

Quito, D.M., 20 de octubre de 2021

CASO No. 69-16-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del Instructivo para la conformación, legalización, y disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016, expedido mediante Acuerdo No. 1400 de 30 de septiembre de 2016, suscrito por el secretario nacional del Agua y declara que dicho Instructivo es inconstitucional por no guardar armonía con el artículo 57.17 de la Constitución de la República, que establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida normativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

I. Antecedentes y procedimiento

1. Carlos Pérez Guartambel, por sus propios derechos y en calidad de presidente de la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, a la fecha de presentación de la demanda (en adelante **“los accionantes”**), presentó el 12 de octubre de 2016, acción pública de inconstitucionalidad del *“Instructivo para la conformación, legalización, y disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016”*, expedido mediante Acuerdo No. 1400 de 30 de septiembre de 2016, suscrito por el secretario nacional del Agua, (**“Instructivo impugnado o demandado”**).
2. Asimismo, los accionantes solicitaron como medida cautelar la suspensión del contenido del Instructivo impugnado.
3. El 23 de noviembre de 2016, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dispuso que los accionantes completen y aclaren la demanda presentada, luego, el 16 de abril de 2018, la admitió a trámite sin pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares.
4. La sustanciación de la causa, en virtud del sorteo realizado el 2 de mayo de 2018, correspondió a la entonces jueza Roxana Silva Chicaiza, quien avocó conocimiento el 12 de junio de 2018.

5. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, el 9 de julio de 2019 el Pleno de la Corte Constitucional efectuó el sorteo para la sustanciación de la presente causa, la cual correspondió a la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez, quien avocó conocimiento mediante auto de fecha 25 de febrero de 2021, notificado el mismo día.

II. Competencia

6. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto por el artículo 436 numeral 2 de la Constitución, en concordancia con los artículos 75, número 1, letra *d* y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOGJCC”).

III. Normas impugnadas

7. De la revisión de la demanda y el escrito de aclaración, se observa que la presente acción de inconstitucionalidad fue planteada contra el Capítulo I “Instructivo para la Conformación, Legalización y Disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento de Primer Grado, Regional, Segundo y Tercer Grado”: I Parte “Aprobación de Estatuto y Personería Jurídico-Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento”; punto 1.3 “Procedimiento de Aprobación y Otorgamiento de la Personería Jurídica”: -quinta viñeta-; VII Parte “De la Destitución, Disolución y Liquidación”: punto 7.2 “Disolución y Pérdida de la Personería Jurídica de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento (en adelante “**JAAPyS**”), o Juntas Regionales de Agua Potable y Saneamiento (en adelante “**JAAPySR**”)”; IX Parte “Del Manejo y Resolución de los Conflictos”; X Parte “Disposiciones General y Transitorias” -Disposición General y Disposición Transitoria Tercera-.
8. Y contra el Capítulo II “Instructivo para Conformación, Legalización, Disolución y Liquidación de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado”: X Parte “Disposiciones Generales y Transitorias” -Disposición General Primera- del Instructivo impugnado-, disposiciones que se detallan a continuación:

INSTRUCTIVO PARA LA CONFORMACIÓN, LEGALIZACIÓN, Y DISOLUCIÓN DE JUNTAS ADMINISTRADORAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO; JUNTAS ADMINISTRADORAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO REGIONAL, JUNTAS DE SEGUNDO Y TERCER GRADO Y DE JUNTAS DE RIEGO Y/O DRENAJE DE PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER GRADO 2016

CAPÍTULO I

INSTRUCTIVO PARA CONFORMACIÓN, LEGALIZACIÓN Y DISOLUCIÓN DE JUNTAS ADMINISTRADORAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE PRIMERO

GRADO, REGIONAL, SEGUNDO Y TERCER GRADO

I PARTE: APROBACIÓN DEL ESTATUTO Y PERSONERÍA JURÍDICA

Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento. - *Son organizaciones comunitarias, sin fines de lucro que tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable y saneamiento. Su accionar se fundamenta en criterios de equidad, solidaridad, interculturalidad, eficiencia económica, sostenibilidad de recurso hídrico, calidad en la prestación de los servicios y en el reparto del agua.*

Cuando las juntas presten el servicio de saneamiento se llamarán Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; caso contrario ésta (sic) última palabra quedará exenta de su denominación.

Para efectos de este documento, se la denominará “JAAPyS”. [...]

1.3. PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN Y OTORGAMIENTO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

Una vez receptados los documentos, la Autoridad Única del Agua realizará las siguientes actividades:

- ✓ Revisión y análisis del proyecto de Estatuto entregado por los solicitantes.
- ✓ Emisión de informe técnico de aprobación o negación de la legalización de las JAAPyS o JAAPySR.
- ✓ En caso de que el informe sea aprobatorio se emitirá la resolución de otorgamiento de la personería jurídica de las JAAPyS o JAAPySR solicitante, el mismo que será inscrito en el Registro Público del Agua.

Si no se aprueba el Estatuto, la comunidad deberá hacer las modificaciones solicitadas por los funcionarios de la Demarcación Hidrográfica y presentar nuevamente el documento para su trámite de aprobación.

Posteriormente la JAAPyS o JAAPySR deberán:

- ✓ Iniciar el procedimiento para la obtención de autorización para consumo humano del agua ante la Autoridad Única del Agua.
- ✓ *Convocar a procesos democráticos de elección de sus órganos directivos. De ser el caso en que la organización tenga más de cien (100) miembros, deberán convocar a la Secretaría del Agua para que participe con un funcionario en calidad de veedor. En los casos de denuncia de irregularidades, la Secretaría del Agua participará de manera obligatoria en el proceso.*
- ✓ La Autoridad de la Demarcación Hidrográfica, reconocerá y registrará los nombramientos de los miembros de la Directiva electa de la JAAPyS o JAAPySR.

7.2. DISOLUCIÓN Y PÉRDIDA DE LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LA JAAPyS, O JAAPySR

La disolución de la JAAPyS o JAAPySR será declarada por la Autoridad Única del Agua en base a las siguientes causales:

- a) *Incumplir las obligaciones previstas en la Constitución, la normativa que regula los*

recursos hídricos, y otras normas aplicables.

- b) *Dedicarse a actividades de proselitismo político partidista, reservadas para los partidos y movimientos políticos.*

Cuando la JAAPyS o JAAPySR incurra en cualquiera de las causales de disolución, la Autoridad Única del Agua instaurará de oficio o a petición de parte, un procedimiento administrativo en el que se contará con las partes involucradas. De comprobarse las causales, se procederá a revocar la personería jurídica mediante resolución motivada que deberá expedir la Autoridad de la Demarcación Hidrográfica que aprobó los Estatutos y otorgó la personería jurídica, observando los procedimientos establecidos.

Las JAAPyS y JAAPySR podrán presentar las acciones administrativas y judiciales que consideren necesarias a fin de hacer valer sus derechos. [...]

IX PARTE: DEL MANEJO Y RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

En caso de existir conflictos al interior de la JAAPyS o JAAPySR, se manejarán al interior de las misma de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 44 de la LORHUyA; para ello se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) *Para conflictos entre miembros, éstos deberán acudir a la directiva de la JAAPyS o JAAPySR.*
b) *Para conflictos entre miembros y la directiva, se acudirá a la Asamblea General.*

Solamente en el caso de que los conflictos internos no puedan ser resueltos por la Asamblea General, se acudirá a la Autoridad única del Agua para que emita un criterio escrito vinculante para las partes.

X PARTE: DISPOSICIONES GENERAL Y TRANSITORIAS

DISPOSICIÓN GENERAL

Para los fines legales consiguientes, se entenderá a consumidor y miembro como términos sinónimos y de igual connotación, sin que esto cause afectación a contradicción alguna con la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos, y Aprovechamiento del Agua y su Reglamento, diferenciación que se la realiza en razón de la cosmovisión de las nacionalidades, pueblos y comunidades, debidamente reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS [...]

