



SEÑORES JUECES DE LA SALA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1. Benjamin Michael Mace, australiano, mayor de edad, titular del pasaporte 8829911, en mi calidad de Presidente y, como tal, representante legal de la **Cámara de Minería del Ecuador**, según lo acredito con el nombramiento adjunto, dentro del **Caso No. 273-19-JP** seleccionado por la Sala de Selección para revisión y desarrollo de jurisprudencia vinculante, ante ustedes respetuosamente comparezco y manifiesto:

I

COMPARECENCIA

2. La Cámara de Minería del Ecuador (“CME”) es una entidad de derecho privado que tiene por objeto fomentar y propiciar el desarrollo de la actividad minera en el país, como industria organizada, prioritaria, concertada, técnicamente sostenible y social y ambientalmente responsable. Así también, uno de los objetivos primordiales de la CME es velar por la efectiva vigencia de los derechos de sus socios.

1

3. Con fundamento en el primer inciso del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), comparezco en calidad de *amicus curiae* y presento criterios jurídicos para mejor resolver. Debido a que los asuntos que son objeto de revisión tendrán un impacto decisivo para el desarrollo de la actividad minera en el país, solicito atentamente que los argumentos presentados sean valorados y acogidos.

II

ANTECEDENTES RELEVANTES

4. La Delegación Provincial de la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos y Mario Pablo Criollo Quenama, en calidad de presidente de la Comunidad A’i Cofán de Sinangoe (los “Accionantes”), presentaron una acción de protección y medida cautelar conjunta en contra del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables (“MERNNR”), la Agencia de Regulación y Control Minero (“ARCOM”), el Ministerio del Ambiente (“MAE”), la Secretaría Nacional del Agua (“SENAGUA”) y la Procuraduría General del Estado (“PGE”) en conjunto los “Accionados”. Esta acción se tramitó bajo el No. 21333-2018-00266 (la “Acción de Protección”).

5. Los Accionantes alegaron la vulneración de los derechos a la consulta previa y al territorio ancestral de la Comunidad A’i Cofán de Sinangoe (“la Comunidad”), así como la





violación a derechos de la naturaleza, por el otorgamiento de 20 concesiones mineras y encontrarse en trámite otras 32, ubicadas alrededor de los ríos Chingual y Cofanes, lo cual generaría un impacto en el río Aguarico y afectaría a la Comunidad. Sin embargo, es importante notar que, a lo largo de la demanda, los Accionantes indican que las actividades de exploración y explotación de minerales sobre el río Aguarico que pondrían en riesgo dichos derechos son producto de actividades de minería ilegal, esto es, actividades que se realizan sin contar con un título minero legalmente otorgado por la autoridad competente.

6. En la pretensión de la acción de protección, los Accionantes solicitaron que (i) se declare la violación del derecho a la consulta previa de la Comunidad y, en consecuencia, se disponga la reversión de las concesiones mineras otorgadas; (ii) se declare la violación del derecho al territorio de la Comunidad y los derechos a la naturaleza en la zona afectada, ordenándose la reparación de los daños causados; (iii) se determine la zona de amortiguamiento de la reserva Cayambe-Coca y la zona de protección hídrica, dentro de las cuales no se podrán realizar actividades mineras, (iv) se inicien los procesos sancionatorios para quienes han iniciado actividades de exploración o explotación minera sin contar con los permisos respectivos y (v) se disponga que a futuro no se otorguen concesiones sin que antes se efectúe la consulta previa y el Ministerio del Ambiente apruebe la licencia ambiental y el plan de manejo ambiental.

2

7. Pese a que una de las pretensiones de la demanda fue la reversión de las concesiones mineras otorgadas, los Accionantes no solicitaron al juez que se notifique y cuente con los titulares de las concesiones mineras. Además, los jueces que intervinieron en primera y segunda instancia nunca ordenaron que se notifique con la demanda y el inicio del procedimiento a los titulares de las concesiones mineras cuya reversión se pretendía, a fin de que puedan ejercer sus derechos constitucionales a la defensa y contradicción, dentro de un procedimiento judicial-constitucional en el que se determinarían sus derechos y obligaciones.

8. Mediante sentencia dictada el 3 de agosto de 2018, las 15h45, el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con Sede en el Cantón Gonzalo Pizarro, Provincia de Sucumbíos, aceptó la Acción de Protección por considerar vulnerado el derecho a la consulta previa de la Comunidad. Como medida de restitución, el Juez dispuso la suspensión de los trámites administrativos de concesión minera ubicados en la zona de los ríos Chingual, Cofanes y Aguarico, y dispuso que se realice la consulta previa a la Comunidad, en el ámbito de cada institución, conforme lo determina el artículo 90 de la Ley de Minería (la "Sentencia de Primera Instancia").



9. Mediante sentencia dictada el 16 de noviembre de 2018, a las 16h46, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos rechazó el recurso de apelación y declaró violados los derechos a la naturaleza, al agua, al medio ambiente sano, a la cultura y territorio de la Comunidad. En consecuencia, la Sala dejó sin efecto las concesiones mineras otorgadas en favor de personas jurídicas y/o naturales ubicadas en el territorio de la comunidad Cofán Sinangoe y su zona de influencia, incluidas las riberas de los ríos Chingual y Cofanes, desde sus nacientes y que luego forman el río Aguarico, y aquellas que puedan encontrarse dentro o próximas a la Reserva Ecológica Cayambe - Coca y que así mismo tengan proximidad geográfica a los antes citados ríos. Adicionalmente, se dispuso archivar todas las solicitudes de concesiones en trámite (la “Sentencia de Segunda Instancia”).

10. El 21 de octubre de 2019 la Sala de Selección de la Corte Constitucional resolvió seleccionar el caso para el desarrollo de jurisprudencia vinculante por considerar que se trata sobre concesiones mineras que se habrían otorgado sin realizar la consulta previa, libre e informada a los miembros de una comunidad indígena, pero que se habrían entregado en cumplimiento de los parámetros establecidos por las instituciones competentes, en base a los criterios de gravedad y relevancia y trascendencia nacional, previstos en el artículo 25, numeral 4, literales a y d, de la LOGJCC (el “Auto de Selección”).

