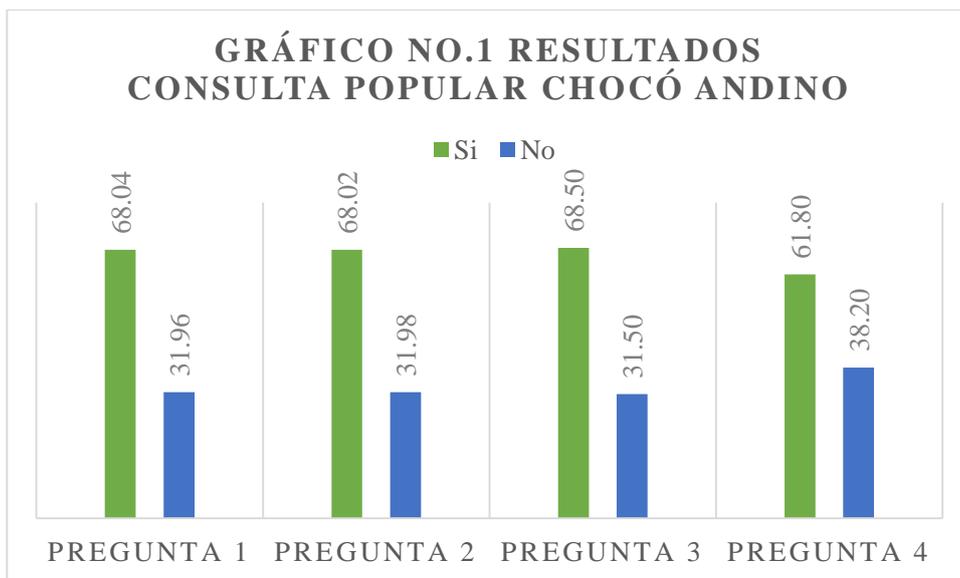
congruencia entre los votantes a los que se dirige la consulta y el nivel de gobierno que la afecta⁵². La Corte indica que a pesar de que hay competencias nacionales, las localidades pueden decidir sobre actividades como la minería. De esta forma, la Corte Constitucional emitió dictamen favorable de constitucionalidad a los casos 7-21-CP y 8-21-CP y determinó que el ámbito de aplicación de la consulta incluye a los habitantes del Distrito Metropolitano De Quito. Las cuatro preguntas que se consultaron a la ciudadanía fueron las siguientes:

- I. ¿Está Usted de acuerdo con que se prohíba la explotación de minería metálica de escala artesanal dentro del Área de Importancia Ecológica, Cultural y de Desarrollo Productivo Sostenible conformada por los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino?
- II. ¿Está Usted de acuerdo con que se prohíba la explotación de minería metálica a pequeña escala dentro del Área de Importancia Ecológica, Cultural y de Desarrollo Productivo Sostenible conformada por los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino?
- III. ¿Está Usted de acuerdo con que se prohíba la explotación de minería metálica a mediana escala dentro del Área de Importancia Ecológica, Cultural y de Desarrollo Productivo Sostenible conformada por los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino?
- IV. ¿Está Usted de acuerdo con que se prohíba la explotación de minería metálica a gran escala dentro del Área de Importancia Ecológica, Cultural y de Desarrollo Productivo Sostenible conformada por los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino?⁵³

A *posteriori* del control constitucional, se llevó a cabo la consulta popular. Durante las elecciones anticipadas llevadas a cabo el 20 de agosto de 2023, los votantes del Distrito Metropolitano de Quito decidieron sobre la minería metálica en el Chocó Andino. En las cuatro preguntas, resultó ganador el “sí”, prohibiendo así la emisión de nuevas concesiones mineras en el área. El siguiente grafico ilustra los resultados de la votación en porcentaje de votos:

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 1-21-CP de 23 de junio de 2021

⁵³ Ver; Sentencia No. 7-21-CP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de enero de 2022.



Fuente: Elaboración propia, a partir de datos oficiales del Consejo Nacional Electoral⁵⁴

Pese a que la voluntad del electorado para prohibir la actividad minera en el Chocó Andino está clara, los resultados de la consulta proyectan la interrogante sobre el estado de los derechos existentes en las once concesiones ya otorgadas. Al respecto de los derechos de los inversionistas, es preciso considerar la coherencia entre el conflicto de derechos y como estos afecta a la situación jurídica futura de los proyectos establecido en el área.