TERCERA: *Las organizaciones comunitarias que hasta la fecha se encuentren prestando servicios de agua potable y saneamiento con cualquier otra personería jurídica y con una concesión o autorización de uso del agua. deberán cumplir con las exigencias técnicas y demás (sic) que la Autoridad Única del Agua y la Agencia de Regulación y Control del Agua establezcan para las JAAPyS o JAAPySR. En reconocimiento de estas formas organizativas, de sus prácticas consuetudinarias y de su trayectoria, la Autoridad Única del Agua apoyará la conformación de Juntas de Agua Potable y/o Saneamiento conforme a lo establecido en la LORHUyA. Si no contaran con una autorización de uso, deberán seguir el procedimiento para constituirse como Juntas de Agua Potable y/o Saneamiento, en un plazo de hasta un*

año. [...]

CAPÍTULO II

INSTRUCTIVO PARA CONFORMACIÓN, LEGALIZACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE JUNTAS DE RIEGO Y/O DRENAJE DE PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER GRADO”: X PARTE “DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS [...]

X PARTE: DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA: *Los conflictos internos de las organizaciones y de éstas entre sí, deberán ser resueltos de conformidad con las disposiciones estatutarias, y en caso de persistir, se someterán a las disposiciones y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y otras normas aplicables. [...]*

IV. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

4.1 Pretensión y fundamentos de los accionantes

9. Los accionantes pretenden que se declare la inconstitucionalidad del Instructivo impugnado, por la presunta incompatibilidad con los artículos 57 numerales 1, 6, 9, 10, 13, 15, 17 y 19; 96; 98; y, 318 de la Constitución; artículos 6 numerales 1 y 2, 7, y 8 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; artículo 3 y 33 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas; párrafo 16, literal “d” de la Observación General No. 5: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); artículos 26 y 27 de la Convención de Viena; y, artículos 9 y 21 de la Declaración Americana de Derechos y Pueblos Indígenas, relativos a los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a la consulta prelegislativa, a la organización colectiva, al derecho a la resistencia, a los sectores estratégicos y a la libre determinación de los pueblos.
10. Entre los argumentos más relevantes, los accionantes señalan que con el Instructivo impugnado, se pretende desconocer los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, al mencionar que:

Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas somos organizaciones históricas que no necesitamos de certificados para existir y lo más grave se hace depender nuestra existencia y por ende nuestras actividades a la certificación otorgado (sic) por un órgano estatal que es eminentemente político, desconociendo con esta disposición lo establecido en el art. 57 no. 1, 9, 10 y 15 es decir el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente nuestra identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, a conservar y desarrollar nuestras propias formas de convivencia y organización social y de generación y ejercicio de la autoridad,

en nuestros territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral [...].

11. Asimismo indican que, el Instructivo “[...] viola también el art. 96 de la Constitución que reconoce todas las formas de organización de la sociedad [...]”, y añaden que únicamente “[l]as organizaciones creadas por el estado y bajo sus directrices podrán participar en asuntos de interés público, quienes no sigan las directrices del gobierno de turno o las cuestionen quedan al margen de la ley serán aniquiladas bajo el eufemismo de acompañamiento legalizan el control y la percepción no solo controlaran nuestras actividades si no nuestras mentes [...]” (sic).
12. También alegan que se “[les] impone la paz de los sepulcros, el silencio y el miedo, la persecución a las organizaciones sociales y a sus dirigentes por medio de los organismos creados para el efecto, [...] este decreto [...] afecta nuestros derechos que son inalienables, [...] nos pone frente a un estado policiaco inquisitivo propio de los regímenes totalitarios [...]” (sic).
13. Igualmente manifiestan que “[...] para la expedición de este instructivo que afecta nuestros derechos colectivos [...] jamás se nos consultó soslayando este derecho irrenunciable y contraviniendo expresamente lo dispuesto en el art. 57, no. 17 lo cual a más de todo lo manifestado [lo] vuelve inconstitucional [...]”. Pues a su criterio, dicha consulta, no es un mecanismo procedimental sino un derecho humano fundamental.
14. Respecto a la I Parte “Aprobación del Estatuto y Personería Jurídica de las JAAPyS” y Disposición Transitoria Tercera del Capítulo I del Instructivo impugnado-, los accionantes arguyen que “[...] se eliminó de un plumazo a todas las formas comunitarias ancestrales de administración [...] comunitaria del agua [...]. A saber en las comunidades, quienes administran históricamente el agua son las comunas [...] y funcionan no por separado de la comunidad sino todo holístico (sic), sistémico, acorde a la filosofía runa [...] con este instructivo se coloniza a todas las formas milenarias de gestión de agua [...] sometiendo a un solo modelo [...]”. A la vez, señalan que “[...] los pueblos indígenas tuvimos de tutores a los curas, ahora el Estado viene a pretender hacer ese vergonzoso papel de curador, [...] como que fuéramos menores de edad, [...] atrasados que necesitamos la tutoría estatal.”.
15. En relación con el punto 1.3 “Procedimiento de Aprobación y Otorgamiento de la Personería Jurídica” del Capítulo I, quinta viñeta, indican que con dicho procedimiento “[...] hay una clara intromisión del Estado en la estructura y decisiones propias de la comunidad que si pasaron de cien deben ser sometidas al control, vigilancia del Estado colonial.”.
16. Sobre la IX Parte “Del manejo y resolución de conflictos” del Capítulo I del Instructivo; y, a la Disposición General Primera de la X Parte del Capítulo II del

Instructivo, sostienen que con dichas disposiciones “*se elimina la posibilidad del ejercicio del derecho propio [...]*”.

17. Finalmente, refiriéndose a la Disposición General de la X Parte del Capítulo I del Instructivo, manifiestan que “[...] *no son consumidores, que es equivalente a clientes [...] somos usuarios del agua comunitaria, en donde rompe la teoría del derecho romano al considerarnos como ciudadanos individuales, somos pueblos [...]*”.

4.2 Secretaría del Agua

18. La Secretaría del Agua (en adelante “**SENAGUA**”), señala principalmente que: “[...] *el texto de [la I Parte del Capítulo I] se encuentra enmarcado en lo dispuesto en los artículos 17 y 143 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y artículo 40 de su Reglamento [...]*”. Además, menciona que no se pretende limitar las formas ancestrales de administración de los recursos hídricos, al contrario “[...] *la Autoridad Única del Agua al tener la facultad constitucional de la planificación, regulación y control de la gestión del agua ha regulado la prestación del servicio de agua a través de diferentes organizaciones comunitarias.*”

19. Del mismo modo manifiesta que:

Con los lineamientos establecidos en la disposición transitoria tercera, lo que se pretende es que al ser el agua patrimonio nacional estratégico de uso público [...] el servicio público del agua prestado por las distintas organizaciones comunitarias lo realicen, de conformidad con los principios de los servicios públicos previstos en el [...] artículo 314 de la Constitución [...], bajo los parámetros técnicos de calidad que la Autoridad Única del Agua ha establecido para el efecto. [...] en el caso de que las comunas, comunidades [...] y organizaciones de titulares de los derechos colectivos, de acuerdo a sus prácticas consuetudinarias de manejo del agua, decidan conformar [...] JAAPyS [...] JAAPySR la Autoridad Única del Agua apoyará su conformación. Esto no significa, que [...] [se] esté [...] sometiéndolas a un solo modelo; sino más bien, [se] respeta y actúa previa decisión de las comunas [...]. De igual forma, en cuanto a que “las organizaciones que no contaran con una autorización de uso, deben seguir el procedimiento para constituirse como Juntas de Agua Potable y/o Saneamiento, en un plazo de hasta un año”, se refiere específicamente a las organizaciones de hecho y no a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades reconocidas en sus formas comunitarias de gestión del agua y sus gobiernos comunitarias como uno solo e indivisible, en tanto titulares de derechos colectivos. Por lo tanto, se aclara que al referirse el instructivo a las organizaciones comunitarias, se habla de lo genérico, es decir, a todas las organizaciones que debidamente reconocidas prestan el servicio de agua [...], lo cual se corrobora en los artículos 43, 44, 47 y 48 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.