3

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. El caso seleccionado, en realidad, no trata sobre consulta previa

11. Los párrafos 7 y 8 del Auto de Selección expresan que el caso trata sobre concesiones mineras que se habrían otorgado sin realizar la consulta previa e informada a los miembros de una comunidad indígena, y que el asunto presenta gravedad porque la actividad minera, de no ser adecuadamente consultada, podría afectar a los territorios ancestrales, debido a que induciría a un cambio radical en sus formas de vida y amenazaría con causar daño a la naturaleza, al agua, al medio ambiente, a la cultura, al territorio y a la salud.

12. Sin embargo, las concesiones mineras otorgadas o en trámite de otorgamiento, objeto de la Acción de Protección, no están ubicadas en territorios ancestrales de la Comunidad, hecho que excluye por completo el deber de efectuar consulta previa respecto de ellas. Los hechos que fundamentaron la violación de derechos no se relacionan a una omisión al deber de efectuar la consulta previa, sino al desarrollo de actividades de minería ilegal. Más aún, la Sentencia de Segunda Instancia seleccionada no declaró la violación del derecho a la consulta previa de la Comunidad, sino que, en forma expresa, indicó que ni



siquiera la consulta previa justificaría los destrozos que causaría la actividad minera para los habitantes de Lago Agrio y Sucumbíos en general, aun si no son parte de la Comunidad.

13. Por tanto, sería contrario al principio de congruencia que se establezcan criterios o parámetros sobre el derecho a la consulta previa cuando, en este caso, no era procedente consultar a la Comunidad. Adicionalmente, la regulación del derecho a la consulta previa le corresponde en forma privativa a la Asamblea Nacional, mediante ley orgánica, por mandato del artículo 133, numeral 2, de la Constitución. En la Sentencia No. 38-13-IS/19 la Corte Constitucional ratificó que existe una “reserva máxima legal para ley orgánica” en esta materia, “por cuanto es el único instrumento normativo de interés común habilitado para regular el ejercicio de derechos y garantías constitucionales”. Además, dicha sentencia declaró el incumplimiento parcial de la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, con relación a la regulación del derecho a la consulta previa, y le confirió a la Asamblea Nacional un año para expedir la ley orgánica respectiva. Este plazo todavía no ha fenecido.

14. Por lo expuesto, a fin de que se observe el principio de congruencia y la Corte resuelva sobre los temas constitucionalmente relevantes, es necesario definir los hechos que motivaron la presentación de la demanda y contrastarlos con lo decidido en la sentencia de la Acción de Protección. A lo largo de la demanda, los Accionantes alegaron que personas no identificadas ingresaron al territorio ancestral de la Comunidad para efectuar actividades de minería ilegal, hecho que afectó sus derechos. Específicamente alegaron que *“...después de varios meses de monitoreo y vigilancia ambiental la guardia indígena de Sinangoe observó dentro de su territorio ancestral a más de 50 mineros en actividades de búsqueda de oro con motobomba, canalón, tecla o draga...”*¹

4

15. En la demanda, los Accionantes citaron varias denuncias e informes que confirmaban (y así lo entendía la propia Comunidad) que las actividades eran desarrolladas por personas dedicadas a la minería ilegal. Por ejemplo, el Informe N° 11-CPDOT Y PC-GADMCGP-2017 emitido el 17 de agosto de 2017 por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gonzalo Pizarro indicó textualmente que *“El desarrollo de la actividad minera en el río Aguarico en torno a los territorios de Sinangoe, está generando niveles de inseguridad a los comuneros. La minería ilegal, cacería furtiva, tala ilegal del bosque y pesca no convencional están afectando gravemente las formas de vida y pervivencia de la Comunidad A’I Cofán de Sinangoe”*².

¹ Ver sentencia de primera instancia dictada el 3 de agosto del 2018, las 15h45.

² Ibidem.



16. Además, en forma expresa, los Accionantes aseveraron que las actividades de minería ilegal denunciadas estaban siendo desarrolladas fuera de las áreas legalmente concesionadas, con excepción de dos concesiones, Prosperidad y Puerto Libre, en las que supuestamente ya se estaban efectuando actividades de explotación minera. Luego, tras una simple revisión al catastro minero en la página web de la ARCOM, los Accionantes encontraron que 20 concesiones mineras se otorgaron cerca de las riberas del río Aguarico y sus cabeceras, ríos Chingual y Cofanes, y que existían otras 32 en trámite. De esta forma dedujeron, sin ningún sustento, que en todas estas concesiones se estaban desarrollando actividades mineras.

17. Durante la tramitación del procedimiento, el MERNNR informó que ni una sola de las 52 concesiones objeto de la Acción de Protección está ubicada dentro del territorio de la Comunidad³, y adjuntó un mapa sobre los territorios de posesión ancestral reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería. Por su parte, el MAE presentó el plan de manejo ambiental del Parque Nacional Cayambe-Coca en el cual consta el mapa del plan de manejo ambiental y la zona de amortiguamiento, dentro de la cual no existe una sola concesión minera otorgada ni en trámite⁴. Igualmente, la SENAGUA señaló que, al no existir actividad minera planificada, sería prematuro requerir los certificados de aprovechamiento de uso de agua.

5

18. A pesar de lo expuesto, en forma arbitraria, la Sentencia de Primera Instancia declaró la vulneración del derecho a la consulta previa y, como medida de restitución, dispuso la suspensión de los trámites de concesión minera ubicados en la zona de los ríos Chingual, Cofanes y Aguarico, y que se realice la consulta previa, conforme lo determina el artículo 90 de la Ley de Minería⁵. Sin embargo, esta sentencia en ningún momento analizó en forma concreta (i) la ubicación geográfica de las concesiones dentro del territorio de la Comunidad, (ii) el desarrollo de actividades mineras por parte de los titulares de las concesiones, (iii) la etapa de la actividad minera correspondiente a cada concesión, ni (iv) las actividades específicas realizadas en cada concesión que haya derivado en la violación de derechos.