6. ¿Cómo se armonizan los derechos adquiridos por los inversionistas con los derechos de participación ciudadana de una consulta popular?

Como se recalcó en el anterior capítulo, existen concesiones mineras activas otorgadas previo al pronunciamiento electoral. En el presente capítulo se explorará cómo interactúan los derechos adquiridos por inversionistas en la industria minera con los derechos de la democracia participativa.

Para contextualizar es importante ubicar, enmarcar que son y qué implican los derechos de inversionistas. Los inversionistas mineros optan por dirigir recursos e invertir en el Ecuador basándose en que tiene legislación constitucional, aquella que debe caracterizarse por su legalidad, vigencia y transparencia⁵⁵. Los titulares de concesiones esperan solidez del ordenamiento, su constante y rígida aplicación en los aspectos relacionados al gremio minero⁵⁶. Una de las características elementales de la minería

⁵⁴ Consejo Nacional Electoral, “Resultados Consultas Populares: Yasuní y Chocó Andino”, (2023), Recuperado de: <https://resultados.cne.gob.ec/>.

⁵⁵ Causa No 1-21-CP, Corte Constitucional de Ecuador, *Amicus coriae*, Newcrestecuador S.A., (2021).

⁵⁶ *Id.*, 18.

responsable en la región es su subsistencia lo largo del tiempo, respaldada por los gobiernos y legislaciones cambiantes. Esta estabilidad es indispensable para el desarrollo sostenible de la industria⁵⁷. Para Kunt, la creación de incentivos para la inversión y la permanencia del respeto hacia los derechos de propiedad, cambian el contexto instruccional y orientan al país al crecimiento económico⁵⁸. A su vez la minería es una actividad lícita, reconocida y normada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, además de tener la declaratoria de ser una actividad de utilidad pública en todas sus fases⁵⁹.

En la Ley de Minería se ratifica el dominio del Estado sobre las minas y yacimientos, la explotación de los recursos no renovables se desarrollará en función de los intereses nacionales y puede ser delegado a través del otorgamiento de derechos mineros⁶⁰. El artículo cuatro de la ley indica que las concesiones mineras son actos administrativos que otorgan derechos a los titulares mineros, el Estado es el encargado de administrar, controlar y gestionar el desenvolvimiento de la industria minera⁶¹. Según el artículo 17 de la Ley previamente mencionada son derechos mineros “aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos [...]”⁶². La concesión minera es el vehículo mediante el cual los inversionistas adquieren derechos mineros a través de títulos. El artículo 30 de la Ley de Minería establece que el Estado tiene la potestad de encomendar la participación en el ámbito minero a través de las concesiones. El título minero constituye un derecho personal, este derecho es transferible previo cumplimiento de los requisitos de ley⁶³. A partir de lo mencionado se desprende que el estado puede encomendar la intervención en los sectores estratégicos a inversionistas privados con el aval de la ley.

Al ser la concesión un acto administrativo individualizado que otorga el título minero a un inversionista específico este cuenta con ciertas cargas. El cumplimiento de todas las condiciones establecidas por la ley por parte del concesionario minero genera protección al proceso de explotación⁶⁴. El cuidado de los derechos y seguridad jurídica

⁵⁷ María Pilar Bueno, “La Política Minera En La Argentina Y El Modelo Extractivista.” *Foro Internacional* 54, no. 1 (2014): 106.

⁵⁸ Sandra Kuntz, “El Estado Y La Era De Las Exportaciones.” *Las Exportaciones Mexicanas Durante La Primera Globalización (1870-1929)*, 1st ed, El Colegio de Mexico, (2010), 37–40.

⁵⁹ Artículo 15, Ley de Minería.

⁶⁰ *Id.*, 16.

⁶¹ *Id.*, 4.

⁶² *Id.*, 17.

⁶³ *Id.*, 30.