20. En relación con el punto 1.3 del Capítulo I, quinta viñeta, alega que dicha disposición, no implica intervenir en las decisiones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la elección de sus directivas, sino que “[...] *al participar la Secretaría del Agua en calidad de veedor se está asegurando que las inquietudes que*

surgieran de entre sus miembros, sean estas de carácter técnico o legal en el ámbito del servicio público de provisión de agua, sean aclaradas y absueltas de inmediato o en su debido momento”, dado que la Secretaría del Agua ejerce la rectoría de la Autoridad Única del Agua de acuerdo al artículo 2 del Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua.

21. Respecto a la IX Parte del Capítulo I, en concordancia con la Disposición General Primera de la X Parte del Capítulo II del Instructivo, sostiene que, con dichas disposiciones, de ninguna manera se soslaya el derecho relativo a las potestades jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, relacionadas con la administración del agua.
22. A la par, sobre la Disposición General Primera de la X Parte del Capítulo I, indica que “[a]l referirse a los consumidores y miembros, se habla de sus integrantes, quienes exigen de sus autoridades el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de la gestión comunitaria del agua; claro está, que no se han considerado en forma individual, sino como sujetos titulares de derechos colectivos.”.
23. De manera general, aclara que lo expuesto entre sus argumentos:

[S]e corrobora con el Acuerdo No. 2017-0031, de 22 de agosto de 2017, publicado en el Registro Oficial No. 88 del 27 de septiembre de 2018, dictado por el Secretario del Agua, en el cual se emiten las directrices y regulaciones para garantizar la permanencia y fortalecimiento de la gestión comunitaria del agua y de la prestación comunitaria de los servicios de agua potable y saneamiento; y, riego y drenaje. Así se ratifica [...] a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales para que apliquen las prácticas consuetudinarias correspondientes para el acceso, uso y distribución de las aguas que nacen y fluyen por sus tierras y territorios, contando con la respectiva autorización para el uso y aprovechamiento otorgado por la Secretaría del Agua; observando los parámetros técnicos y normativos establecidos para el servicio prestado. Directrices y regulaciones que son complementarias del Instructivo señalado por la parte accionante como inconstitucional.

24. Asimismo, sostiene que:

El referido artículo 57 numeral 7 de la Constitución [...], señala que la consulta previa se la realiza sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. [...] el instructivo se trata de la conformación y legalización de las juntas de agua, en ninguna de sus partes trata de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables [...] y menos aún se trata de una medida legislativa que solo puede ser adoptada por la Asamblea Nacional (Artículo 57 numeral 17).

25. Finalmente, advierte que mediante Decreto Ejecutivo No. 0193, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 109 de 27 de octubre de 2017, el presidente de la

República expidió el Reglamento para el otorgamiento de personería jurídica a las organizaciones sociales, mismo que en su artículo 11, relativo a “Otras formas de organización social nacionales o extranjeras”, entre las cuales se señalan las comunas, juntas de agua y juntas de regantes, establece que “[...] *en el caso de otras formas de organizaciones sociales nacionales o extranjeras, que se rigen por sus propias leyes [...], en lo que fuere aplicable, observarán las disposiciones de este Reglamento como norma supletoria.*”

26. Por lo expuesto, solicita la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad presentada.

4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

27. Del mismo modo, la Procuraduría General del Estado (en adelante, “PGE”) refiere que “[...] *el agua se reconoce como un derecho humano y, a la vez, es definido como sector estratégico por la Carta Magna. [...]. En este sentido, es el Estado central el que tiene control y decisión exclusivos, por ello se reserva el derecho de administrar, regular, controlar [...] el agua. [...]*”. Sin embargo, añade que “[...] *la Constitución reconoce que la gestión del agua es comunitaria y pública.*”
28. En esta línea, menciona que el artículo 43 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos ha definido a las JAAPyS como “[...] *organizaciones comunitarias que prestarán el servicio de agua potable en zonas rurales donde el gobierno municipal no preste este servicio. Igualmente esta norma dispone que los requisitos y el procedimiento para su creación se desarrollarán reglamentaria (sic) por la Autoridad Única del Agua, que es lo que ha ocurrido dentro del acto impugnado.*”
29. Además, sostiene que “[e]l hecho de que se deba designar un veedor, funcionario de la Secretaría Nacional del Agua, para que participe en los procesos democráticos, no implica una violación a la libre determinación de los pueblos [...], pues [...] El Estado garantiza los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades, pero esto no significa renunciar o perder su derecho y deber de controlar y regular los sectores estratégicos.”
30. Para finalizar manifiesta que:

[...] el accionante confunde las facultades jurisdiccionales que otorga nuestra Carta Magna a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con la resolución de los conflictos internos de estas organizaciones comunitarias, esto es las JAAPyS y JAAPySR. [...]. NO se trata de un conflicto interno de una comunidad [...] el que regula el acto impugnado, sino de estas organizaciones comunitarias que tienen como fin la prestación de servicios de agua potable. Adicionalmente, el Acuerdo 0031-2017, emitido el 22 de agosto de 2017 por la SENAGUA, que es complementario al Instructivo, por el cual [se] dicta[n] las directrices y regulaciones para garantizar la permanencia y fortalecimiento de la gestión comunitaria del agua y de la prestación comunitaria de los servicios de agua potable y saneamiento; y, riego y drenaje [...].

31. En conclusión, la PGE solicita “[...] que el Pleno de la Corte Constitucional emita sentencia rechazando la acción [...]”.

V. Asuntos preliminares

32. En la presente acción, los accionantes solicitaron como medidas cautelares la suspensión del contenido del Instructivo impugnado, petición que debía ser resuelta por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, de aquella época, al dictar el auto de admisión de esta causa.¹ No obstante, se deja constancia que en dicho auto no se procedió a aceptar o rechazar la solicitud de medidas cautelares y toda vez que el estado de la causa es el de resolver, carece de sentido atender dicho pedido.
33. Asimismo, el Organismo observa que a través del Decreto Ejecutivo No. 1007, de 4 de marzo de 2020, el presidente de la República, dispuso la fusión del Ministerio del Ambiente y la Secretaría del Agua, en una sola entidad denominada “Ministerio del Ambiente y Agua”. En este contexto, el referido ministerio mediante escrito remitido a la Corte, ha señalado que no ha reformado ni derogado el Instructivo impugnado, por lo tanto, dicho instrumento normativo continúa vigente a la fecha.²

VI. Análisis constitucional

34. La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad que recae en este Organismo por disposición del artículo 436 numeral 2 de la Constitución. Es necesario precisar que el control abstracto de constitucionalidad tiene como principal objetivo, garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico al determinar incompatibilidades de la norma infraconstitucional respecto de las normas consagradas en la Constitución de la República.³
35. En la demanda se acusó la inconstitucionalidad del Instructivo, con énfasis en las disposiciones detalladas en los párrafos 7 y 8 *supra*. Al respecto, el artículo 79.5.b. de la LOGJCC, determina que las acciones públicas de inconstitucionalidad son de aquel tipo de acciones donde los accionantes están compelidos a cumplir con cierta carga argumentativa, esto, en tanto que dispone que las demandas de inconstitucionalidad contengan: “[a]rgumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se

¹ Segundo inciso del artículo 32 de la LOGJCC: “La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción. (...)”

² Escrito de fecha 3 de marzo de 2021, suscrito por el doctor Norman Ortega Ocampo, en calidad de Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Ambiente y Agua, constante en foja sin foliar, posterior a la foja 98 del expediente constitucional.