19. Sin el análisis de estos elementos mínimos, era imposible establecer la omisión al deber de consulta previa. Si el juez hubiese verificado que ni una sola de las concesiones fue otorgada en el territorio ancestral de la Comunidad o que en ellas todavía no se desarrolla

³ Ver sentencia de segunda instancia dictada el 16 de noviembre de 2018, las 16h46.

⁴ Ver sentencia de segunda instancia dictada el 16 de noviembre de 2018, las 16h46.

⁵ El artículo 90 de la Ley de minería se refiere a la Consulta Ambiental reconocida en el artículo 398 de la Constitución y que no se relaciona con la Consulta previa, ver: Sentencia de la Corte Constitucional No. 001-10 SIN-CC, p. 48

algún tipo de actividad minera, habría resuelto que no había obligación de efectuar consulta previa. Como se explicará más adelante, la consulta previa únicamente debe realizarse cuando existan planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren dentro del territorio de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

20. Posteriormente, al resolver el recurso de apelación interpuesto por los Accionados, la Sentencia de Segunda Instancia consideró irrelevante el análisis sobre la consulta previa. Dicha sentencia analizó los supuestos daños que la actividad minera, en forma abstracta y general, ocasiona a la naturaleza, a las comunidades indígenas e incluso a los habitantes de Lago Agrio y de la provincia de Sucumbíos. Así, el tribunal ad quem se pronunció sobre los riesgos que, en su criterio, conlleva la actividad minera en general, y no sobre los efectos de la omisión al deber de consulta a las comunidades indígenas sobre planes y programas dentro de su territorio. La Sentencia de Segunda Instancia manifestó que:

“ni aún con procesos de consulta se justificaría la destrucción parcial de uno de los pocos espacios que a la simple observación representa la belleza natural en su máxima expresión...” (el énfasis me pertenece)

6

21. Además, en lugar de analizar los perjuicios causados a la Comunidad por la minería ilegal que originaron las afectaciones alegadas en el caso concreto, el tribunal ad quem calificó en términos despectivos a toda la industria minera, haciendo evidente su parcialidad. Por ejemplo, la sentencia expresó que *“el modelo mecanizado de la búsqueda y obtención del ‘metal precioso’, cuya explotación por cierto, no beneficia al pueblo Cofán, ni a otros del Ecuador mayoritario, sino que sirven para acaudalar fondos en carteras financieras privadas, de tal manera que desde esta óptica no se presenta diferencia entre los [mineros] legales y los ilegales.”* Así también, la Sentencia de Segunda Instancia señala que:

*“la minería destruye fuentes hídricas, constituyen un riesgo para la salud y el ambiente constituyen un riesgo para la salud y el ambiente (sic); pérdida de biodiversidad y erosión genética por intervención y destrucción de ecosistemas frágiles. **Que las concesiones otorgadas y aquellas planificadas concederlas traerían irrefutablemente consecuencias negativas, impactos negativos, inmediatos, a mediano y largo plazo en perjuicio del medio ambiente y la población que vive en el entorno de las minas y yacimientos, aguas abajo o en la dirección del viento, etc...**”* (el énfasis me pertenece)

⁶ Ver sentencia de segunda instancia dictada el 16 de noviembre de 2018, las 16h46.

22. Por lo tanto, la Sentencia de Segunda Instancia no declaró la violación del derecho colectivo a la consulta previa de la Comunidad, ni dejó sin efecto las concesiones legalmente otorgadas por la omisión al deber de consulta previa. En realidad, las concesiones fueron revertidas por la simple animadversión del tribunal ad quem a la actividad minera en general, que consideró pertinente prohibir el desarrollo de actividades mineras, independientemente de si estas se realicen dentro o fuera del territorio de la Comunidad, o en cumplimiento o no de los requisitos constitucionales y legales que rigen la materia. Inclusive, llama la atención que el tribunal ad quem consideró igualmente lesivas a las actividades mineras legales que a las ilegales, lo cual resulta absolutamente arbitrario.

23. Esta animadversión del tribunal ad quem, a más de demostrar la parcialidad con la que resolvió la causa, implica un desconocimiento del texto constitucional. Esto, en la medida en que, si a criterio de los jueces existió un “daño ambiental”, lo que operaba era la reparación de este conforme el Art. 396 de la Constitución. El sostener como razonamiento jurídico para revertir -arbitrariamente- las concesiones mineras, que *“las concesiones otorgadas y aquellas planificadas concederlas traerían irrefutablemente consecuencias negativas, impactos negativos, inmediatos, a mediano y largo plazo en perjuicio del medio ambiente”*, implica desconocer que en el Ecuador, de acuerdo con el Art. 407 de la Constitución, la minería es una actividad lícita, cuyo desarrollo se encuentra sometido a una serie de condiciones sociales, ambientales y económicas.

7

24. En consecuencia, al momento de dictar la sentencia, la Corte deberá constatar que las concesiones otorgadas y en trámite, objeto de la Acción de Protección, no están ubicadas en el territorio de la Comunidad A'i Cofan de Sinangoe y por ende no existía el deber de efectuar la consulta previa. Al no tratarse de un caso de consulta previa, como se ha dicho, la Corte no podría establecer parámetros, criterios o efectos de la consulta previa. Al contrario, es necesario que la Corte Constitucional aborde el verdadero problema, relativo a las actividades de minería ilegal que sí constituyen un riesgo para las comunidades y pueblos indígenas, así como para la industria minera legal, social y ambientalmente responsable y que, de acuerdo con el artículo 260 del Código Orgánico Integral Penal, constituye un delito.