⁶⁴ David Cuneo Alendez, “Las Obligaciones Mineras: La Producción Mínima, El Derecho de Vigencia, La Penalidad y Críticas a su Regulación”, *Derecho & Sociedad* 45 (2015), 343-352.

de los inversionistas se encuentra recogido Código Orgánico Administrativo donde se ampara la presunción de legitimidad de los actos administrativos⁶⁵. La legitimidad del acto otorga confianza al inversionista minero, ya que el título otorgado no va a ser revocado arbitrariamente y va a poder ser utilizado para su finalidad prevista. Al respecto la Corte Constitucional señala que

“[...] la seguridad jurídica comprende tanto un ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro”⁶⁶

Por la naturaleza del giro de negocio minero, las concesiones se entregan con plazos de hasta 25 años, con la opción de renovación en periodos iguales⁶⁷. El prolongado período de duración de las concesiones marca el valor de la previsibilidad de los actos administrativos que regulan el alcance de sus derechos.

Una vez expuesto el contexto de los derechos de los inversionistas, para referirnos al problema jurídico es esencial señalar la interacción que estos derechos tienen con los derechos de participación ciudadana. En el tema de investigación del presente trabajo existe un choque que genera incertidumbre entre los dos derechos, por cuanto es necesario indicar que derecho prima con el objetivo de mantener la congruencia del ordenamiento jurídico. Para realizar este análisis es importante referirnos a casos similares donde estos derechos se vieron en conflicto.

6.1. La afectación a la seguridad jurídica

Uno de los principales problemas entre los derechos de participación ciudadana y los derechos de los inversionistas, es la potencial violación a la seguridad jurídica surgida a raíz de una prohibición de la actividad minera por una consulta popular que impacta súbitamente la situación legal de las empresas. La seguridad jurídica establece legítimas expectativas de certeza sobre las leyes vigentes, entonces los inversionistas están en su derecho⁶⁸ de avanzar en las fases mineras dispuestas en el

⁶⁵ Código Orgánico Administrativo. Artículo 229. Registro Oficial Suplemento No. 31 del 7 de julio del 2017.

⁶⁶ Sentencia No. 5-19-CN/19, Corte Constitucional, 18 de diciembre de 2019, párr.21.

⁶⁷ Artículo 36, Ley de Minería.

⁶⁸ Causa No. 1-20-CP, Corte Constitucional de Ecuador, *Amicus curiae*, Anglo-American Ecuador S.A., (2021).

artículo 31 de la ley de minería⁶⁹. Los inversionistas tienen el derecho a recibir beneficios de los excedentes de ingresos una vez cumplidas sus obligaciones, lo que garantiza la protección de un posible retorno de su inversión debido a la realización de sus actividades⁷⁰. Este planteamiento no debe ser afectado por un proceso de votación popular, ofrecer una seguridad al plantear un marco previsible para el retorno de inversión, contribuyendo al bienestar social. Si una consulta atenta contra estas expectativas de avanzar en el curso esperado y normal de operaciones, surge la pregunta sobre qué derecho debe primar en estos casos y que sucede con los derechos otorgados de los concesionarios, en el caso que la consulta popular declare el cierre de las actividades mineras. A pesar que una votación prohíba las actividades mineras, estas están amparadas por un negocio jurídico previo, mediante el cual se otorgaron derechos contractuales, creando una obligación de cumplimiento para las partes involucradas⁷¹. El principio de conservación de los actos jurídicos “consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia”⁷². Bajo este principio, se debe priorizar las expectativas de permanencia de los inversionistas mineros en Chocó Andino. Por esta razón, la armonización entre la democracia participativa y los derechos de concesionarios mineros, no debe vulnerar la seguridad del ordenamiento, solo así se habilita el camino para determinar el estado jurídico actual de los derechos mineros en el Chocó andino.

Los derechos constitucionales actúan como un limitante al poder, este poder incluye el de elección democrática expresado a través de una consulta popular. Los derechos no deben ser aplicados sin restricciones, siempre y cuando se encuentren sujetos a límites explícitos⁷³. En el caso de la presente consulta popular hay una relación entre la decisión mayoritaria de los votantes y los derechos adquiridos de una minoría. Por más que un proceso cumpla los requisitos de ley y sea democrático si afecta los derechos fundamentales de terceros, su aplicación puede ser problemática. Ello, puesto que bajo el marco constitucional ecuatoriano las decisiones democráticas no son una carta en blanco, sino, más bien, una posibilidad limitada por los derechos constitucionales. Una decisión

⁶⁹ Artículo 31, Ley de Minería.