³ Corte Constitucional. Sentencia No. 75-15-IN/21, párr. 100.

considera que exista una incompatibilidad normativa”⁴, que permita a este Organismo hacer un pronunciamiento en el marco del control abstracto de constitucionalidad.

- 36.** De la revisión, tanto de la demanda como de la aclaración a la misma, la Corte verifica que sobre la presunta incompatibilidad del Instructivo con los artículos 57 numerales 6, 13 y 19; 98; y, 318 de la Constitución y las normas de los instrumentos internacionales señaladas en el párrafo 9 *supra*, no se han propuesto argumentos de ningún tipo, que permitan analizar y desvirtuar la presunción de constitucionalidad; en el mismo caso, se encuentra el punto 7.2 denominado “Disolución y pérdida de la Personería Jurídica de la JAAPyS, o JAAPySR” del Capítulo I del Instructivo, toda vez que las prenombradas disposiciones, tan solo fueron enunciadas en el escrito de la demanda. En este punto, la Corte advierte que no existe la posibilidad de emitir un pronunciamiento en el marco del control abstracto de constitucionalidad, toda vez que los accionantes no han presentado argumentos específicos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo *supra*, respecto de la presunta incompatibilidad ni tampoco se observan elementos para el efecto, por tanto, el Organismo se abstiene de realizar el análisis en cuanto a esos cargos.
- 37.** En relación a los argumentos señalados en los párrafos 10, 11, 12, 14, 15, 16 y 17 *supra*, que se refieren a la supuesta incompatibilidad del Instructivo con los artículos 57 numerales 1, 9, 10 y 15; y, 96 de la Constitución, de manera específica con la I Parte; punto 1.3, quinta viñeta; IX Parte; Disposición Transitoria Tercera; y, Disposición General de la X Parte del Capítulo I; y, Disposición General Primera de la X Parte del Capítulo II del Instructivo, el Organismo observa, que tampoco se ha cumplido con el ofrecimiento de un argumento específico respecto al cargo de una eventual incompatibilidad normativa, tal como lo prevé el artículo 79.5.b de la LOGJCC, ⁵ de lo expuesto, la Corte no encuentra razones para cuestionar la presunción de constitucionalidad⁶ del Instructivo con las normas constitucionales alegadas, dado que dicha presunción, exige, además, argumentos específicos que permitan desvirtuarla a través de un control abstracto, tal como se mencionó en el párrafo que antecede, razón por la cual, este Organismo no abordará dichos cargos.
- 38.** Con base en lo expuesto y toda vez que el argumento principal de la demanda, radica en la falta de consulta prelegislativa para expedir el Instructivo impugnado, este Organismo ha considerado oportuno delimitar el análisis constitucional a través de la formulación del siguiente problema jurídico:

⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 47-15-IN/21, párr. 28.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 47-15-IN/21, párr. 29.

⁶ Artículo 76.2 de la LOGJCC “Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: [...] 2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas. - Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas [...]”

6.1. ¿El Instructivo impugnado guarda armonía con el artículo 57.17 de la Constitución que reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a ser consultados antes de tomar una medida normativa que puede afectar cualquiera de sus derechos colectivos?

39. Previo a verificar si el Instructivo impugnado fue objeto de una consulta prelegislativa, antes de ser aprobado, este Organismo estima pertinente analizar el contenido y alcance de los tipos de consulta previstos en los numerales 7 y 17 del artículo 57 de la Constitución, con el objeto de zanjar posibles interpretaciones y dudas entre ellas, atendiendo específicamente a sus particularidades, tal como se realizó en la sentencia 20-12-IN/20.
40. El artículo 57.7 de la Constitución, establece que:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

41. La Corte, en la sentencia 20-12-IN/20, ha señalado que dicha participación efectiva, exige que el Estado establezca consultas efectivas, previas y debidamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones relacionadas con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, que puedan afectar sus territorios tradicionales, y que éstas se realicen en un plazo razonable. Dicha información debe ser clara y accesible y, de ser necesario, transmitida a través de intérpretes autorizados o en un idioma que permita a los miembros de los pueblos y comunidades involucrados, comprenderla de forma plena,⁷ siendo la referida consulta, de entera responsabilidad estatal, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸
42. De acuerdo a la OIT, la consulta no se limita ni se agota en un mero trámite formal o informativo, sino que debe concebirse como “[...] un verdadero instrumento de

⁷ Criterios similares se encuentran en: CIDH, *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía*, párr. 247; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párras. 127, 128.* Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 159-167*

⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 187.*

participación”.⁹ De ahí que, el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT establece que “[...] las consultas llevadas a cabo [...] deberán efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, lo dicho, en virtud de que los pueblos y comunidades indígenas deben ser capaces de influir de manera significativa en el proceso y en las decisiones tomadas en el mismo.¹⁰

43. Desde otra perspectiva, el artículo 57.17 de la Constitución señala que: “[s]e reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”. Es decir, la consulta prelegislativa se encuentra concebida como un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que busca hacer efectiva la intervención de dichas comunidades, pueblos y nacionalidades antes de la adopción de una medida que pueda tener la potencialidad de afectar otros derechos colectivos.
44. De este modo, se entiende que la consulta prelegislativa se realiza antes de la adopción de una medida legislativa a un grupo determinado de personas que son las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas cuando una norma pueda afectarles en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, siendo un derecho colectivo de dichas comunidades. Por tanto, la consulta prelegislativa del artículo 57.17 de la Constitución, no es equiparable a la consulta previa, libre e informada del artículo 57.7 del mismo cuerpo normativo.¹¹
45. En el presente caso, esta Corte observa que el Instructivo impugnado no tiene relación alguna con planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, dado que la finalidad del mismo es la conformación, legalización y disolución de las JAAyS, JAAPySR o JRyD, por ende, no procedía la realización de consulta previa para su emisión, tal como lo expuso la entidad

⁹ OIT. Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)”, 2006, GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 42. (Citado en la sentencia 20-12-IN/20).

¹⁰ *Ibidem.*, párr. 186; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, párr. 134. (Citado en la sentencia 20-12-IN/20).

¹¹ *Lo primero que cabe advertir, a partir de las disposiciones señaladas, es el reconocimiento constitucional como derechos colectivos, de dos tipos de consultas: aquella prevista en el artículo 57, numeral 7 relacionada con los efectos concretos que podrían generar actividades administrativas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables respecto al medio ambiente y a sus derechos culturales; y la segunda, aquella prevista en el artículo 57, numeral 17, relacionada con la consulta que debe realizarse previa a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquier derecho colectivo de los sujetos colectivos.* (Corte Constitucional. Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN acumulados, pág. 31.)

accionada en el párrafo 24 supra, por cuanto la Constitución la ha previsto para los planes de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables.