B. El derecho a la consulta previa: características, límites y requisitos

25. En el supuesto no consentido de que la Corte Constitucional considere que los hechos del caso sí se refieren a violaciones al derecho a la consulta previa, propongo criterios jurídicos sobre la naturaleza del derecho a la consulta previa, así como de sus



características, límites, y requisitos que deben cumplirse para determinar la necesidad de realizarla. Estos criterios confirman que, a la luz de los hechos del caso, el Estado no estaba obligado a efectuar la consulta previa a la Comunidad como un requisito para el otorgamiento de las concesiones mineras, ni tampoco debía hacerlo respecto de aquellas que estaban en trámite.

a. El derecho a la consulta previa

26. El derecho a la consulta previa constituye una garantía específica de participación para comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas relacionada con proyectos de explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan generar afectaciones al medio ambiente y a sus derechos culturales⁷. Las características y requisitos de la consulta previa han sido desarrolladas en instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República y en sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional. Por tanto, la relación entre prácticas extractivas, la territorialidad y la consulta previa, debe entenderse al analizar la normativa y la jurisprudencia que se ha dictado al respecto.

8

27. En el año 1992 la Organización de Naciones Unidas realizó la conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ante la necesidad de alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo fue adoptada en 1992 en Río de Janeiro, Brasil⁸ y está conformada por 27 principios, que establecen normativa relacionada con el “desarrollo sostenible”, como un compromiso de los Estados para generar un equilibrio entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico.

28. Dentro de sus principios se establece que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.⁹ Así, se reafirma la soberanía que tiene cada Estado para aprovechar los recursos naturales dentro de su territorio.

⁷ Constitución de la República, artículo Art. 57 numeral 7

⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (popularmente conocida como la Cumbre de la Tierra)

⁹ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Principio 2: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de

29. La intención de la Organización de Naciones Unidas nunca fue la prohibición de prácticas extractivas, sino el establecimiento de principios que permitan realizarlas bajo reglas claras mediante un equilibrio entre la protección ambiental y la necesidad de los Estados de generar desarrollo económico con sus recursos.

30. Respecto a la participación de la sociedad, el principio 10 de la Declaración de Río determina que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de la ciudadanía¹⁰. Por lo tanto, toda persona debe tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.

31. La Declaración de Río también dispone que las poblaciones indígenas y sus comunidades, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales¹¹. La participación de los pueblos y nacionalidades respecto de prácticas extractivas debe estar encaminada al equilibrio necesario entre la protección del medio ambiente con el desarrollo económico, su instrumentación se implementó, entre otros, por la Organización Internacional de Trabajo como se verá a continuación.

32. La Organización Internacional del Trabajo ("OIT"), fue creada por el Tratado de Versalles en 1919, como la agencia especializada de las Naciones Unidas para promoción de trabajo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana¹². Dentro de su ámbito de acción, la OIT preparó el Convenio No. 169, tratado internacional adoptado en Ginebra – Suiza el 27 de junio de 1989, en el que se acordó en forma tripartita (Estados,

aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional"

¹⁰ Ibidem, Principio 10: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."

¹¹ Ibidem, Principio 22: "Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."

¹² <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/research-guides/history/lang--es/index.htm>

organizaciones de empleadores y trabajadores), un consenso respecto a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Este instrumento constituyó un avance en materia de protección de pueblos y nacionalidades indígenas, y es reconocido como la línea base para la aplicación de la consulta previa en relación con prácticas extractivas en territorios indígenas.

33. El Convenio No. 169 reconoce el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas para decidir sobre su territorio y los recursos naturales que se encuentran en el mismo. Uno de los principales objetivos del Convenio es garantizar la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas respecto de las practicas extractivas que puedan afectar su vida, creencias y territorio, a través de un procedimiento de consulta previa¹³. El procedimiento de consulta previa está centrado en la participación de los pueblos y el compromiso principal asumido por los Estados que han ratificado el Convenio, implica la obligación de asumir la responsabilidad de desarrollar esta participación mediante una acción coordinada y sistemática.¹⁴

34. Uno de los hitos importantes del Convenio No. 169 radica en que la obligación de consultar no recae sobre las empresas encargadas de la exploración o explotación de recursos naturales, sino es deber del Estado. Incluso el Convenio prevé que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente¹⁵. Es claro que el asunto territorial es de suma importancia a la hora de definir la realización de una Consulta, sobre lo cual me referiré más adelante.

35. El Convenio No. 169 prevé que los gobiernos consulten a los pueblos indígenas, cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.¹⁶ Bajo los términos del Convenio, los Estados deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas para determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados¹⁷. Además, las consultas deberán efectuarse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.¹⁸ Sin embargo, los resultados de la consulta no tienen el carácter de vinculante ni otorgan el derecho de veto a los pueblos consultados.

¹³ Convenio 169 OIT, artículo 15 numeral 2.

¹⁴ Ibidem, artículo 2

¹⁵ Ibidem, artículo 14 numeral 2

¹⁶ Convenio 169 OIT, artículo 6

¹⁷ Ibidem, artículo 15.2

¹⁸ Ibidem, artículo 6.2

36. La Constitución de la República también consagra el derecho a la consulta previa de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador reconoció que la Constitución del Ecuador es una de las más avanzadas del mundo por la forma en la que ha recogido el derecho a la consulta previa¹⁹. El constituyente reconoció este derecho con base en las disposiciones del Convenio No. 169, ratificando que los resultados de la consulta previa no son vinculantes, indicando que si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.²⁰

37. Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 001-10 SIN-CC resolvió una acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de la Ley de Minería, y determinó que los parámetros específicos que deben tomarse en cuenta en un proceso de consulta previa son aquellos desarrollados por la OIT²¹. La Corte expresamente reconoció que el resultado de la consulta previa no es vinculante para el Estado y sus instituciones, pero que la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado²².

11

b. Características del derecho a la consulta previa

38. Por lo expuesto, corresponde analizar el contenido del derecho a la consulta previa reconocido en el artículo 57, numeral 7, de la Constitución de la República:

“Art. 57.- 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

¹⁹ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párrafo 301.