⁷⁰ Omar Chisari, Martín Rodríguez Pardina, Martín A. Rossi. “El Costo de Capital En Empresas Reguladas: Incentivos y Metodología.” *Desarrollo Económico* 38, no. 152 (1999), 953.

⁷¹ Ver. Guillermo Ospina, Eduardo Ospina, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (Bogotá: Editotial Temis, 2019), 164.

⁷² *Id.*, 476

⁷³ Hugo Tórtora, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Estudios constitucionales* 8 (2010), 1.

por más que tenga el respaldo en los votos de la ciudadanía no puede restringir derechos constitucionales previamente establecidos. La Constitución ampara el mencionado precepto en el artículo 11 numeral cuatro en el que establece que las normas jurídicas no tienen la capacidad de restringir las garantías y derechos recogidos en la constitución, de igual forma el inciso 8 del mencionado artículo establece la inconstitucionalidad de cualquier acto de carácter regresivo que anule injustificadamente el ejercicio de derechos⁷⁴. Es por eso que, en la armonización entre los derechos de participación ciudadana y los derechos adquiridos por inversionistas, la decisión de la mayoría se encuentra limitada por la esfera de los derechos constitucionales y un plebiscito no puede restringir los derechos fundamentales de minorías, según la sentencia No.11-18-CN/19

“Las normas [...] no deben ser convalidadas por procedimiento legislativo alguno ni aún por procesos de democracia directa. Una norma o práctica discriminatoria aprobada democráticamente estaría en contra de la obligación general de respetar y garantizar derechos sin discriminación, que consta en el artículo 3 (1) de la Constitución. En este sentido, "someter los derechos de las minorías a las decisiones de las mayorías no es constitucional ni acorde a un sistema democrático y por el contrario, agrava la situación de vulnerabilidad del grupo marginado y puede conducir a nuevas formas de discriminación.”⁷⁵

Es por tal motivo que el ejercicio de la participación democrática no debe atentar contra los derechos adquiridos de los inversionistas mineros, el derecho a votar sobre temas de interés en cierto territorio debe congeniar y subsistir sin atropellar derechos otorgados previamente.

La armonización entre los derechos adquiridos de los inversionistas y las consultas populares es un problema jurídico que se ha visto presente en varias legislaciones de la región. Es importante analizar como diferentes tribunales han manejado la problemática cuando los intereses de un plebiscito chocan con los derechos adquiridos. En Colombia tanto como en Ecuador se planteó la posibilidad de utilizar las consultas populares como un mecanismo para prohibir la actividad minera en jurisdicciones de municipios. El artículo número 6 del Acto Legislativo 01 de 1986 indica que se podrá realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de interés para los habitantes de distritos municipales⁷⁶. Si bien la Corte Colombiana reconoce la

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre 2008.

⁷⁵ Sentencia No. 11-19-CN/19, Corte Constitucional de Ecuador, 4 de diciembre de 2019, 247.

⁷⁶ Acto Legislativo No. 01. Diario Oficial 37304 del 10 de enero de 1986.

materialización del concepto de un gobierno “por el pueblo y para el pueblo”⁷⁷, destaca que el principio democrático se orienta hacia la concordancia en la forma de ejercer el poder político en una sociedad. Por lo que, la ciudadanía no solo tiene el derecho de participar en la democracia representativa, sino también el derecho a controlarla para evitar desconocer o restringir normas superiores⁷⁸. En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana indica que un acto de participación ciudadana debe ajustarse al principio de inmediatez y no buscar alterar condiciones de actos ya otorgado. Una vez otorgado un acto, este queda en firme; una decisión democrática no puede afectar lo juzgado⁷⁹.

El desarrollo legislativo y jurisprudencial de Colombia ha permitido regular las decisiones de procesos de participación ciudadana en asuntos de trascendencia nacional. Esta regulación y delimitación de los derechos de participación ciudadana ha logrado proteger los derechos e intereses de concesionarios mineros que han confiado su inversión a determinada zona. De esta manera, la Corte Constitucional colombiana armonizó los derechos de inversionistas y los derechos de participación ciudadana, a través de la aplicación del principio inmediación y manteniendo de las condiciones de los derechos otorgados. Con esta decisión tomada por la Corte colombiana, se ha creado un criterio que toma en consideración los derechos de participación ciudadana y los interpreta de tal manera que pueden coexistir sin invadir la esfera de los derechos adquiridos por inversionistas. Es primordial mantener este enfoque para obtener un estándar de seguridad jurídica y que al mismo tiempo se permita que las concesiones mineras sigan su curso normal de operaciones, esto resulta beneficioso para la estabilidad jurídica del país. De esta forma, se crea una respuesta que busca armonizar los intereses de la ciudadanía mientras se garantiza un medio ideal para la inversión en el ámbito minero.

Como se plasmó anteriormente los siguientes tres conceptos plantean la importancia del equilibrio coherente entre la participación ciudadana democrática y los derechos de los inversionistas en el sector minero. En primera instancia los procesos de consulta popular nunca pueden vulnerar los derechos de las minorías ni alterar sectores de interés nacional. Como segundo punto, los derechos de participación ciudadana no

⁷⁷ T-361/17, MADS v. Comité de Defensa del Páramo Santurbán, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, 30 de mayo de 2017, párr. 12.3.

⁷⁸ T-361/17, párr. 12.3.4.

⁷⁹ C-389/16, Santacoloma, Negrete V. Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, 27 de julio de 2016, párr. 13.

restringen principios reconocidos en normas superiores. En tercera instancia la democracia directa carece de la capacidad de modificar actos en firme, otorgados previamente. Con el antecedente de la seguridad jurídica, es valioso enfocar la discusión al caso particular del Chocó Andino, explorar el estado actual y a futuro de las concesiones mineras metálicas otorgadas en este territorio.

7. . ¿Cuál es la situación de los derechos adquiridos por los inversionistas mineros, post consulta del Chocó Andino?

Es importante determinar cuál es la afectación a las concesiones ya otorgadas *ex post* el proceso de participación ciudadana que culminó con la consulta popular. Para entender la situación actual de los inversionistas, es crucial acotar que la Alcaldía Metropolitana de Quito reconoce la minería como una actividad lícita tanto en la región del Chocó Andino como del resto del Distrito Metropolitano⁸⁰. En el contexto, la minería es una actividad fundamental en la productividad del Chocó Andino. Es por este motivo, que al ser actividades de minería metálica, deben ser preservadas a futuro, ya que fueron entregadas mediante actos administrativos lícitos.

Hay quienes argumentan que la manifestación de la participación ciudadana mediante consulta popular, tenía como intención la prohibición completa de la actividad minera en el Chocó Andino. Si las concesiones ya otorgadas continúan, se estaría violando la soberanía del pueblo recogida en el artículo 1 y 61 de la Constitución⁸¹. El pronunciamiento afirmativo a las preguntas plantea que se deba prohibir la explotación minera en la mancomunidad del Chocó Andino. El ministerio de Energía y Minas debe abstenerse de otorgar derechos mineros en los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto⁸². En relación a lo mencionado hay quienes argumentan que las concesiones que ya se encuentran otorgadas en el Chocó Andino, no deberían poder avanzar de fase, ya que los permisos necesarios constituirían un otorgamiento de nuevos derechos mineros. Esta postura se sustenta en la Ley de Minería, tomando el ejemplo del artículo 39 indica

El concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial, durante la vigencia del período de evaluación económica del yacimiento, su paso a la etapa de explotación y la consiguiente suscripción del Contrato de

⁸⁰ Plan Estratégico Metropolitano de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial Del Distrito Metropolitano de Quito.(2015-2025).

Cito la presente ordenanza porque refuerza la noción que los derechos adquiridos por los inversionistas constituyen una actividad lícita, reconocida a futuro en el Chocó Andino.

⁸¹Artículo 1 y 61, Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁸² Demanda 7-21-CP/22. Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre de 2021.

Explotación Minera o del Contrato de Prestación de Servicios, según sea el caso, que lo faculte para ejercer los derechos inherentes a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como también a la extracción, transporte, beneficio y comercialización de sus minerales⁸³

Desde esta perspectiva, la suscripción del contrato de explotación minera constituiría el otorgamiento de nuevos derechos a los concesionarios ya que sin esta adjudicación no contarán con la capacidad de seguir adelante en las etapas mineras contempladas en la ley.