46. Ahora bien, corresponde verificar a este Organismo, si procedía la forma de consulta contenida en el artículo 57.17 de la Constitución, y, de ser el caso, si esta fue o no garantizada, dado que dicho artículo se refiere a una consulta que debe realizarse a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar sus derechos colectivos.
47. En la sentencia No. 001-10-SIN-CC, la Corte Constitucional señaló los parámetros generales y directrices acerca del proceso de consulta prelegislativa, hasta que la Función Legislativa emita la ley correspondiente,¹² los que fueron ratificados en la sentencia 38-13-IS/19, mismos que aún son aplicables, en virtud de que no existe al tiempo, una ley orgánica que establezca el procedimiento para llevar a cabo la consulta prelegislativa.
48. De lo establecido en la sentencia No. 001-10-SIN-CC, esta Corte evidencia que los sujetos llamados a ser consultados, son aquellos enunciados en la norma constitucional como titulares del derecho a la consulta prelegislativa, esto es, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pero además, se añade a los pueblos afroecuatorianos y montubios. Y el sujeto consultante, es exclusivamente la Asamblea Nacional. No obstante, la sentencia 20-12-IN/20, ha mencionado que el criterio referido, contiene una restricción ilegítima de los derechos colectivos. En primer lugar, porque no contempla la interpretación del artículo 57.17 de la Constitución que resulta más favorable para la plena vigencia de derechos; y, en segundo lugar, porque resulta contrario a lo prescrito por pactos, convenios, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.
49. En relación a lo expuesto, el artículo 6.1 del Convenio No. 169 de la OIT, establece que “[...] los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. De igual manera la DNUDPI, en el artículo 19 establece que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y

¹² La sentencia No. 001-10-SIN-CC ordenó a la Asamblea Nacional dictar la correspondiente ley para regular el derecho a la consulta previa. Mediante sentencia No. 38-13-IS/19, la Corte Constitucional declaró el incumplimiento de la sentencia No. 001-10-SIN-CC por parte de la Asamblea Nacional y resolvió que ésta, dentro del plazo máximo de un año, deberá expedir las leyes orgánicas correspondientes que regulen el derecho a la consulta previa y prelegislativa, sobre la base de los parámetros mínimos establecidos en la sentencia No. 001-10-SIN-CC y en los instrumentos internacionales de derechos humanos bajo la prevención establecida en el numeral 10 del artículo 436 de la CRE. Hasta el momento, la Asamblea Nacional únicamente ha dictado una resolución legislativa sobre la materia, publicada en el Registro Oficial Suplemento 733 de 27 de junio de 2012. (Análisis realizado en la Sentencia No. 20-12-IN/20, cita 20).

aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

- 50.** Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 023-17-SIN-CC, reparó que, la norma establecida en el Convenio 169 de la OIT, es más amplia que el artículo 57.17 de la Constitución, en cuanto al objeto de consulta, en este sentido, además de las medidas legislativas, la norma convencional incluye a las medidas administrativas, que puedan afectarles
- 51.** En consecuencia, tal como se señaló en la sentencia 20-12-IN/20, de los instrumentos internacionales citados, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, así como de la jurisprudencia y el propio texto constitucional, se desprende que el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos de las comunidades, no se limita a la adopción de medidas expedidas por el órgano legislativo sino, de manera general, a medidas normativas y administrativas que tengan dicha potencialidad, es decir, que puedan ser contrarias a los derechos que se encuentran taxativamente numerados en el artículo 57 de la Constitución y en los instrumentos internacionales aplicables. Además, esta Corte aclaró que esta forma de consulta procederá siempre y cuando, para la emisión de dicho acto, no exista una forma específica de consulta.
- 52.** La Constitución en el artículo 12, prevé que “[...]. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”. Asimismo, en el artículo 318, establece que:

El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios. [...].

- 53.** De conformidad con el artículo 43 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, LORHUyA, las JAAPyS y JAAPySR son:

[...] organizaciones comunitarias, sin fines de lucro, que tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable. Su accionar se fundamenta en criterios de eficiencia económica, sostenibilidad del recurso hídrico, calidad en la prestación de los servicios y equidad en el reparto del agua.

Los requisitos y el procedimiento para la creación de nuevas juntas administradoras de agua potable se desarrollarán reglamentariamente por la Autoridad Única del Agua.

En el cantón donde el gobierno autónomo descentralizado municipal preste el servicio de manera directa o a través de una empresa pública de agua potable y esta cubra los servicios que por ley le corresponden, en toda su jurisdicción, no podrán constituirse juntas administradoras de agua potable y saneamiento.

Las juntas administradoras de agua potable y saneamiento, formarán parte del consejo de cuenca a través de sus representantes sectoriales, según lo establezca el Reglamento de la presente Ley.

54. El primer inciso del artículo 43 de la LORHUyA, se reproduce con algunas variaciones en la I Parte del Capítulo I del Instructivo impugnado: “**Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento.-** Son organizaciones comunitarias, sin fines de lucro que tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable y saneamiento. Su accionar se fundamenta en criterios de equidad, solidaridad, interculturalidad, eficiencia económica, sostenibilidad del recurso hídrico, calidad en la prestación de los servicios y en el reparto del agua.”.
55. Del mismo modo, el artículo 47 de la LORHUyA, sobre las juntas de riego y drenaje, JRyD, señala que: “Las juntas de riego son organizaciones comunitarias sin fines de lucro, que tienen por finalidad la prestación del servicio de riego y drenaje, bajo criterios de eficiencia económica, calidad en la prestación del servicio y equidad en la distribución del agua.”. Similar definición, se incorpora en el Instructivo impugnado, I Parte del Capítulo II, que establece: “**Juntas de Riego y/o Drenaje [...].** – Son organizaciones comunitarias sin fines de lucro, que tienen por finalidad la prestación del servicio de riego y/o drenaje, bajo criterios de equidad, solidaridad, interculturalidad, eficiencia económica, sostenibilidad del recurso hídrico, calidad en la prestación del servicio y en la distribución del agua.”.
56. Respecto de las formas colectivas y tradicionales de manejo del agua, la LORHUyA, en su artículo 48, señala que: “Se reconocen las formas colectivas y tradicionales de manejo del agua, propias de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades y se respetarán sus derechos colectivos en los términos previstos en la Constitución y la ley.”.
57. Asimismo, a través del artículo 52¹³ *ibidem*, la LORHUyA, reconoce el derecho propio o consuetudinario de las comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos

¹³ Art. 52 de la LORHUyA “Derecho propio o consuetudinario. Las prácticas consuetudinarias que se encuentren en aplicación para el acceso, uso y distribución del agua por parte de comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, constituyen práctica obligatoria para sus integrantes. La Autoridad Única del Agua llevará un registro de las prácticas consuetudinarias que aplican los sistemas comunitarios titulares de derechos colectivos, para el acceso, uso y distribución del agua por parte de comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades. Los órganos y dependencias de la Autoridad Única del Agua observarán las prácticas consuetudinarias registradas.

como práctica obligatoria para sus integrantes, siendo la Autoridad Única del Agua, la encargada de llevar un registro de las prácticas que aplican los sistemas comunitarios titulares de derechos colectivos, para el acceso, uso y distribución del agua por parte de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

- 58.** En esta línea, el artículo 71.f de la LORHUyA, relativo a los derechos colectivos sobre el agua, indica que:

Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro ecuatoriano y montubio desde su propia cosmovisión, gozan de los siguientes derechos colectivos sobre el agua: [...] f) Ser consultados de forma obligatoria previa, libre, informada y en el plazo razonable, acerca de toda decisión normativa o autorización estatal relevante que pueda afectar a la gestión del agua que discurre por sus tierras y territorios [...] Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades ejercerán estos derechos a través de sus representantes en los términos previstos en la Constitución y la ley.

- 59.** Los accionantes en el cargo relativo a la omisión de la realización de la consulta prelegislativa, mencionaron que “[...] para la expedición de este instructivo que afecta nuestros derechos colectivos [...] jamás se nos consultó soslayando este derecho irrenunciable y contraviniendo expresamente lo dispuesto en el art.57, no. 17 lo cual [...] [lo] vuelve inconstitucional...”. Pues a su criterio, dicha consulta, no es un mecanismo procedimental sino un derecho humano fundamental.

- 60.** A lo que SENAGUA, hoy Ministerio del Ambiente y Agua, respondió que:

[...] la consulta [...] se la realiza sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. [...] el instructivo se trata de la conformación y legalización de las juntas de agua, en ninguna de sus partes trata de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables [...] y menos aún se trata de una medida legislativa que solo puede ser adoptada por la Asamblea Nacional (Artículo 57 numeral 17).