²⁰ Ibidem, artículo 57 numeral 7

²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 001-10 SIN-CC

²² Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 0038-13-IS dispuso que la Asamblea Nacional expida una ley orgánica que regule el derecho a la consulta previa con base en los parámetros establecidos en la Sentencia No. 001-10 SIN-CC y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

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”

39. Del artículo citado se desprenden tres características de la consulta previa, la cual debe ser previa, libre e informada. A continuación, se analizan estas características para determinar si se aplican a los hechos del caso.

i. La consulta debe ser previa

40. La consulta debe ser previa para que la comunidad tenga la posibilidad de analizar la información y debatirla internamente. Las Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM)²³, señalan que la consulta debe tratarse con antelación al comienzo de actividades que puedan causar perjuicios en su territorio. La Organización Latinoamericana de Energía realizó un estudio sobre los desafíos para la aplicación de la consulta previa, en la que recogió el estándar del Convenio 169 de la OIT y determinó que la consulta debe llevarse a cabo antes de las actividades a desarrollar en el territorio de los pueblos²⁴.

12

41. Uno de los objetivos de la consulta es la participación de la comunidad en los beneficios que los proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales causados en su territorio. Por ende, no tiene sentido realizar una consulta previa cuando no hay un proyecto específico a desarrollarse en sus territorios, ni tampoco cuando existe una concesión otorgada pero todavía no se ha aprobado el tipo de actividad minera a realizarse ni las características del proyecto en particular, ya que no existirán los estudios necesarios para analizar las posibles afectaciones que se puedan generar o los beneficios que se pueden compartir con la comunidad. En el caso concreto, no existe actividad alguna planificada en las concesiones otorgadas, menos aún en aquellas en trámite para su otorgamiento.

42. Para que la consulta sea previa y eficaz, esta necesariamente debe efectuarse con anterioridad a la realización de actividades que generen una posible afectación ambiental o

²³ Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 15, disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDG_training_16SP.pdf

²⁴ Consulta previa, libre e informada: Desafíos para su aplicación en el sector hidrocarburos, pág. 6, disponible en:

<http://www.olade.org/publicaciones/consulta-previa-libre-e-informada-desafios-aplicacion-sector-hidrocarburos/>

cultural a la comunidad. La temporalidad de la consulta es trascendental, habida cuenta que la razón por la que se realiza una consulta nace de la posibilidad material que se ejecuten proyectos extractivos, de modo que será tan ineficaz si se realiza tardíamente como si se realiza de manera innecesariamente anticipada, como se ha pretendido en este caso.

43. La OIT emitió el Manual para los Mandantes Tripartitos, elaborado por el Programa para Promover el Convenio No. 169, facilitando una herramienta práctica para comprender la importancia, el alcance y las implicaciones del Convenio y para fomentar esfuerzos conjuntos para su aplicación²⁵. Este instrumento definió la necesidad de consultar antes de la prospección o explotación de los minerales y los recursos del subsuelo (Artículo 15.2 del Convenio)²⁶. El Manual señala que *"...el Convenio subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas circunstancias que incluyen la consulta previa a la prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras..."*²⁷. Estas circunstancias, naturalmente, se refieren al desarrollo de las fases de la actividad minera, mas no al otorgamiento de la concesión.

44. El artículo 31 de la Ley de Minería permite al Estado otorgar concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de personas naturales o jurídicas, conforme a las prescripciones de la Constitución, la ley y su reglamento. Si bien el título minero 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, la ley es sumamente clara al señalar que el concesionario minero solamente puede ejecutar las actividades que le confiere el título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.

45. La apreciación parcializada del tribunal ad quem sobre el desarrollo de la actividad minera, en general, tuvo por objetivo restringirla por cualquier medio, desconociendo que es una actividad económica lícita reconocida por los artículos 313, 316 y 407 de la Constitución. Además, el tribunal ad quem omitió un análisis que era indispensable, pues no examinó las distintas fases de la minería y las actividades específicas que se realizan en cada una de ellas, lo cual le llevó a considerar erróneamente que el solo otorgamiento de una concesión minera puede tener como resultado próximo la afectación al ambiente, a la naturaleza y a los derechos de las comunidades indígenas.

²⁵ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, disponible en: https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/indigenous-and-tribal-peoples/WCMS_205230/lang-es/index.htm

²⁶ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 12

²⁷ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 13

46. Es sumamente importante aclarar que el acto administrativo de otorgamiento de una concesión minera le confiere al titular el derecho para realizar actividades mineras, pero no le permite iniciarlas sino hasta después de cumplir los requisitos previstos en la normativa para el inicio de cada una de las fases. El artículo 27 de la Ley de Minería prescribe que las fases de la actividad minera son:

- a) Prospección, que consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas;*
- b) Exploración, que consiste en la determinación del tamaño y forma del yacimiento, así como del contenido y calidad del mineral en él existente. La exploración podrá ser inicial o avanzada e incluye también la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y el diseño de su explotación;*
- c) Explotación, que comprende el conjunto de operaciones, trabajos y labores mineras destinadas a la preparación y desarrollo del yacimiento y a la extracción y transporte de los minerales;*
- d) Beneficio, que consiste en un conjunto de procesos físicos, químicos y/o metalúrgicos a los que se someten los minerales producto de la explotación con el objeto de elevar el contenido útil o ley de los mismos;*
- e) Fundición, que consiste en el proceso de fusión de minerales, concentrados o precipitados de éstos, con el objeto de separar el producto metálico que se desea obtener, de otros minerales que los acompañan;*
- f) Refinación, que consiste en el proceso destinado a convertir los productos metálicos en metales de alta pureza;*
- g) Comercialización, que consiste en la compraventa de minerales o la celebración de otros contratos que tengan por objeto la negociación de cualquier producto resultante de la actividad minera; y,*
- h) Cierre de Minas, que consiste en el término de las actividades mineras y el consiguiente desmantelamiento de las instalaciones utilizadas en cualquiera de las fases referidas previamente, si no fueren de interés público, incluyendo la reparación ambiental de acuerdo al plan de cierre debidamente aprobado por la autoridad ambiental competente.*

14

47. En la primera fase de prospección, los requisitos normativos son mínimos por tratarse de una fase libre para buscar sustancias minerales²⁸. El artículo 28 de la Ley de Minería prescribe que toda persona natural o jurídica tiene la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales. La prospección consiste en tareas

²⁸ Ley de Minería, artículo 28.

de observación visual, actividades de geofísica remota y recolección manual de muestras superficiales y suelos, en cantidades no comerciales.