Al respecto del punto anterior la Corte Constitucional en el dictamen No. 1-20-CP/20 del 21 de febrero de 2020 menciona

En relación a las fases de la actividad minera, el artículo 27 de la Ley de Minería determina que estas son: (i) prospección, (ii) exploración, (iii) explotación, (iv) beneficio, (v) fundición, (vi) refinación, (vii) comercialización y (viii) cierre de minas. Sobre este punto, **la Corte observa que se trata de actividades que se realizan en orden secuencial, y solo así se alcanzan los objetivos que se persiguen al desarrollar esta actividad.** De manera que, en general, no es posible realizar la explotación sin que previamente se hayan desarrollado actividades de prospección y exploración; y a su vez, no es posible llegar a la fase de comercialización si es que previamente no se ha realizado la fase de explotación [...]”(énfasis agregado)⁸⁴

Por ende, al ser una sola secuencia que se encuentra englobada por el acto jurídico de otorgamiento de derechos mineros, no se puede hablar de que, un cambio de fase constituye el otorgamiento de nuevos derechos mineros, ya que, estos fueron otorgados previamente. Además, los perfeccionamientos de actos administrativos responden a la utilidad, esta teoría no guardaría relación con el principio de seguridad jurídica ni con el principio de buena fe, que indica que los actos jurídicos deben ser celebrados con la intención de ser cumplidos.

La Corte Constitucional se pronunció con respecto a la retroactividad en el dictamen mencionado previamente

“[L]a seguridad jurídica que las actividades económicas en general –y por tanto también la actividad minera - requieren, no puede ser entendida como contraria o excluyente de la participación y objetivos ambientales establecidos en la propia Constitución, ley suprema y fuente material y formal de todo el ordenamiento jurídico infra constitucional. Por el contrario, la seguridad jurídica tiene su fundamento principal en la Constitución y su visión integrada e integral del desarrollo”⁸⁵

⁸³ Artículo 39, Ley de Minería.

⁸⁴ Sentencia No. 1-20-CP/20, Corte Constitucional de Ecuador, 21 de febrero de 2020, 16.

⁸⁵ *Id.* 63.

Por consiguiente, se entiende que al haber sido aprobada la propuesta mediante consulta estas operarán hacia el futuro, por lo que no existiría afectación al derecho de la seguridad jurídica y no se modificarían actos jurídicos previos⁸⁶.

Además, como sustento de que la situación de los inversionistas debe mantenerse igual encontramos el artículo 103 del Código Orgánico Administrativo en su artículo 103 menciona que un acto administrativo se puede extinguir por 5 causales la nulidad, la revocatoria, el cumplimiento, la caducidad y la ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones⁸⁷. Como menciona Madrazo, la privación a los particulares de la propiedad de un derecho otorgado, solo se podrán hacer cuando esté acompañada de su respectiva indemnización⁸⁸. Por lo mencionado, se infiere que la consulta popular no está contemplada como una vía idónea para ir anular actos administrativos válidamente otorgados, por ende los derechos adquiridos por los inversionistas no deben verse afectados bajo ningún precepto.

A pesar de que, el resultado de los votantes se realizó sin tener en cuenta el principio de seguridad jurídica, no excluye su cumplimiento. Incluso si la intención de los votantes era finalizar las actividades extractivas de las actuales concesiones, no significa que sea jurídicamente posible ni aplicable. Remitiéndose al planteamiento principal es importante recalcar que a pesar que los resultados de la consulta del Chocó Andino, se debe mantener y priorizar el cumplimiento de los principios y derechos recogidos en el ordenamiento ecuatoriano, para preservar los intereses de concesionarios y que sus derechos. En respuesta al cuestionamiento jurídico planteado por este capítulo el estado de los derechos adquiridos por los inversionistas en el Choco Andino no deben ser afectados, esta respuesta tiene su base en 3 puntos:

- La seguridad jurídica: Por el principio de seguridad jurídica, los derechos otorgados a los inversionistas en el Chocó, fueron actos administrativos sentados en firme, por lo que desconocerlos, restaría solidez al ordenamiento jurídico.
- Los límites de la democracia: La implementación de la participación ciudadana, no puede contravenir los derechos de los mineros consagrados en la Constitución.

⁸⁶ Sentencia No. 7-21-CP y acumulado/22 emitida el 12 de enero de 2022

⁸⁷ Código Orgánico Administrativo. Artículo 103. Registro Oficial Suplemento No. 31 del 7 de julio del 2017.

⁸⁸ Jorge Madrazo, *Reflexiones Constitucionales* (Mexico: Editorial Porrúa, 1994), 67-68.

- El principio de irretroactividad: Las decisiones democráticas deben surtir efectos a futuro, por ende, la decisión popular sobre el Chocó Andino, no afecta los derechos establecidos en la zona.

La seguridad jurídica debe ser la guía para las decisiones estatales. Es importante que este principio sea aplicado a las concesiones mineras en el Chocó Andino, a pesar de los resultados de la consulta popular, estos son posteriores al otorgamiento de los títulos mineros. La seguridad jurídica es la piedra angular de la certeza que las inversiones legítimas se mantendrán protegidas y respetadas. La aplicación de este principio jurídico debe ser constante para fomentar la confianza en el entorno de inversión. Como se expuso en el capítulo 5, es importante comprender que un plebiscito poder ser democrático y cumplir con los requisitos formales de ley, no obstante, el mero cumplimiento de estos aspectos no lo convierte en constitucional. Tener la expectativa que a través de una consulta popular se puedan modificar o afectar los derechos previamente otorgados a los inversionistas mineros sería un menoscabo de los derechos constitucionales de las minorías, que en este caso son los concesionarios mineros. El principio de irretroactividad cumple una función esencial en el sistema legal, ya que protege los derechos de los individuos frente a decisiones no siempre motivadas en el derecho. Este principio cobra relevancia al momento de abordar la situación de los concesionarios en el Chocó Andino. De acuerdo a este principio la no afectación de los derechos de inversión debe ser una prioridad para el Estado, independientemente de los resultados de la consulta popular, las concesiones y títulos mineros fueron entregados **previo** al pronunciamiento ciudadano, por lo cual no existe una afectación o cambio a los derechos de los inversionistas.

8. Conclusión:

La figura de la consulta popular, se encuentra contemplada en el Ecuador desde 1967⁸⁹, con el objetivo de proteger el derecho de participación democrática de los ciudadanos. Sin embargo, como se evidenció en el presente estudio, la votación popular puede desencadenar problemáticas jurídicas que debieron haber sido contempladas. En la consulta popular del Chocó Andino, el voto positivo contrapuso los derechos de los concesionarios mineros con los derechos de participación democrática. Sobre la permanencia de las concesiones mineras en la región, la Corte mencionó que, en caso de

⁸⁹ Julio Tobar, Juan Larrea, *Derecho Constitucional Ecuatoriano* (Guayaquil: Corporación De Estudios y Publicaciones, 1995), 369.

ser aprobadas las preguntas surtirán efectos a futuro⁹⁰. Así, la Corte concuerda con las ideas planteadas en el presente artículo sobre como la consulta popular no modifica situaciones jurídicas previas⁹¹.

Sin embargo, a pesar que la Corte Constitucional ha establecido la irretroactividad de los derechos, hasta el momento no ha existido un análisis concreto del estado de la titularidad y capacidad de explotación de los concesionarios mineros en la zona. Por tal razón, en este estudio, el propósito ha sido analizar la pregunta planteada para demostrar que la titularidad y derechos de explotación de los mineros no debe sufrir afectaciones a pesar de los resultados de la consulta popular.

Por consiguiente, entendiendo que la legislación ecuatoriana y la doctrina reconocen y garantizan la permanencia de los derechos de inversionistas, por ello, se llegan a las siguientes conclusiones:

8.1. Los derechos adquiridos y participación ciudadana

La Constitución prevé la vía mediante la cual el Estado puede otorgar a privados la capacidad de explotar recursos no renovables. A través de un contrato, el concesionario se convierte en titular minero a derecho personal, adquiriendo la facultad de ejercer la actividad minera en todas sus fases, todo lo cual conforma un derecho constitucional del explotador minero. En contraposición, la participación ciudadana es un derecho inherente al sistema político democrático en el que se busca la interacción ciudadana en la toma de decisiones que les impacte.