- 61.** De lo expuesto, se observa que las JAAPyS, JAAPySR y JRyD, son organizaciones comunitarias sin fines de lucro, cuya finalidad es prestar el servicio público de agua potable, saneamiento, riego y drenaje, bajo criterios de equidad, solidaridad, interculturalidad, eficiencia y sostenibilidad, y que se reconoce las formas colectivas y tradicionales de manejo del agua, el derecho propio y las prácticas consuetudinarias de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

- 62.** En este contexto, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como miembros de dichas organizaciones comunitarias, dentro de la LORHUyA, se les reconoce derechos colectivos sobre el agua, entre los que consta ser consultados

Las referidas prácticas relacionadas con el acceso, consumo humano y uso doméstico del agua, no podrán limitar el libre uso de la misma establecido en esta Ley.”

acerca de toda decisión normativa relevante que pueda afectar a la gestión del agua que ocupe sus tierras y territorios.

- 63.** A juicio de los accionantes, previo a la expedición del Instructivo para la conformación, legalización y disolución de JAAPyS, JAAPySR o JRyD, correspondía realizar la consulta a la que se refiere el artículo 57.17 de la Constitución, y al haberse omitido dicha acción, se generó una vulneración de su derecho colectivo a la consulta prelegislativa.
- 64.** No obstante, la entidad accionada, refiere en primer lugar que no cabe la consulta previa, contenida en el artículo 57.7 de la Constitución, dado que el Instructivo no trata de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras comunitarias indígenas, sino de la conformación y legalización de juntas de agua. Y en segundo lugar aclara que, la expedición del Instructivo impugnado, no se asemeja a la emisión de una medida legislativa, toda vez que aquella solo puede ser adoptada por la Asamblea Nacional.
- 65.** En el presente caso, de la revisión de los alegatos emitidos por SENAGUA, se observa que dicha entidad, no realizó una consulta a las comunidades previo a la expedición del Instructivo impugnado, puesto que a su criterio, el Instructivo, no era una medida legislativa expedida por la Asamblea Nacional, asunto que ya fue zanjado por el Organismo en el párrafo que antecede, en el que se indicó que la consulta prelegislativa no se limita únicamente a aquellas emitidas por el órgano legislativo, sino de manera general a medidas normativas y administrativas.
- 66.** De lo señalado, la Corte advierte que la misma LORHUyA, reconoce la realización de la consulta prelegislativa y garantiza el artículo 57.17 de la Constitución, como una extensión de la norma constitucional en la ley, puesto que prevé para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afro ecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a ser consultados acerca de toda decisión normativa relevante que pueda afectar a la gestión del agua.
- 67.** De acuerdo a la misma ley, la gestión comunitaria del agua, comprende las diversas formas de participación en la protección del agua y en la administración, operación y mantenimiento de infraestructura de la que se beneficien los miembros de un sistema de agua, que no se encuentre bajo la administración del Estado, dicha gestión está a cargo de las comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y juntas de organizaciones de usuarios del servicio, juntas de agua potable y riego,¹⁴ por tanto, al tratar de regular dichas juntas que por ley comprenden todas las formas de participación y administración del agua comunitaria, a través de una medida normativa

¹⁴ Artículo 32 de la LORHUyA “[...] La gestión comunitaria la realizarán las comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y juntas de organizaciones de usuarios del servicio, juntas de agua potable y juntas de riego. Comprende, de conformidad con esta Ley, la participación en la protección del agua y en la administración, operación y mantenimiento de infraestructura de la que se beneficien los miembros de un sistema de agua y que no se encuentre bajo la administración del Estado.”

-Instructivo-, sin la respectiva consulta, se podría afectar a diversos derechos colectivos, ligados a las formas de organización social, la administración de los recursos y el derecho propio o consuetudinario de los miembros de las organizaciones comunitarias, más aún, cuando dichas prácticas, también se hallan reconocidas en la LORHUyA, tal como se señaló en los párrafos 56, 57 y 58 *supra*.

68. En virtud de lo manifestado, el Instructivo para la conformación, legalización, y disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016, no guarda armonía con el artículo 57 numeral 17 de la Constitución.

VII. Consideraciones adicionales

69. Esta Corte reitera la importancia del respeto a los procesos de participación que se encuentran consagrados en el texto constitucional, específicamente, el proceso de consulta prelegislativa, ello con la finalidad de otorgar a las comunidades la posibilidad de participar en la toma de decisiones que puedan resultar atentatorias y afectar sus demás derechos colectivos de manera positiva o negativa.
70. En este sentido, tal como se señaló en el párrafo 42 *supra*, la Corte insiste en la importancia de que las consultas prelegislativas se realicen en estricta observancia de los parámetros contenidos en el Convenio 169 de la OIT, es decir, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
71. Además, afirma la importancia de que dichas consultas, también se realicen en cumplimiento de los criterios señalados en la sentencia No. 001-10-SIN-CC, reiterados en la sentencia No. 38-13-IS/19, a saber:
1. *El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados;*
 2. *El carácter previo;*
 3. *El carácter público e informado;*
 4. *El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida;*
 5. *La obligación de actuar de buena fe de todos los involucrados;*
 6. *El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso;*
 7. *La definición previa y concertada de los sujetos y del procedimiento;*

8. *El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados;*
 9. *El carácter sistemático y formalizado;*
72. A lo anterior deben agregarse y considerarse los siguientes parámetros:¹⁵
1. *La finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas;*
 2. *Los compromisos alcanzados mediante este proceso deben ejecutarse de buena fe;*
 3. *El carácter indelegable. El sujeto obligado a cumplir con el proceso de consulta es el Estado en todos sus niveles y no puede confundirse esta obligación con la “socialización” o el “entendimiento” que realicen terceros en los procesos de consulta.*

VIII. Efectos de la sentencia

73. En el análisis constitucional se concluyó que el Instructivo no guarda armonía con la Constitución, por vulnerar el derecho de las comunidades indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos, por tanto, resulta inconstitucional. En esta línea, el artículo 95 de la LOGJCC consagra la posibilidad de que la Corte Constitucional difiera y postergue los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad “[...] cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general”.
74. En atención al artículo 95 de la LOGJCC, esta Corte considera que, en el presente caso, procede la declaratoria de constitucionalidad con efectos diferidos, otorgando al Ministerio del Ambiente y Agua un tiempo prudencial para expedir nuevamente el Instructivo, realizando la correspondiente consulta prelegislativa.
75. En este sentido, el Instructivo seguirá vigente por el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia; tiempo en el cual el Ministerio del Ambiente y Agua deberá ejecutar las gestiones necesarias para la expedición del Instructivo de reemplazo, precedido por la realización de una consulta prelegislativa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas cuyos derechos pudiesen verse afectados por el contenido del mismo. En caso de no realizarse la correspondiente consulta prelegislativa, el Instructivo perderá su vigencia en el plazo de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia. Además, dicho ministerio deberá tener en consideración que la consulta debe efectuarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las disposiciones

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 20-12-IN/20, párr. 158.

propuestas en el Instructivo, por lo que no deberá limitarse a ser un mero trámite formal.