48. El artículo 26 de la Ley de Minería prescribe que antes del inicio de actividades mineras deben expedirse los actos administrativos previos que se refieren al otorgamiento de las autorizaciones ambientales por parte del MAE (la que corresponda a cada fase del proyecto minero, conforme a la legislación ambiental), y la certificación de no afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea, así como del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua, por parte de SENAGUA. En lo que respecta a la fase de exploración inicial, la normativa requiere un registro ambiental y para las fases de exploración avanzada y explotación una licencia ambiental.

49. Por tanto, es incorrecto considerar que el simple otorgamiento de una concesión minera, a través del acto administrativo correspondiente, active la obligación de efectuar una consulta previa, ya que ésta no es un requisito establecido en nuestra legislación para su otorgamiento. En este caso, los Accionados probaron que no se habían dictado los actos administrativos previos, por lo que no existía riesgo alguno de que los concesionarios realicen actividades mineras de exploración o explotación que puedan generar impactos a las comunidades indígenas asentadas dentro del área de la concesión. En este contexto, no podía ni debía realizarse consulta previa de ningún tipo.

15

ii. La consulta debe ser libre

50. La consulta debe ser libre, esto es, que la comunidad no esté sujeta a presiones o intimidaciones al momento de realizar el proceso de consulta, lo cual implica que no haya coerción, ni manipulación²⁹.

iii. La consulta debe ser informada

51. La consulta debe ser informada, es decir, que debe aportar a la comunidad la información relacionada con el proyecto extractivo, presentada en un lenguaje que sea accesible al pueblo o nacionalidad. Nuevamente, las Directrices del GNUD señalan que la información de la Consulta debe abarcar al menos los siguientes aspectos:

“a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;

²⁹ Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 30

- b. Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad;*
- c. La duración del proyecto o la actividad;*
- d. Los lugares de las zonas que se verán afectados;*
- e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.*
- f. El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas).*
- g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto.³⁰*

52. Es evidente que para poder dotar toda esta información, el proyecto extractivo debe tener un nivel de avance al menos estructural para entregar a la Comunidad la información relacionada con el proyecto. Esta información no puede estar disponible con el simple otorgamiento de la concesión, sino que depende de las distintas fases de la actividad minera a desarrollarse. Entonces, una consulta que se realiza antes del otorgamiento de una concesión minera no podría otorgar a la Comunidad la información requerida y sería inútil.

16

53. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente sentencia dictada en el caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, señaló que cuando el Estado realice actos, obras o emprendimientos sobre territorios indígenas que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, debe estar precedido, según corresponda, de la provisión de información a las comunidades indígenas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas³¹. Incluso el estándar interamericano reconoce la necesidad de contar con la información suficiente para la Comunidad. Nuevamente, esta información no existe al momento de otorgar una concesión minera, sino antes al desarrollo de la actividad minera específica.

54. Analizadas las características de la consulta previa, está claro que su finalidad no es la restricción de prácticas extractivas, sino que los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas estén informados sobre los posibles daños y que puedan participar respecto de esa información. El aspecto temporal de la consulta es de suma importancia para su eficacia.

³⁰ Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 30

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, par. 328

c. Requisitos para que proceda la consulta previa

55. El artículo 57, numeral 7, de la Constitución de la República, establece requisitos claros para la procedencia de la consulta previa. Para efectos de este análisis, del citado artículo se deben desprender tres requisitos indispensables y concurrentes: (i) la existencia de un pueblo, nacionalidad o comunidad indígena, (ii) la existencia de un territorio perteneciente a dicho pueblo, nacionalidad o comunidad indígena, y (iii) la existencia de planes o programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente.

56. Respecto del primer requisito, es evidente que al tratarse de un derecho colectivo de pueblos, nacionalidades o comunidades indígenas, la consulta previa únicamente debe efectuarse cuando los planes o programas afecten a dichos colectivos. Cuando las personas afectadas no pertenecen a dichos colectivos no hay deber de consultar. Además, el Convenio No. 169 de la OIT estipula que los pueblos indígenas deben ser consultados a través de sus instituciones representativas³². Al respecto el Manual para los Mandantes Tripartitos de la OIT, estableció el siguiente criterio objetivo para identificar una comunidad indígena:

“Descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales³³.”

57. Las Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, señalan que el Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 se aplica a:

“- Pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

- Los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del

³² Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 15

³³ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 2

establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

- El Convenio también declara que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá ser considerada un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (auto-determinación)³⁴

58. En este sentido, si el pueblo o nacionalidad no es afectado por el proyecto objeto de la consulta, la misma será ineficaz. Así se han pronunciado los expertos de la OIT:

“Si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio» (Consejo de Administración, 282ª reunión, 2001, GB.282/14/2).³⁵

18

59. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Sarayaku estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural. En este sentido uno de los principios fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está establecido en el Convenio No. 169 de la OIT.

60. Concordantemente, el segundo requisito de territorialidad es trascendental a la hora de definir la necesidad de hacer o no consulta previa. La sentencia seleccionada por esta Corte ha desconocido la importancia de la ubicación territorial, a pesar de que existen mapas e identificaciones geográficas de las concesiones mineras que demuestran que no están ubicadas en territorios ancestrales de la Comunidad. Sin embargo, el tribunal ad quem con apreciaciones subjetivas resolvió que el requisito del territorio no es aplicable:

“...Por otra parte los accionados han señalado que las concesiones otorgadas no se encuentran dentro del territorio adjudicado a Ai Cofán Sinangoe, sin

³⁴ Directrices sobre cuestiones relativas a pueblos indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 8

³⁵ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 15

embargo el criterio y la visión sobre los territorios de los pueblos ancestrales, van más allá de las formas culturales occidentales, de la forma de fijar los límites de una heredad, tal como si se tratara de una finca o los puntos de referencia de un espacio para el deporte, cuando esa no es la realidad, por ello que es falso el argumento de que el Estado le otorgó territorio al Pueblo Cofán, cuando el pueblo cofán ha sido dueño de esos territorios antes de la existencia del Estado del Ecuador, por tanto fijar líneas o rayar o poner hitos a su territorio es condenarle a un encarcelamiento cultural, atentar contra su existencia y su cultura; lo que ocurre es que se requiere tener la mínima capacidad de entender la cosmovisión de estos pueblos ancestrales, capacidad de la que desafortunadamente carecen los representantes del Estado que ha acudido a representarlo...”

61. Este criterio es errado pues la misma Constitución de la República y la ley disponen que la consulta previa solo debe realizarse respecto de proyectos que puedan generar afectaciones a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena en su territorio. Además, el artículo 57, numerales 4 y 5, de la Constitución, reconoce y garantiza a los pueblos y nacionalidades indígenas la posesión y conservación de la propiedad de sus tierras y territorios ancestrales. Así también, la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales define al territorio en posesión y propiedad ancestral de las comunidades indígenas:

19

“Art. 3.- Posesión y propiedad ancestral. Para efectos de esta Ley, se entiende por tierra y territorio en posesión y propiedad ancestral, el espacio físico sobre el cual una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad de origen ancestral, ha generado históricamente una identidad a partir de la construcción social, cultural y espiritual, desarrollando actividades económicas y sus propias formas de producción en forma actual e ininterrumpida.”

62. De acuerdo a esta Ley, las tierras y territorios ancestrales serán delimitados por la Autoridad Agraria Nacional, asegurando el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a mantener la posesión de sus territorios, entendido como un espacio físico determinado³⁶. De manera concordante, el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados respecto de afectaciones generadas por extracción de recursos **en sus tierras**.

³⁶ Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, artículo 79

63. En consecuencia, para que proceda la realización de consulta previa debe existir un proyecto extractivo que potencialmente genere afectaciones al territorio reconocido de una comunidad. Respecto al territorio, el Manual para los mandantes tripartitos de la OIT ha señalado que el Convenio 169 reconoce un derecho de los pueblos indígenas a las tierras y que *“el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se fundamenta en la ocupación y en el uso tradicionales”*³⁷. Por tanto, es falso lo afirmado por el tribunal ad quem de que el territorio es un criterio irrelevante al momento de analizar la procedencia de la consulta previa y del desarrollo de actividades mineras en general.

64. Esta subjetiva apreciación del tribunal ad quem impide la adecuada identificación del territorio de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, y genera un precedente preocupante de inseguridad jurídica, por dos razones fundamentales. Primero, cualquier pueblo, nacionalidad o comunidad indígena podrá pretender, a futuro, que cualquier territorio sea considerado ancestral aun cuando sobre aquel no ha generado históricamente una identidad. Segundo, cualquier autoridad judicial podrá dejar sin efecto concesiones mineras o prohibir el desarrollo de actividades mineras por no haber efectuado consulta previa a una comunidad, sin analizar si estas concesiones o actividades se encuentran dentro del territorio ancestral de dicha comunidad.

20

65. Finalmente, respecto del tercer requisito, ya se ha dicho que en el proceso jamás se acreditó la existencia de planes o programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras de la Comunidad A'í Cofan de Sinangoe y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. Los Accionados demostraron que no se han emitido los actos previos previstos en el artículo 26 de la Ley de Minería, debido a que no está planificado ni proyectado todavía el desarrollo de alguna de las fases de la actividad minera en las concesiones objeto de la Acción de Protección. Por consiguiente, las supuestas afectaciones a la Comunidad no fueron producidas por los concesionarios, sino por mineros ilegales que constituyen el verdadero peligro para las comunidades, la naturaleza y para la industria minera legal.

D. La acción de protección no puede ser utilizada como un mecanismo para afectar los derechos constitucionales de terceros

66. Existe un problema jurídico de relevancia constitucional que no fue observado por la Sala de Selección al momento de dictar el Auto de Selección respectivo, e

³⁷ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, pág. 21

inexplicablemente tampoco por la Sala de Admisión al inadmitir las acciones extraordinarias de protección interpuestas por los titulares de las concesiones mineras. La Sentencia de Segunda Instancia dejó sin efecto 20 concesiones legalmente otorgadas y ordenó el archivo de las 32 que estaban en trámite, sin haber contado con las personas que serían afectadas por esta decisión judicial y que debían ser parte. Así, se violaron los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso de terceros que no fueron parte del proceso, pese a que estaban en discusión sus derechos e intereses legítimos y, por tanto, debió garantizarse plenamente su defensa.

67. En este caso, al haberse pretendido en la demanda la reversión de 20 concesiones mineras vigentes, los jueces que actuaron en el proceso debieron haberse percatado que, al resolver la Acción de Protección, estaban decidiendo sobre derechos de terceros, adquiridos con fundamento en actos administrativos válidos. Por derechos adquiridos se entienden aquellas situaciones jurídicas, individuales y subjetivas, que se han verificado bajo el imperio de una norma jurídica válida, y que como consecuencia de su adecuación a la hipótesis de la norma, han generado un derecho a favor de su titular, el cual debe ser respetado. Estos derechos han entrado en el dominio de las personas y no pueden ser desconocidos de forma irregular y arbitraria, como en efecto ha sucedido en este caso.³⁸

21

68. Los derechos adquiridos mediante el acto administrativo de concesión solamente podían ser modificados regularmente mediante un proceso de caducidad previsto en el artículo 108 de la Ley de Minería, de existir fundamento para ello, o mediante la declaratoria de lesividad para el interés general por parte del Ministro de Recursos Naturales No Renovables y la consecuente acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, según lo prescribe el artículo 115 del Código Orgánico Administrativo. En ambos casos, dichos mecanismos únicamente podrían efectuarse con respeto irrestricto al debido proceso y garantizándose el derecho a la defensa de los afectados.