Si bien la participación ciudadana es importante, esta nunca puede atentar contra los derechos previamente otorgados. En el caso del Chocó Andino, los votantes aceptaron prohibir la minería metálica en todas sus fases en la zona, sin tomar en cuenta el menoscabo a derechos adquiridos que se pretendía causar. La decisión tomada en el Chocó Andino busco la anulación de derechos establecido a través de contratos.

La Constitución reconoce a la minería como una actividad lícita, lo que implica que los derechos que se emanan de esta actividad pueden coexistir con las decisiones tomadas en la consulta popular. Tomado en cuenta el voto en contra de las concesiones en el Chocó Andino, se debe conciliar la aplicación de ambos derechos para asegurar la ejecución de las obligaciones mineras fijadas con antelación y respetar la voluntad expresada en el voto. Esta conciliación implicaría que no se otorguen nuevas concesiones

⁹⁰ Sentencia No. 7-21-CP/22 emitido el 12 de enero de 2022.

⁹¹ *Id.* 64

en el área afectada por la consulta popular, mientras se garantice la continuidad de los proyectos existentes, aceptando avanzar en las etapas mineras hasta un eventual cierre de mina.

8.2. La seguridad jurídica, el principio de irretroactividad

La seguridad jurídica y el principio de irretroactividad nos brindan respuesta al cuestionamiento principal del presente estudio. El título minero confiere garantías a los inversionistas, y es una prioridad del Estado precautelar estas garantías establecidas. Sobre lo mencionado, Zavala indica que un derecho adquirido “proporciona a su titular un conjunto de acciones judiciales de distintas naturalezas y objetivos específicos que conforman un formidable cuadro de protección jurídica”⁹². La seguridad jurídica implica la certeza en los actos derivados del ordenamiento jurídico.

Aplicando el principio de seguridad jurídica al ámbito del Chocó Andino, no debe existir ningún impacto en los derechos adquiridos por los titulares de concesiones mineras. Conforme al principio de irretroactividad, los actos surten efecto para lo venidero, recalcando la importancia de no afectar ni alterar la titularidad y explotación de las concesiones otorgadas pre-consulta popular.

8.3. Los límites de la democracia

Cuando la democracia se ejerce a través de consultas populares y se pone en peligro la estabilidad de derechos, es importante considerar sus límites. Es necesario reconocer que los derechos constitucionales de los inversionistas actúan como contrapeso de la democracia.

La prohibición de la minería en el Chocó Andino, plantea desafíos. Como se estableció a lo largo de este trabajo, esta prohibición afecta la estabilidad de las inversiones y de la seguridad jurídica. Es esencial garantizar un ambiente legal estable que fomente la inversión y el desarrollo sostenible.

En respuesta a la problemática jurídica analizada, es preciso limitar y evitar que la democracia participativa genere consecuencias perjudiciales para los inversionistas. Así, se asegura la permanencia intacta de los títulos mineros de las once concesiones metálicas en el Chocó Andino. Al conservar el estado pactado de los derechos de los titulares mineros, evitamos incurrir en una violación de principios esenciales del derecho.

Por todo lo expuesto, luego de hacer una revisión doctrinaria, jurisprudencial y legal, este trabajo concluye que el estado de los derechos de los inversionistas mineros no debe tener afectación alguna. La consulta popular no cuenta con la capacidad de afectar

⁹² Jorge Zavala, *Derecho Constitucional Tomo II*, 109.

un derecho otorgado en el pasado amparado por el principio de irretroactividad y seguridad jurídica que se presentan como una salvaguarda a la solidez de los actos administrativos. La titularidad y la explotación minera del Chocó debe continuar como estaba prevista antes de la consulta popular.

Por todo lo expuesto, luego de hacer una revisión doctrinaria, jurisprudencial y legal, este trabajo concluye que el estado de los derechos de los inversionistas mineros no debe tener afectación alguna. La consulta popular no cuenta con la capacidad de afectar derechos mineros que ya se encuentran amparados por el principio de irretroactividad y seguridad jurídica. La titularidad y la explotación minera del Chocó debe continuar como estaba prevista antes de la consulta popular salvaguardando así la solidez de los actos administrativos.