IX. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Declarar la inconstitucionalidad del Instructivo para la conformación, legalización, y disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016, expedido mediante Acuerdo No. 1400 de 30 de septiembre de 2016 y publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 750 de 7 de noviembre de 2016, con efectos diferidos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 75 de la presente sentencia.
2. Otorgar al Ministerio del Ambiente y Agua un plazo máximo de un año desde la notificación de la presente sentencia para expedir un Instructivo que sustituya al Instructivo para la conformación, legalización, y disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016, realizando la correspondiente consulta prelegislativa a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas cuyos derechos pudiesen verse afectados por el contenido del mismo.
3. Disponer que, en el proceso de consulta a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la Defensoría del Pueblo actúe como garante de que la consulta se realice en los términos de la presente sentencia.
4. Ordenar al Ministerio del Ambiente y Agua que informe trimestralmente a esta Corte acerca de las medidas que sean adoptadas para hacer efectiva la consulta.
5. Notifíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet; en sesión ordinaria de miércoles 20 de octubre de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 69-16-IN

VOTO SALVADO

Jueces constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet

1. Con el acostumbrado respeto a los argumentos esgrimidos por la jueza ponente y por los magistrados que votaron a favor de la sentencia N° 69-16-IN/21 de 20 de octubre de 2021, nos permitimos disentir con el voto de mayoría respecto al análisis realizado dentro la acción pública de inconstitucionalidad del “*Instructivo para la Conformación, Legalización, y Disolución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento; Juntas Administradoras de Agua Potable y Saneamiento Regional, Juntas de Segundo y Tercer Grado y de Juntas de Riego y/o Drenaje de Primero, Segundo y Tercer Grado 2016*” (“instructivo”), expedido mediante Acuerdo No. 1400 de 30 de septiembre de 2016. La disidencia gira en torno a los siguientes argumentos:
2. En la sentencia se determina que el problema jurídico a resolver en la causa se circunscribe a verificar si: “*¿El Instructivo impugnado guarda armonía con el artículo 57.17 de la Constitución que reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a ser consultados antes de tomar una medida normativa que puede afectar cualquiera de sus derechos colectivos?*”. Para tal fin, se precisa categóricamente que se efectuará dicho análisis desde la misma perspectiva con la que se abordó el caso N° 20-12-IN/20 (ver párr. 38); siendo este el primer punto de desavenencia con el presente fallo, puesto que en la aludida sentencia los suscritos juzgadores emitimos nuestros respectivos votos salvado y en contra, específicamente, en lo que respecta al análisis constitucional de la figura de la consulta prelegislativa.
3. Ahora bien, dentro de la causa *sub judice* se manifiesta que el análisis sobre el objeto de la consulta prelegislativa es un asunto que se encuentra “*zanjado*” por la jurisprudencia de esta Corte¹, de manera que resultaría tautológico insistir en las razones que sustentan las discrepancias “*respecto a la interpretación extensiva del artículo 57.17 de la Constitución de la República del Ecuador*”²; sin embargo, en lo medular, el presente

¹ Concretamente, en el párrafo 65 de la sentencia se manifiesta que: “*En el presente caso, de la revisión de los alegatos emitidos por SENAGUA, se observa que dicha entidad, no realizó una consulta a las comunidades previo a la expedición del Instructivo impugnado, puesto que a su criterio, el Instructivo, no era una medida legislativa expedida por la Asamblea Nacional, asunto que ya fue zanjado por el Organismo en el párrafo que antecede, en el que se indicó que la consulta prelegislativa no se limita únicamente a aquellas emitidas por el órgano legislativo, sino de manera general a medidas normativas y administrativas*”.

² Al igual que en varios pasajes de la sentencia objeto de divergencia, nos remitimos al voto salvado del caso 20-12-IN/20 (jueza constitucional Carmen Corral Ponce), en el cual se expresa que: “*3. El análisis y la decisión indicada, desde mi criterio contiene una interpretación extensiva del artículo 57 número 17 de la Constitución que determina a la consulta pre-legislativa como un derecho colectivo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, estableciendo que deben ‘ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos’ (énfasis agregado). 4. En este punto se denota que el ejercicio de la potestad legislativa, esto es de expedición de leyes es exclusiva de la Función Legislativa, de conformidad con el Art. 120 número 6 de la Constitución; el resto*

voto salvado también disiente respecto al alcance con el que se está evaluando a la institución jurídica de la consulta prelegislativa conforme se evidenciará en los párrafos subsiguientes.

4. En el párrafo 75 de la sentencia se sostiene que: “(...) *la consulta prelegislativa no se limita únicamente a aquellas emitidas por el órgano legislativo, sino de manera general a medidas normativas y **administrativas***”. Esta afirmación extiende el ámbito de aplicación de la consulta prelegislativa (que debe ceñirse exclusivamente para actos legislativos) hacia otro tipo de medidas como las “administrativas”, lo que a nuestro juicio desnaturaliza el objeto de la consulta prelegislativa (en lo sucesivo “la consulta”).
5. La esencia de la consulta prelegislativa circunda fundamentalmente en obtener la opinión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (en adelante “comunidades indígenas”), antes de la adopción de una **medida legislativa**, esto es, previo a la promulgación de una ley sancionada por la Asamblea Nacional; lo que quiere decir, que la consulta se dirige únicamente para aquellos actos normativos de origen parlamentario y bajo ningún concepto hacia la generalidad de las **actuaciones administrativas**.
6. En referencia a lo mencionado *ut supra* compete aclarar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) prescribe que el control de constitucionalidad de los actos normativos abarca una doble dimensión: **a)** los de origen parlamentario³; y, **b)** aquellos no parlamentarios (entre los que se encuentran los actos administrativos de carácter general)⁴.
7. Dicho esto, es importante comprender que existen marcadas diferencias entre lo que significa una “medida administrativa” y “un acto administrativo de carácter general”, ya que aunque semánticamente aparenten ser acepciones semejantes o equivalentes, en la especie no lo son, debido a que una medida administrativa comporta una actuación -de **efectos generales o plurindividuales**- que se agota con su cumplimiento⁵ y que no son objeto de control abstracto de constitucionalidad (patentes, permisos, licencias, autorizaciones, etc.); en tanto, que un acto administrativo de **carácter general** es aquel que regula situaciones jurídicas en abstracto y permanece en el ordenamiento jurídico de forma positivizada hasta su expresa revocatoria⁶ (acuerdos, reglamentos, protocolos,

de entidades públicas cuentan con potestad normativa, pero no para expedir leyes, por lo tanto, una ‘medida legislativa’ la adopta la Asamblea Nacional y es en la expedición de leyes en donde se aplica la consulta pre-legislativa, mas no en Acuerdos, Decretos, Reglamentos, Resoluciones, u otra normativa secundaria”.

³ Art. 113 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁴ *Ibíd.*, art. 135.

⁵ Código Orgánico Administrativo: “Art. 98.- *Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.*”

⁶ *Ibíd.* “Art. 128.- *Acto normativo de carácter administrativo. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa.*”

etc.)⁷. Esta última clase de actos forman parte de la normativa de origen no parlamentario de “jerarquía infralegal”; es decir, no se tratan de leyes, sino, que en su lugar son normas objetivas que responden a los principios de **supraordinación y subordinación** del ordenamiento jurídico, esto es, que desarrollan y se derivan de una ley⁸, los cuales, por su cualidad normativa son sujetos de control abstracto de constitucionalidad.

8. En la sentencia *in examine* se confunden ambos aspectos: “medidas administrativas y actos administrativos de carácter general”. Es por ello, que no compartimos el criterio desarrollado en cuanto a que la consulta también se aplica para medidas administrativas en general, puesto que estas no ostentan una naturaleza normativa y, por ende, escapan del espectro de regulación de la consulta prelegislativa; siendo que existen otras figuras como la consulta previa o la ambiental, las cuales sí se formulan expresamente respecto de “medidas administrativas”.
9. De modo que, se debe precisar que la instrumentación de la consulta prelegislativa es atribuible única y exclusivamente para aquellas normas que se integran al ordenamiento jurídico con abstracción y generalidad, es decir las leyes, “*normas generales de interés común*”, según el artículo 132 inciso primero de la Constitución mas no para otra clase de actuaciones administrativas.
10. Otro punto de desacuerdo con la sentencia subyace en la declaratoria de inconstitucionalidad del instructivo por el hecho de no haberse realizado el procedimiento consulta prelegislativa, ante lo cual, cabe señalar, que la consulta no opera de forma automática en todos los casos; es decir, que no todo acto normativo que se relacione directa o indirectamente con un derecho colectivo debe ser forzosa e ineludiblemente sometido a un mecanismo de consulta prelegislativa.
11. Así, por ejemplo, aun cuando la consulta procediese ante cualquier tipo de acto normativo (criterio de mayoría), existen al menos dos variantes que se deberían

⁷ Para una mayor referencia se sugiere ver la sentencia N° 5-13-IA de 30 de junio de 2021, párrs. 24 al 28, donde se precisa sobre las diferencias entre actos administrativos generales, normativos y de simple administración.