69. Pero incluso si fuere procedente dejar sin efecto un acto administrativo de concesión minera por la vulneración a derechos constitucionales o de la naturaleza mediante una acción de protección, resulta indiscutible que aquello solamente podría ocurrir si los titulares de los derechos mineros son parte del proceso judicial, a fin de que puedan ejercer ampliamente su derecho a la defensa. El artículo 97 del Código Orgánico General de Procesos contiene el principio general de que las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el proceso sobre el que recayó el fallo. Inclusive, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 259-15-SEP-CC ha señalado que,

³⁸ Corte Suprema de Justicia de México, sentencia de 17 de marzo de 1977.

ni siquiera a pretexto de ordenar la reparación integral, los jueces pueden desconocer o afectar derechos de terceros³⁹.

70. El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 76 de la Constitución, se compone por una serie de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo, judicial o constitucional, escenarios en los que operan como mecanismos de protección a la libertad del ciudadano y como límites al ejercicio del poder público.⁴⁰ La Corte Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos dimensiones. En primer lugar, es un derecho que protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio de las facultades de hacer argumentaciones, aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás. En segundo lugar, es un mecanismo para la protección de otros principios y derechos, como el derecho a la defensa.⁴¹

71. Por su parte, el derecho a la defensa comprende la posibilidad formal y empírica de toda persona para responder ante la iniciativa de un sujeto, que afecte o pueda llegar a afectar sus derechos o intereses, dentro de un procedimiento iniciado.⁴² Por tanto, cualquier actuación que impide a una persona presentar alegaciones u observaciones, produce indefensión.⁴³ La Corte Constitucional también ha indicado que la indefensión se produce cuando se impide a una parte ejercitar oportunamente la defensa o se obstaculiza el derecho a la defensa de la parte como posibilidad de refutar o rechazar⁴⁴.

72. En este caso, se dejó en indefensión a titulares de derechos de concesión minera y de personas con intereses legítimos sobre concesiones en trámite, quienes no tuvieron la posibilidad de oponerse a la pretensión de reversión de las concesiones al no haber sido notificados con la presentación de la demanda, razón por la cual no pudieron presentar pruebas, refutar o alegar en contrario. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la defensa se garantiza a través de la debida comunicación sobre los acontecimientos procesales, razón por la cual, la citación constituye un elemento sustancial para la protección del derecho⁴⁵. En otra sentencia la Corte Constitucional ha señalado que:

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 259-15-SEP-CC dictada el 12 de agosto de 2015.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-980 de 2010.

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 026-14-SEP-CC.

⁴² Jorge Zavala Egas. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex S.A. Editores. Guayaquil, 2010.

⁴³ Rafael Oyarte Martínez, Debido Proceso, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016. Pg 369.

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 024-10-SEP-CC.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 335-16-SEP-CC, Caso No. 0778-12-EP.

*“En razón de lo dicho, **la citación se constituye en un condicionamiento esencial de todo proceso judicial**, ya que a través de una debida citación las personas pueden conocer todas las actuaciones del órgano judicial, y a partir de ello ejercer su derecho a la defensa, a través de los principios de petición y contradicción. Conforme lo dicho, **la citación más que ser una exigencia de todo proceso legal, regulada en una norma jurídica, se constituye en la base del respeto del derecho al debido proceso**, por cuanto su finalidad es la de brindar confianza a la ciudadanía respecto a la publicidad en la sustanciación de las causas.”⁴⁶ (el énfasis me pertenece)*

73. Por lo expuesto, es evidente que en este caso se dejó en indefensión a terceros titulares de derechos de concesión minera y de otros con intereses legítimos sobre concesiones en trámite, quienes no tuvieron la posibilidad de oponerse a la pretensión de reversión de las concesiones al no haber sido notificados en la Acción de Protección, razón por la cual no pudieron presentar pruebas de descargo ni argumentar en contrario. El hecho de que los Accionantes dirigieron únicamente la demanda contra entidades públicas y omitieron dirigirla contra los terceros afectados, de ninguna forma eximía a los jueces del deber de verificar si el resultado del proceso constitucional tendría efectos jurídicos para terceras personas y ordenar que se cuente con ellos para que puedan ejercer su derecho a la defensa.

23

74. Resultaría inconcebible que la Corte Constitucional convalide una violación tan grave al debido proceso y a la defensa en la tramitación de una garantía jurisdiccional⁴⁷. Si algún precedente puede resultar de este caso, es el deber de los jueces de citar a terceros cuyos derechos o intereses son objeto de resolución en una acción de protección.

III SOLICITUD

75. Por lo expuesto, solicito atentamente que la Sala de Revisión acepte este escrito de amicus curiae y se tomen en cuenta los argumentos expresados al momento de resolver. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 12 de la LOGJCC, solicito que, a fin de poder exponer de forma verbal mis argumentos, se sirvan recibirme en audiencia pública.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 086-13-SEP-CC, Caso No. 0190-11-EP.

⁴⁷ Incluso el artículo 151 del Código Orgánico Administrativo establece que, si el resultado de un procedimiento administrativo tiene efectos jurídicos para un tercero, este será llamado a participar en calidad de persona interesada, para que ejerza sus derechos en el término de cinco días.



Av. 12 de Octubre N26 -97 y Lincoln,
Edif. Torre 1492, P.12, Of. 1203
Telf.: (593-2) 2986-624/5/6
Quito Ecuador

IV NOTIFICACIONES

76. Recibiré notificaciones en las casillas constitucionales y en los correos electrónicos señalados para el efecto.

Firmamos debidamente autorizados y por ruego del peticionario.

Juan Francisco Guerrero del Pozo
ABOGADO, Mat 8672 CA

José David Ortiz C.
ABOGADO, Mat. 17-2010-532 CJ

24