⁸ Abelardo Torré, “Introducción al Derecho”, Capítulo V “La teoría de la norma jurídica y los conceptos jurídicos fundamentales”, Sección segunda “Teoría de la norma jurídica”, punto “Clasificación de las normas jurídicas”, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Décimo cuarta edición, 2003, p. 177-178 expone: “(...) 14.- *Por su jerarquía han sido divididas en fundamentales (o primarias) y derivadas (o secundarias) ... el derecho de cada estado constituye no un conjunto inorgánico de normas jurídicas, sino un todo ordenado o sistema de normas, entre las cuales hay relaciones de coordinación y de subordinación (o supraordinación) ... un sistema escalonado de normas ... de ese ordenamiento escalonado, cada norma deriva su validez de otra u otras jerárquicamente superiores ... (a su vez esa misma norma es la fuente de validez de otra u otras jerárquicamente subordinadas) ... Ej...Una ley será válida si encuadra en la Constitución, etc. (...)15.-Sobre esta base...1) fundamentales (o primarias o constitucionales): son aquellas normas que en cada sistema jurídico ocupan el plano más alto ... 2) derivadas (o secundarias, o comunes u ordinarias) : son las restantes del sistema jurídico (...)*” (énfasis agregado).

observar al momento de analizar el vicio de inconstitucionalidad por la ausencia del procedimiento de consulta de prelegislativa: **i)** la verificación de si la norma tiene como base o fundamento jurídico las prescripciones de otra norma que ha sido sujeta al mecanismo de consulta prelegislativa (verbigracia, la relación ley-reglamento); y, **ii)** el cercioramiento de que la norma impugnada afecte derechos colectivos.

12. Para el primer presupuesto es importante considerar que si la norma o regla que se acusa como inconstitucional cumple una función concretizadora o completaría de otra norma que ya ha sido previamente consultada, resulta desmedido exigir que dicha regulación este subyugada a un nuevo procedimiento de consulta prelegislativa, puesto que aquello “*significaría una duplicación de trámite[s]*”⁹ que dilataría innecesariamente el proceso de formación e implementación de la norma. En este caso no se ha procedido a contrastar la coexistencia de la consulta prelegislativa para la promulgación de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, norma en función de la cual se ha desarrollado el instructivo materia de impugnación (principio de subordinación normativa).
13. En cuanto al segundo elemento se debe relieves que la propia Constitución condiciona esta forma de participación a la adopción de medidas legislativas que puedan “**afectar derechos colectivos**”¹⁰, de manera, que el análisis de pertinencia de la consulta prelegislativa debe estar orientado para aquellos eventos en los que se advierta que la norma en cuestión pudiese menoscabar, perjudicar, alterar, gravar o influir negativamente¹¹ en los derechos de las comunidades indígenas. Este análisis se encuentra ausente en el texto de la sentencia, por lo que preocupa de sobremanera el reduccionismo con el que se está tratando a la figura constitucional de la consulta prelegislativa.
14. No se debe perder de vista que la implementación de un procedimiento de consulta requiere *-inter alia-* de una cuidada planificación, intervención de varias instituciones estatales, movilización de talento humano y en la gran mayoría de los casos del egreso de recursos públicos, por lo que deviene en un exacerbado formalismo condicionar como requisito de validez de toda norma o actuación administrativa que se realice de forma previa una consulta prelegislativa, aun cuando esta no tenga la potencialidad de afectar derechos colectivos.
15. En la práctica la aplicación de este tipo de precedentes, lejos de constituirse en una forma eficaz de resguardar los derechos colectivos, se erigen como verdaderas cortapisas a la hora de generar normas y políticas públicas que abonen en beneficio de las comunidades indígenas (por ejemplo, ante la falta de capacidad operativa o económica las instituciones del Estado se pueden abstener o retardar la emisión algún

⁹ Sentencia N° 20-12-IN, voto salvado de la jueza constitucional Carmen Corral Ponce, párr. 8.

¹⁰ Constitución de la República, artículo 57.17: “*Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos*”.

¹¹ Definiciones del término “afectar” obtenidos del Diccionario de la Lengua Española, a través del siguiente enlace: <https://dle.rae.es/afectar>.

tipo de regulación secundaria).

16. De otro lado, no se puede obviar que la consulta prelegislativa al tener relación con el ejercicio de derechos reconocidos en la Constitución, debe estar plenamente instrumentada en una ley orgánica (reserva de ley)¹²; en tal virtud, si el criterio de mayoría es conducente a extender el mecanismo de consulta prelegislativa para todo tipo de acto normativo, debería considerar aquello a fin de que se exhorte al órgano legislativo a dar inicio a la tramitación de la respectiva ley, pero nada de ello se menciona en la sentencia, lo que genera una suerte de inseguridad jurídica, en la que cada institución implementa su propio procedimiento de consulta prelegislativa siguiendo únicamente las directrices emitidas por la Corte¹³, mismas que por su naturaleza orientadora deberían ser temporales y no perennes.
17. En este punto, es imperativo mencionar que el único marco normativo que regula el procedimiento de la consulta prelegislativa en el país, es el incorporado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa¹⁴, con lo que se reafirma el criterio de que la consulta prelegislativa -conforme lo ha instituido el constituyente- se delimita privativamente al proceso de formación de las leyes, donde se discuten los temas sustantivos que efectivamente deben ser consultados, los cuales, en lo posterior se irán incorporando y desarrollando en el resto de la normativa secundaria (como la que se ha impugnado en la presente causa), por lo que no siempre será necesario duplicar o redundar en varios procedimientos de consulta para cada una de ellas.
18. Finalmente, en el párrafo 70 de la sentencia se expresa que: “(...) la Corte insiste en la importancia de que las consultas prelegislativas se realicen en estricta observancia de los parámetros contenidos en el Convenio 169 de la OIT, es decir, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Lo cual debe ser contextualizado, en razón de que la consulta prelegislativa debe propender a un diálogo intercultural genuino que permita arribar a acuerdos realizables, pero de ningún modo se puede afirmar que su finalidad sea la de obtener el “consentimiento” de las medidas propuestas, ya que si bien lo deseable sería llegar a consensos, esto no podría darse en todos los casos.
19. Así las cosas, existirán eventos en los que el escrutinio de la consulta arroje disensos mayoritarios, los cuales, en función de una justificación razonable (dependiendo del grado de afectación) pueden ser o no aceptados e incorporados en el texto normativo sometido a consulta. Sostener lo opuesto significaría que ante una mera oposición o disconformidad no se podría avanzar en un proceso de regulación (aunque implique un interés nacional), o que finalmente se deba imponer la voluntad de los sujetos

¹² Constitución de la República, art. 133: “Serán leyes orgánicas: (...) 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (...)”.

¹³ Corte Constitucional, sentencias N° 001-10-SIN-CC de 18 de marzo de 2010; y, 20-12-IN/20 de 01 de julio de 2020.

¹⁴ Articulado agregado por el art. 92 de la Ley s/n, R.O. 326-S, 10-XI-2020.

consultados sobre el Estado; por lo que conviene explicitar que de la exégesis del artículo 57.17 de la Constitución no se desprende que los efectos de la consulta prelegislativa sean vinculantes (que es lo que se estaría proyectando en el fallo), siendo este otro punto importante de desacuerdo con la sentencia.

20. En mérito de lo expuesto, nos permitimos consignar el presente voto salvado esperando que los criterios aquí razonados sean considerados en futuros debates, a fin de profundizar sobre los efectos y alcance de la consulta prelegislativa, que sin lugar a dudas no es un asunto que se encuentre del todo resuelto por la jurisprudencia constitucional.

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Dr. Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet, en la causa 69-16-IN, fue presentado en Secretaría General, el 05 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 16:16; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL