

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

1. Benjamín 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 (“CME”)**, tal y como quedó acreditado en el expediente, dentro del **Caso No. 1149-19-JP** seleccionado por la Sala de Selección para revisión y desarrollo de jurisprudencia vinculante, ante ustedes respetuosamente me dirijo y manifiesto lo siguiente:

I

INTRODUCCIÓN

2. El 6 de agosto de 2020, como representante de la CME, comparecí dentro de esta causa en calidad de *amicus curiae* y expuse varios criterios procesales sobre la incompatibilidad de sustanciar, de forma paralela, una acción extraordinaria de protección y el proceso de selección y revisión de sentencias respecto a las mismas decisiones jurisdiccionales, tal y como sucede en este caso.

3. Sin perjuicio de que considero que es jurídicamente incompatible sustanciar estos dos procesos paralelamente y que sería un grave error -desde el punto de vista procesal- mantener abierto este expediente, en el supuesto no consentido de que la Corte Constitucional rechace la solicitud de archivo referida, a continuación, presento los argumentos de fondo sobre los asuntos jurídicos objeto de revisión.

1

II

ANTECEDENTES RELEVANTES

4. El 5 de noviembre de 2018 los señores Jomar José Efrén Cevallos Moreno, en calidad de Alcalde, y la Ab. Jhesica Liseth Almeida, en calidad de Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Ana (“los Accionantes”), presentaron una acción de protección en contra del Ministerio del Ambiente y Agua (“MAE”) y la Empresa Nacional Minera del Ecuador ENAMI EP (“ENAMI”). Esta acción fue tramitada bajo el número 10332-2018-00640 (la “Acción de Protección”).

5. Los Accionantes propusieron la acción de protección en contra de la supuesta omisión por la no observancia del artículo 407 de la Constitución de la República, que prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en “*áreas protegidas*”. Esta omisión se habría producido cuando el MAE emitió la Resolución No. 225741 de 12 de septiembre de 2017 que otorgó el registro ambiental a favor de ENAMI para al Proyecto

Minero Río Magdalena¹, en fase de exploración inicial, dentro del bosque protector “Los Cedros”, ubicado en la parroquia García Moreno, cantón Cotacachi, provincia de Imbabura (el “Registro Ambiental”).

6. Los Accionantes afirmaron que el otorgamiento del Registro Ambiental *“es causa de la inminente violación de los Derechos de la Pacha Mama – Naturaleza, respecto a su intangibilidad e inalienabilidad en áreas naturales protegidas”*. En síntesis, los argumentos de la demanda fueron los siguientes:

6.1. *Violación de los derechos a la naturaleza:* La Constitución estableció que las actividades extractivas en *áreas protegidas* están prohibidas, pues el bien jurídico a proteger es la reproducción de la naturaleza como espacio donde se reproduce y realiza la vida, debiendo prevalecer sobre cualquier interés económico.

6.2. *Derecho fundamental a la buena administración pública:* Al otorgar el Registro Ambiental el MAE dejó de aplicar en forma directa, inmediata y concreta la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y demás normativa vigente, y *“de esta manera causó la inminente violación de los Derechos de la Pacha Mama – Naturaleza, respecto a su integralidad, intangibilidad e inalienabilidad en áreas protegidas, ya que el indicado registro ambiental otorgado a favor de la concesión minera permite intervenir en áreas protegidas.”*

6.3. *Derecho a la seguridad jurídica:* El otorgamiento del Registro Ambiental vulneró el derecho constitucional a la seguridad jurídica, ya que en forma retroactiva desconocería la declaratoria del bosque Los Cedros como un bosque protector, efectuada mediante Resolución Ministerial No. 57 del 19 de octubre de 1994 y publicada en el Registro Oficial No. 620 del 26 de enero de 1995, con fundamento en la normativa vigente en aquel momento.

6.4. *Violación del derecho a la consulta previa:* Invocando simultáneamente el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT y los artículos 57, numeral 7, y 398 de la Constitución, los Accionantes alegaron que *“ni los pueblos, ni la población, ni los habitantes interesados de la zona de impacto, ni de la parroquia García Moreno, tampoco la población de la Zona de Intag y peor del cantón Cotacachi, han sido*

¹ Conformado por las concesiones Río Magdalena 01 (Código: 40000339) y Río Magdalena 02 (Código: 40000340), de la Concesión Minera N° MAERA-2017-315992, en el sector Llurimagua, parroquia García Moreno, cantón Cotacachi, provincia de Imbabura.

tomados en cuenta y sometidos a un proceso de consulta previa, para el inicio de actividades mineras que fueron iniciadas y que se encuentran ejecutando.”²

7. Mediante sentencia dictada el 13 de noviembre de 2018, las 16h15, el Dr. Oscar Alfredo Coba Vayas, Juez de la Unidad Judicial Multicompetente con Sede en el cantón Cotacachi de la Provincia de Imbabura, resolvió negar la acción de protección. Los Accionantes presentaron recurso de apelación que fue concedido por el Juez mediante providencia dictada el 16 de noviembre de 2018, las 15h43.

8. Mediante sentencia dictada el 19 de junio de 2019, las 08h38, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, aceptó parcialmente el recurso de apelación y, en consecuencia, declaró con lugar parcialmente la acción de protección, declarando *“la vulneración del derecho a la participación, establecido en el artículo 61, numeral 4, de la Constitución de la República, en la garantía de la consulta ambiental establecida en el artículo 398 ibídem, que debió realizarse a los pueblos ubicados en el área de influencia del proyecto Minero Río Magdalena”*.

9. Los argumentos de la sentencia de segunda instancia sobre las alegaciones de violaciones de derechos fueron las siguientes:

9.1. *Violación de los derechos a la naturaleza:* El Bosque Protector Los Cedros no está ubicado dentro de una zona intangible ni tampoco dentro de un área protegida, por lo que no existe violación del artículo 407 de la Constitución de la República.

Además, luego de una inspección judicial *in situ*, los días 17, 18 y 20 de abril de 2019, el Tribunal ad quem verificó que en los lugares en que se desarrollaron las actividades de exploración inicial por la compañía Cornerstone, no existen daños ambientales. Al tratarse de exploración inicial, una etapa naciente de la actividad minera que tiene por objeto identificar zonas donde se ubican yacimientos de minerales³, para luego, dependiendo de su dimensión y composición, determinar si pueden ser o no explotados en un proyecto minero, los impactos a la naturaleza y medio ambiente son mínimos.

² En la demanda también se hicieron alegaciones sobre *amenazas* de violación a los derechos a la salud, al agua y a un medio ambiente sano, las cuales, por tratarse de supuestos peligros y no de violaciones, no se enmarcan en el objeto y ámbito de la acción de protección.

³ Ver páginas 182 y 183 de la sentencia de segunda instancia. El Tribunal ad quem indicó que estas actividades implican: a) Muestro de sedimentos, que involucra recolección de arena de los principales drenajes; b) Recolección manual de muestras de rocas en afloramientos naturales; c) Recolección manual de muestras de suelos; d) Levantamiento geológico; e) Geofísica aérea desde el aire con la utilización de magnetómetros; y f) apertura de campamentos.

Con relación al principio de precaución en materia ambiental, el Tribunal ad quem consideró que no se evidenció que el Registro Ambiental otorgado por el MAE constituya una amenaza real para el bosque protector Los Cedros, en virtud de que al tratarse de actividades mineras de exploración inicial, no se observan daños ambientales. Además, hasta la fecha, no se han identificado zonas con yacimientos minerales que permitan continuar con las fases de exploración avanzada y explotación. Por tanto, hablar de daños al ambiente es un hecho incierto y que en este momento simplemente no es posible determinar.

9.2. *Sobre la violación de los derechos a la buena administración pública y a la seguridad jurídica:* No se comprobó que el otorgamiento del Registro Ambiental vulneró los principios de legalidad, de aplicación directa e inmediata de los derechos humanos, de precaución en materia ambiental o el resto de las normas internacionales, constitucionales y legales invocadas en la demanda.

9.3. *Sobre el derecho a la consulta previa:* El Proyecto Minero Río Magdalena tiene como zona de influencia la parte baja de la parroquia García Moreno, conformada por las comunas: San Roque, Chontal Alto, San Miguel de Chontal, Brilla Sol, Magdalena Alto, San José de Magdalena, El Paraíso, El Corazón, Pueblo Unido, Río Verde, Cielo Verde, Santa Rosa de los Manduriacos. En la visita *in situ*, el Tribunal ad quem comprobó que sus integrantes se identifican como “*etnia mestiza*” y que no existen en la zona comunas, comunidades o pueblos indígenas. Por tanto, no era procedente efectuar la consulta previa ni la consulta prelegislativa, reconocidas en el artículo 57, numerales 7 y 17, de la Constitución, respectivamente, que han sido reconocidas exclusivamente para colectivos indígenas.

4

Sin embargo, aplicando el principio *iura novit curia*⁴, el Tribunal ad quem determinó que se violó el derecho de participación a ser consultados, establecido en el artículo 61, numeral 4, de la Constitución de la República⁵. Según la sentencia de segunda instancia, este derecho exigiría que, previo a que se desarrollen actividades que puedan afectar al medio ambiente y a la comunidad, debe llevarse un proceso de consulta “*de acuerdo al ordenamiento jurídico de participación ciudadana y control social, en el que se materialicen las mínimas garantías democráticas como: 1. Preparación de la consulta; 2. Jornada electoral; 3. Cómputo y resultados de la consulta; y 4. Impugnación; y 5. Declaratoria de validez.*”

⁴ Ver artículo 4, numeral 13, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵ Constitución de la República. Art. 61. Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: (...) 4. Ser consultados.

De esta manera, el Tribunal ad quem confundió la naturaleza de la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución de la República con el derecho de participación de toda persona a ser consultado en los procesos de dirección de los asuntos públicos⁶. Esta confusión, que violó los derechos a la seguridad jurídica, motivación y tutela judicial efectiva, es objeto de la acción extraordinaria de protección No. 2436-19-EP, que actualmente está en fase de sustanciación en la Corte Constitucional⁷.

10. La sentencia de segunda instancia ingresó a la Corte Constitucional para el proceso de selección el 19 de julio de 2019.

11. Mediante auto dictado el 18 de mayo de 2020, la Sala de Selección resolvió escoger para su revisión con base en los criterios de gravedad del asunto y novedad del caso, previstos en el artículo 24, numeral 4, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), al indicar que:

3. El caso objeto de este auto de selección tiene gravedad porque podría existir una afectación a los derechos de la naturaleza y particularmente, a la biodiversidad que habita en el bosque, como las últimas poblaciones del mono araña en estado crítico de conservación, y del oso andino (oso de anteojos) en peligro de extinción.

4. Además, la causa tiene novedad porque permitiría a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el contenido de los derechos de la naturaleza, desarrollar parámetros para fijar los límites de las áreas declaradas como bosque y vegetación protectores y el alcance de la responsabilidad de entidades estatales de monitorear y dar seguimiento a las concesiones mineras.

5

III

FUNDAMENTOS DE DERECHO

12. Los criterios invocados por la Sala de Selección para escoger el caso y emitir jurisprudencia vinculante son sumamente llamativos, puesto que no tienen relación con los hechos del caso. A través de este escrito demostraré que (A) no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para sostener que estamos ante un asunto grave por la posible afectación a los derechos de la naturaleza y la biodiversidad del bosque Los Cedros; y, (B) al

⁶ Ver Observación General 25 del Comité de Naciones Unidas. Art. 25. PIDCP. Participación en los asuntos públicos y derecho de voto.

⁷ Ver Auto de Admisión emitido el 7 de febrero de 2020. Caso No. 2436-19-EP.

no existir afectación que deba o pueda ser reparada de conformidad con los hechos del caso, la Corte Constitucional no está facultada para emitir -en abstracto- los parámetros y criterios anunciados con relación al criterio de novedad.

A. No existe fundamento para afirmar que estamos ante un asunto grave por una posible afectación a los derechos de la naturaleza, ni a la biodiversidad del bosque protector Los Cedros

13. Inicialmente, es necesario que la Corte Constitucional verifique cual fue el objeto de la Acción de Protección, a la luz de los hechos que dieron origen a la controversia. Al identificar los antecedentes relevantes del caso, la Corte comprobará que el objeto de la Acción de Protección, en lo que concierne a los derechos de la naturaleza, fue determinar si el *Registro Ambiental* otorgado por el MAE para la *etapa de exploración inicial* del Proyecto Minero Río Magdalena, violó el derecho de la naturaleza “*respecto a su intangibilidad e inalienabilidad en áreas naturales protegidas*”.

14. Este caso no versó sobre la constitucionalidad de que el Ministerio de Minería haya otorgado en el año 2017 concesiones mineras a ENAMI para el desarrollo del Proyecto Minero Río Magdalena, dentro de un bosque protector. Esto es indiscutible, puesto que los actos administrativos de concesión Río Magdalena 01 (Código: 40000339) y Río Magdalena 02 (Código: 40000340), de la Concesión Minera N° MAERA-2017-315992, nunca fueron impugnados.⁸ Igualmente, el Ministerio de Minería (hoy Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables) no fue identificado como parte accionada en la demanda ni fue emplazado a defender la validez de estas concesiones.

15. Por lo tanto, en este proceso no está en discusión -ni podría estar- la validez de las concesiones del Proyecto Minero Río Magdalena. El objeto de discusión se circunscribe a determinar si el otorgamiento del Registro Ambiental por parte del MAE para comenzar la etapa de exploración inicial, vulneró los derechos de la naturaleza en el bosque protector Los Cedros. La respuesta es negativa, por varias razones.

a. La emisión de un registro ambiental en la fase de exploración inicial no puede afectar derechos a la naturaleza y a la biodiversidad del bosque identificado en la demanda

⁸ La pretensión de la demanda fue la siguiente: “Solicitamos que en su Resolución Final declare sin efecto la Resolución No. 225741 de fecha 12 de diciembre de 2017, mediante la cual el Ministerio del Ambiente otorgó el Registro Ambiental a favor de la Empresa ENAMI EP, para la fase de exploración inicial MAERA-2017-315992 de las Concesiones Mineras, Río Magdalena 01 (Código: 40000339) y Río Magdalena 02 (Código: 40000340), ubicada en el cantón Cotachi, provincia de Imbabura. Así como la aprobación del estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental de la Empresa Nacional Minera por violación del Artículo 407 primer inciso y artículo 397 numeral 4 de la Constitución...”

16. En primer lugar, si se tiene claro el ámbito de la fase de exploración inicial y las actividades que se realizan en ella, no se puede afirmar que existe una situación grave que pueda afectar a la naturaleza. La fase de exploración inicial tiene como único propósito determinar la existencia de indicios de minerales dentro de una concesión minera y poder delimitar el campo de exploración dentro de la misma. Esta fase permite decidir si la concesión minera, con base en sus características generales, justifica una exploración detallada que puede ser costosa o no ser factible.

17. El artículo 27 de la Ley de Minería que identifica a las distintas fases de la actividad minera, establece que la fase de exploración consiste en determinar el tamaño y forma del yacimiento, así como el contenido y la calidad del mineral en él existente. La exploración puede ser inicial o avanzada, e incluye también la evaluación económica del yacimiento, su factibilidad técnica y el diseño de su explotación. Concordantemente, el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras emitido por el Ministerio del Ambiente establece cuales son las actividades que comprende la exploración inicial:

Actividades de Exploración Inicial.- Recolección manual de muestras de rocas, suelos y sedimentos fluviales, toma de datos por métodos geofísicos, apertura de trochas, trincheras, pozos exploratorios, campamentos volantes y otra infraestructura necesaria.⁹

7

18. Al tratarse de una fase que involucra actividades con un bajo impacto y riesgo ambiental, para dar paso a la exploración inicial se requiere la obtención de un registro ambiental.¹⁰ El artículo 7 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras establece que los proyectos, obras o actividades dentro de los regímenes de mediana minería y minería a gran escala, para su fase de exploración inicial requerirán de un registro ambiental, mientras que para sus fases de exploración avanzada, explotación y subsecuentes fases requerirán de licencia ambiental.

⁹ Reglamento Ambiental de Actividades Mineras emitido mediante Acuerdo Ministerial 37 del Ministerio del Ambiente de 24 de marzo de 2014, publicado en el R.O.S. 213 de 27 de marzo de 2014.

Así también, el artículo 3 del Instructivo para Exploración y Explotación de Concesiones Mineras reformado por el Artículo 2 del Acuerdo ministerial No. 34, publicado en el R.O.F. 315 de 29 de agosto de 2015, establece que durante el período de exploración inicial, en aquellas concesiones que de forma parcial o total intersecten con áreas categorizadas como bosque y vegetación protectores, legalmente declaradas por el Ministerio del Ambiente, se permitirá la perforación de sondeos de prueba o reconocimiento en un máximo de veinte (20) plataformas de 6 metros por lado de cada concesión minera.

¹⁰ El artículo 24 del Acuerdo Ministerial No. 061 de 07 de abril de 2015, mediante el cual se reforma el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, determina que el Registro Ambiental es el permiso ambiental otorgado por la Autoridad Ambiental Competente mediante el SUIA, obligatorio para aquellos proyectos, obras o actividades considerados de bajo impacto y riesgo ambiental. Para obtener el registro ambiental, el promotor deberá llenar en línea el formulario de registro asignado por parte del Ministerio del Ambiente;

19. Así, el mero otorgamiento del Registro Ambiental por parte del MAE a través del Sistema Único de Información Ambiental (SUIA)¹¹ a favor de la ENAMI, para comenzar la fase de exploración inicial del Proyecto Minero Río Magdalena, no puede tener por efecto la afectación a derechos de la naturaleza que se refiere en el Auto de Selección. Las actividades que comprende esta etapa y que deben ceñirse a la normativa vigente y al cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental aprobado, por su naturaleza y alcance, simplemente no pueden tener como resultado la afectación a los derechos de la naturaleza ni a la biodiversidad del bosque Los Cedros.

b. Los hechos probados demostraron que las actividades efectivamente desarrollados en la etapa de exploración inicial no causaron daño alguno a la naturaleza ni a la biodiversidad de la zona

20. En segundo lugar, más allá de si es conceptualmente posible o no afectar a la naturaleza en esta fase inicial, no se puede desconocer que el Tribunal ad quem, a través de las visitas *in situ* realizadas los días 17, 18 y 20 de abril de 2019 a los lugares supuestamente afectados, pudo comprobar que no existe daño alguno. En la demanda, los Accionantes reclamaron que se abrieron senderos y trochas peatonales que exceden los 1,5 metros de ancho autorizados en el Plan de Manejo Ambiental, así como espacios para el establecimiento de campamentos temporales¹².

8

21. Sin embargo, el Tribunal ad quem en la sentencia de segunda instancia descartó en forma categórica estas alegaciones, en los siguientes términos:

*Concordante a ello, una vez conocida la importancia de este hábitat, este Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, procedió a realizar una visita in situ, los días miércoles 17, jueves 18 y viernes 20 de abril del 2019. El primer día, los juzgadores, partes procesales y amicus curiaes, partiendo desde el sector Magdalena Bajo, hicimos seis horas de caminata para llegar al punto de interés donde aparentemente se habrían realizado los daños a la naturaleza. Así, realizando un recorrido por vía carrozable, llegamos a senderos existentes, que de acuerdo a la información de los comuneros, han sido construidos por propietarios de las fincas, llegamos al punto de interés minero conocido como **Los Cedros 1, lugar en el que según alegaciones de los accionantes,***

¹¹ El artículo 14 del Acuerdo Ministerial No. 061 de 07 de abril de 2015, mediante el cual se reforma el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, establece que los proyectos, obras o actividades, constantes en el catálogo expedido por la Autoridad Ambiental Nacional deberán regularizarse a través del SUIA, el que determinará automáticamente el tipo de permiso ambiental.

¹² Ver antecedentes de demanda transcritos en la sentencia de segunda instancia, páginas 4 y 5.

aparentemente se habrían ocasionado daños al medio ambiente al realizar la fase de exploración, por la Empresa Corneston; sin embargo, este Tribunal, a más de los senderos existentes, no observó daños ambientales que afecten a la naturaleza, conforme consta de los videos incorporados al expediente, ya que el 'punto donde se habría realizado la exploración, se encontraba regenerado por la misma naturaleza del lugar, entendiendo esto en virtud que, la exploración inicial, es una etapa naciente de la actividad minera, que consiste en identificar zonas donde se ubican yacimientos de minerales, para luego, dependiendo de su dimensión y composición, sean o no explotados en un proyecto minero, por tanto esta actividad implica: a).- Muestreo de sedimentos, que involucra recolección de arena de los principales drenajes; b).- Recolección manual de muestras de rocas, en afloramientos naturales; c).- Recolección manual de muestras de suelos; d).- Levantamiento geológico; e).- Geofísica aérea desde el aire con la utilización de magnetómetros; y, f) apertura de campamentos, por lo cual, para el desarrollo de estas actividades no se requiere gran cantidad de mano de obra, consecuentemente las afectaciones a la naturaleza y medio ambiente son mínimas. (el énfasis y el subrayado me pertenece)

9

22. De la prueba practicada en la Acción de Protección, en cuya actuación y producción participaron las partes procesales y hasta los *amicus curiae*, el Tribunal ad quem verificó que los senderos supuestamente dañinos fueron abiertos por los propietarios de las fincas, y que no existía afectación alguna en el entorno. Estos hechos, además, se comprueban de los videos que obran en el expediente. Por tanto, en este caso ha quedado demostrado que las actividades de exploración inicial autorizadas por el Registro Ambiental no causaron daños a la naturaleza, al medio ambiente ni a la biodiversidad de la zona, por lo que las afirmaciones del Auto de Selección son totalmente infundadas.

c. Los hechos del presente caso ni siquiera permiten hablar de un riesgo de daño futuro a la naturaleza o a la biodiversidad de la zona

23. En tercer lugar, en este caso ni siquiera cabe hablar de una *posible afectación* futura a la naturaleza, puesto que solamente después de terminada la fase de exploración inicial se puede determinar si es factible continuar con las siguientes etapas mineras. De ser posible, en dicho supuesto hipotético y que rebasa los hechos objeto de juzgamiento en este caso, será necesario la obtención de una licencia ambiental y demás actos administrativos requeridos por la ley, precisamente para proteger al medio ambiente y a las especies de animales que habitan en el bosque Los Cedros.

24. Sobre este punto, el artículo 37 de la Ley de Minería establece que una vez otorgada la concesión minera, su titular deberá realizar las labores de exploración en el área de la concesión por un plazo de hasta cuatro años, lo que constituirá el período de exploración inicial. No obstante, antes del vencimiento de dicho período, el concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio sectorial que se le conceda otro período de hasta cuatro años para llevar adelante el período de exploración avanzada, en cuyo caso, su solicitud deberá contener *“la renuncia expresa a una parte de la superficie de la extensión total de la concesión otorgada originalmente”*.

25. Esta norma deja en claro que antes de terminar el período de exploración inicial de 4 años, el concesionario minero puede solicitar -si considera factible hacerlo- dar inicio a la fase de exploración avanzada, o en cambio, si no lo hace, la concesión minera se declarará extinguida por el Ministerio sectorial. En consideración a los hechos específicos del caso concreto, en este momento todavía no puede existir una definición sobre el avance del proyecto mediante el cambio de fase a exploración avanzada, y menos aún a la etapa de explotación minera. Por consiguiente, hablar de posibles o eventuales daños a la naturaleza en este caso, es incierto y rebasa el ámbito de lo especulativo.

26. No se puede perder de vista que en el evento de que el concesionario decida solicitar el inicio de la etapa de exploración avanzada, el artículo 37 de la Ley de Minería le obliga a renunciar a una parte de la superficie de la extensión original de la concesión. Esto se debe a que al concluir la etapa de exploración inicial, el concesionario tendrá más certidumbre sobre la existencia y la ubicación de yacimientos minerales, debiendo definir con mayor precisión el área de su interés. En dicho momento, recién se tendrá algo de certeza sobre el área a ser intervenida y sus potenciales impactos al medio ambiente.

10

27. En línea con lo expuesto, el artículo 26 de la Ley de Minería, en concordancia con el artículo 7 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, establece que previo a la ejecución de actividades mineras en la fase de exploración avanzada se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente (a) por el Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y, (b) por la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea.

28. El artículo 78 de la Ley de Minería prescribe que previo al inicio de las actividades, debe presentarse el estudio ambiental para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de las actividades, los cuales deben ser aprobados por el MAE mediante el otorgamiento de una licencia ambiental. El artículo 17 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras prescribe que el estudio ambiental debe elaborarse para identificar, describir, evaluar y valorar los efectos previsibles que la ejecución del proyecto minero producirá, e incluirá el correspondiente plan de manejo

ambiental para prevenir, mitigar, controlar, compensar, corregir y reparar posibles impactos, y comprenderá aspectos de seguimiento, control y monitoreo.

29. Así, justamente para proteger al medio ambiente, la fase de exploración avanzada no podría iniciar, de ser el caso, sin el estudio de impacto ambiental que proporciona la información técnica necesaria para la predicción, identificación y evaluación de los posibles impactos ambientales, así como las medidas específicas para prevenir las afectaciones ambientales resultantes de su implementación. Por supuesto, el estudio de impacto ambiental incluye, entre otras cosas, el alcance de las actividades a realizarse con la identificación de las áreas geográficas a ser intervenidas, y el diagnóstico ambiental de línea base, que contendrá el detalle de los componentes físicos y bióticos, el inventario forestal, el análisis de áreas sensibles, el análisis de riegos y el respectivo plan de manejo ambiental¹³.

30. Por lo expuesto, el Proyecto Minero Río Magdalena no podrá cambiar de fase sin el estudio de impacto ambiental, y su respectivo plan de manejo previamente aprobado por la autoridad ambiental. Este estudio de impacto ambiental y el plan de manejo identificarán, en forma técnica, detallada y precisa, si existen especies en estado crítico de conservación en las zonas en que se desarrollarán las actividades, los posibles impactos ambientales en las zonas geográficas específicas a ser intervenidas; y, si fuere el caso, este plan de manejo ambiental contemplará las medidas para prevenir y mitigar cualquier impacto.

11

31. La Corte Constitucional no puede suponer, en este momento, que el Proyecto Minero Río Magdalena continuará hasta la fase de exploración avanzada y, si lo hace, tampoco puede especular sobre posibles daños a la naturaleza. Si en la actualidad no existe

¹³ Reglamento al Código Orgánico del Ambiente Art. "434.- Contenido de los estudios de impacto ambiental.- Los estudios de impacto ambiental se elaborarán por consultores acreditados ante la entidad nacional de acreditación conforme los parámetros establecidos por la Autoridad Ambiental Nacional y deberán contener al menos los siguientes elementos:

- a) Alcance, ciclo de vida y descripción detallada del proyecto y las actividades a realizarse con la identificación de las áreas geográficas a ser intervenidas;
- b) Análisis de alternativas de las actividades del proyecto;
- c) Demanda de recursos naturales por parte del proyecto y de ser aplicable, las respectivas autorizaciones administrativas para la utilización de dichos recursos;
- d) Diagnóstico ambiental de línea base, que contendrá el detalle de los componentes físicos, bióticos y los análisis socioeconómicos y culturales;
- e) Inventario forestal, de ser aplicable;
- f) Identificación y determinación de áreas de influencia y áreas sensibles;
- g) Análisis de riesgos, incluyendo aquellos riesgos del ambiente al proyecto y del proyecto al ambiente;
- h) Evaluación de impactos socioambientales;
- i) Plan de manejo ambiental y sus respectivos subplanes; y
- j) Los demás que determine la Autoridad Ambiental Nacional.

El estudio de impacto ambiental deberá incorporar las opiniones y observaciones que sean técnica y económicamente viables, generadas en el proceso de participación ciudadana. De igual forma se anejará al estudio de impacto ambiental toda la documentación que respalde lo detallado en el mismo."

una definición sobre la factibilidad del referido proyecto, no se han definido las áreas de ubicación exacta de los yacimientos minerales, y no existen los estudios técnicos y científicos que evalúen los impactos al medio ambiente, la Corte Constitucional no puede concluir que existe riesgo para la naturaleza o para determinados animales.

32. La Corte Constitucional tampoco puede anticipar que las normas en materia ambiental previstas en la Constitución, en la ley y en la normativa secundaria, no son útiles y eficaces para proteger a la naturaleza y a los animales que habitan en el bosque Los Cedros, frente a los impactos de un futuro e incierto cambio de fase. De igual manera, la Corte no puede prever que la autoridad ambiental fracasará en proteger adecuadamente a la naturaleza frente a un eventual escenario de exploración avanzada en el bosque Los Cedros, o que el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental no cumplirán con el propósito de prevenir y mitigar los posibles impactos. Aceptar lo contrario como válido, implicaría desconocer la fuerza normativa del ordenamiento positivo, así como la institucionalidad del Estado.

33. El otorgamiento de la licencia ambiental del Proyecto Minero Río Magdalena estará condicionado, de ser el caso, a la aprobación del estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental. Estos son requisitos previstos por el legislador para conciliar las actividades económicas y el interés público de la preservación del ambiente;¹⁴ así como el equilibrio que demanda el régimen de desarrollo previsto en la Constitución, entre la conservación de la naturaleza y un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.¹⁵

12

d. Este caso no versa sobre proyectos de minería metálica en áreas protegidas, las cuales no comprenden a los bosques protectores

34. Finalmente, debe quedar claro que la Constitución establece un delicado pero notorio equilibrio entre la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, incluyendo a los recursos naturales no renovables, y el principio de

¹⁴ Constitución de la República. “Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.”

¹⁵ *Ibidem*. “Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: (...) 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable. (...) 4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.”

sostenibilidad ambiental. El artículo 313 de la Constitución prescribe que los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

35. Concordantemente, el artículo 315 de la Constitución establece que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, para el aprovechamiento sustentable de recursos naturales. La actividad minera en el país está constitucionalmente reconocida y garantizada como parte del régimen de desarrollo, de tal forma que no puede ser desconocida ni restringida arbitrariamente. Precisamente, el artículo 395, numeral 1, de la Constitución, garantiza un modelo de desarrollo sustentable, conciliando los intereses en juego, de la siguiente forma:

El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

13

36. El aprovechamiento sustentable de los recursos minerales es una clave fundamental para el desarrollo económico del país. Hasta el año 2021 se prevé inversiones en el sector por alrededor de 3.800 millones de dólares y se estima que se obtengan ingresos por ventas al exterior por unos USD 3.660 millones, consolidándose así como una de las exportaciones no petroleras más importantes del país. Adicionalmente, el Estado podría recibir hasta el 2021 más de USD 800 millones por impuestos, recursos que servirán para fortalecer la inversión social. Por lo indicado, la minería se proyecta como uno de los principales motores que impulse un crecimiento sólido y sustentable del Ecuador.¹⁶

37. Sin embargo, este modelo de desarrollo sustentable y ambientalmente equilibrado para la satisfacción de los derechos y necesidades de la población en general y de las futuras generaciones, puede estar en peligro si la Corte Constitucional, dentro de un caso cuyos hechos objeto de revisión no involucran daño o afectación alguna a un bosque protector, crea una regla que no existe en la Constitución de la República, ni en el ordenamiento jurídico vigente, mediante la cual se prohíba el desarrollo de actividades de minería metálica en zonas declaradas como “bosques protectores”.

38. El artículo 407 de la Constitución “prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles”. El bosque

¹⁶ <https://www.finanzas.gob.ec/usd-3-800-millones-de-inversion-minera-hasta-2021-daran-mas-prosperidad-al-ecuador/>

Los Cedros no está ubicado en un área protegida, un centro urbano o una zona intangible, por lo que el desarrollo de actividades mineras dentro de esta ubicación geográfica no está prohibido¹⁷. Las restricciones a las zonas en las que se pueden desarrollar actividades mineras son las previstas en la norma constitucional y no otras; salvo que la Corte pretenda modificar la norma, creando una nueva restricción, en cuyo caso, estaría arrogándose competencias privativas del poder constituyente. No debemos olvidar, además, que de acuerdo con el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución, a ninguna persona puede obligársele a dejar de realizar una actividad económica que no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico.

39. Por otra parte, interpretar que un “*bosque protector*” es lo mismo que un “*área protegida*” sería absolutamente irrazonable y contrario a lo establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Código Orgánico del Ambiente (“COA”), expedido por el legislador democrático, desarrolló el contenido del artículo 407 de la Constitución al garantizar la intangibilidad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (“SNAP”).¹⁸ Así, el artículo 36 del COA establece diferentes mecanismos para la conservación in situ de la biodiversidad, que son: (i) el SNAP, (ii) las áreas especiales para la conservación de la biodiversidad, (iii) la gestión de los paisajes naturales y, otras que determine el MAE.

14

40. El Capítulo II del Título II del Libro Segundo del COA, contiene una regulación específica para el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la que **no incluye a los bosques y vegetaciones protectores**. Así, los artículos 37 y siguientes del COA establecen los objetivos, principios, herramientas para la gestión, los criterios para la declaratoria, los subsistemas y las categorías de manejo de las áreas protegidas. El SNAP abarca cuatro regiones del país y alberga un total de 56 áreas protegidas que se extienden en aproximadamente el 20% de la superficie del país, de conformidad a las siguientes categorías de manejo:

40.1. 11 Parques nacionales¹⁹: Galápagos, Machalilla, Cayambe Coca, Cotopaxi, Llanganates, Sangay, El Cajas, Podocarpus, Yacuri, Sumaco-Napo-Galeras y Yasuní.

40.2. 3 Reservas Marinas²⁰: Galera San Francisco, El Pelado y Galápagos.

¹⁷ Ver certificado de intersección emitido por el Ministerio del Ambiente en este caso, que certifica que no está ubicado dentro de un área protegida o zona intangible.

¹⁸ Código Orgánico del Ambiente. “Art. 5.- *Derecho de la población a vivir en un ambiente sano. El derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado comprende: (...) 3. La intangibilidad del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en los términos establecidos en la Constitución y la ley;*”

¹⁹ Área de conservación de tamaño grande (más de 10.000 ha) que tiene como objetivos principales de conservación paisajes, ecosistemas completos y especies. Sus ambientes deberán mantenerse poco alterados, con un mínimo de presencia humana. Las actividades prioritarias estarán relacionadas con la investigación y el monitoreo ambiental, siendo factible el desarrollo del turismo de naturaleza como actividad de apoyo a la conservación de los recursos naturales. El nivel de restricción de uso es alto (restringido).

²⁰ Áreas de tamaño variable, cuyos elementos prioritarios de conservación serán los ecosistemas y especies marinas y relacionadas a este ambiente. Deberán estar poco, o medianamente alterados, y la presencia humana

- 40.3. 9 Reservas Ecológicas²¹: Manglares Cayapas Mataje, Mache Chindul, Manglares Churute, Arenillas, El Ángel, Cotacachi Cayapas, Antisana, Los Illinizas y Cofán Bermejo.
- 40.4. 5 Reservas Biológicas²²: Limoncocha, El Cóndor, El Quimi, Cerro El Plateado y Coloso Chalupas.
- 40.5. 5 Reservas de Producción de Flora y Fauna²³: Puntilla de Santa Elena, Manglares El Salado, Chimborazo y Cuyabeno.
- 40.6. 10 Refugios de Vida Silvestre²⁴: La Chiquita, Estuario de río Esmeraldas, Estuario de Río Muisne, El Pambilar, Isla Corazón y Fragatas, Marino Costera Pacoche, El Zarza, Manglares El Morro, Isla Santa Clara y Pasochoa.
- 40.7. 6 Áreas Naturales de Recreación²⁵: Playas de Villamil, Parque Lago, Los Samanes, Isla Santay, El Boliche y Quimsacocha.

estará relacionada con la intensidad de pesca que en ella se realice, la misma que deberá ajustarse a las necesidades de conservación y a la zonificación definidas en los planes de manejo.

²¹ Son áreas naturales de extensiones variables con poca intervención humana. Se trata de áreas con recursos naturales sobresalientes o de sitios de especies de gran significado nacional. El objetivo principal es el de guardar materia genética, diversidad ecológica, bellezas escénicas, fenómenos especiales y la regulación ambiental para la investigación científica de elementos y fenómenos naturales y la educación ambiental. Cuando no hay conflictos con la investigación y la educación, se permiten actividades de recreación y turismo en áreas limitadas, siempre y cuando las características del recurso lo permitan.

²² Área de conservación de tamaño grande (más de 10.000 ha) que tiene como objetivos principales de conservación ecosistemas completos y sus especies, poco alterados y con mínima presencia humana, al menos en el área de distribución del objeto de conservación principal. En este tipo de reservas, las actividades prioritarias serán la investigación biológica, ecológica y ambiental, siendo posible también la educación ambiental como actividad secundaria. El nivel de restricción de uso de sus recursos naturales será muy alto (muy restringido) para garantizar el desarrollo de los procesos ecológicos.

²³ Área de tamaño medio (entre 5.000 y 10.000 ha) cuyos objetivos prioritarios de conservación son los ecosistemas y especies susceptibles de manejo, los cuales deberán estar poco alterados, pero tienen un nivel medio de presencia humana (dependen de los recursos biológicos locales). Las acciones prioritarias están relacionadas con el manejo sustentable de la vida silvestre, la educación ambiental, la restauración de ecosistemas y el turismo orientado a la naturaleza. El nivel de restricción de uso será bajo (poco restringido).

²⁴ Área de conservación de tamaño pequeño (menos de 5000 ha) cuyos objetivos principales de conservación serán especies amenazadas y sus ecosistemas relacionados. El estado de conservación general del área ha de ser poco alterado, con un mínimo de presencia humana. Las acciones prioritarias están relacionadas con el manejo de hábitat y especies, la investigación y el monitoreo ambiental, la restauración de ecosistemas y la educación ambiental. El nivel de restricción de uso será alto (restringido).

²⁵ Área de tamaño mediano (entre 5.000 y 10.000 ha) cuyo objetivo principal de conservación es el paisaje natural que puede estar medianamente alterado, soporta medianamente la presencia humana. Las actividades principales se relacionan con el turismo y la recreación, la restauración de ecosistemas y la investigación y monitoreo ambiental. El nivel de restricción de uso será bajo (poco restringido).

40.8. 1 Reserva Geobotánica²⁶: Pululahua.

41. El bosque Los Cedros no cumple con los criterios previstos en el artículo 40 del COA²⁷ y no ha sido declarado como área protegida por parte de la autoridad ambiental vigente, por lo que simplemente no es un área protegida. En consecuencia, no existe una prohibición constitucional para realizar actividades de minería metálica en este, siempre y cuando se cumplan con las normas vigentes en materia ambiental.

42. Adicionalmente, es importante aclarar que la normativa vigente no solo que distingue entre áreas protegidas y bosques protectores, sino que también permite expresamente que en los bosques protectores se puedan desarrollar actividades de exploración y extracción de recursos naturales no renovables. La Disposición Final del COA define a los bosques protectores de la siguiente manera:

Son bosques y vegetación protectores las formaciones vegetales, naturales o cultivadas, arbóreas, arbustivas o herbáceas, de dominio público o privado, declarados como tales por encontrarse en áreas de topografía accidentada, cabeceras de cuencas hidrográficas o zonas que por sus condiciones climáticas, edáficas e hídricas deben ser conservadas, así como los bosques de importancia ritual, ceremonial, cultural o histórica.

16

43. Por su parte, los artículos 89 del COA y 284 del Reglamento del COA señalan que los bosques protectores constituyen una categoría de manejo y conservación del Patrimonio Forestal, compatibilizando acciones para el manejo sostenible y la conservación de los bosques. El artículo 93, numeral 6, del COA, permite el manejo forestal sostenible como estrategia para garantizar el uso racional del bosque natural, excluyendo actividades *ilegales*

²⁶ Es un área de extensión destinada a la conservación de la flora silvestre y los recursos geológicos sobresalientes. Proteger en estado natural las áreas con diversos ecosistemas, paisajes y formaciones geológicas excepcionales, con el fin de asegurar la continuidad de los procesos evolutivos, naturales, y al mismo tiempo propender a la recuperación de las áreas alteradas por la intervención humana; son objetivos importantes de esta categorización. Por su valor histórico, cultural, paisajístico y científico, brinda oportunidades recreativas turísticas y de educación cultural a visitantes y turistas nacionales y extranjeros. Constituye un Banco de germoplasma de especies de flora y fauna en vías de extinción.

²⁷ COA. "Art. 40.- Declaratoria de áreas protegidas. La Autoridad Ambiental Nacional considerará los siguientes criterios para la declaratoria de áreas protegidas:

1. Que el área en cuestión cuente con ecosistemas cuya representatividad sea escasa en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y que en lo posible contribuya a la conectividad ecosistémica;
2. Que contenga de forma prioritaria alguno de los ecosistemas frágiles y amenazados tales como páramos, humedales, manglares, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos, ecosistemas marinos y marinos costeros, entre otros;
3. Que existan poblaciones de especies que tengan algún tipo de amenaza o endemismo;
4. Que genere servicios ecosistémicos, tales como recursos hídricos, recursos paisajísticos, prevención de desastres, mitigación;
5. Que contribuyan a la protección de valores culturales y espirituales asociados a la biodiversidad; y,
6. Otros que determine la Autoridad Ambiental Nacional."

de extracción, degradación y deforestación. Concordantemente, el último inciso del artículo 289 del Reglamento al COA prescribe lo siguiente:

*Se permitirá la implementación de actividades productivas sostenibles, así como **la ejecución de proyectos, obras o actividades públicas o privadas que requieran una autorización administrativa ambiental, incluyendo las obras públicas prioritarias y proyectos de sectores estratégicos**, siempre que no comprometan las funciones de los Bosques y Vegetación Protectores. (el énfasis y subrayado me pertenece)*

44. El artículo 20 del Título IV del Libro II del TULAS permite la ejecución de obras públicas consideradas prioritarias y el manejo forestal sustentable, de conformidad con el respectivo Plan de Manejo Ambiental. En este sentido, el artículo 9 del Título III, Libro IV del TULAS, confiere competencia exclusiva a la autoridad ambiental nacional para la emisión de la licencia ambiental cuando los proyectos intersecten con bosques protectores. En dicho caso, el tercer inciso del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras establece que previo al inicio de regularización ambiental, debe obtenerse la certificación de viabilidad ambiental calificada con el informe de factibilidad del derecho minero, por parte del Director Nacional Forestal.

17

45. Por lo expuesto, es claro que la normativa legal y reglamentaria vigente, en concordancia con la Constitución de la República, permite el desarrollo de proyectos estratégicos de exploración y explotación de recursos naturales no renovables en bosques protectores.

46. No hay lugar, entonces, para confundir entre los conceptos de áreas protegidas y de bosques protectores, ni para sostener que las actividades de minería metálica están prohibidas en bosques protectores, las que están expresamente permitidas siempre que se desarrollen en cumplimiento con la normativa legal vigente y cuenten con los estudios y aprobaciones ambientales requeridos.

B. Sobre el criterio de novedad y la intención de la Corte Constitucional de fijar parámetros respecto al contenido de los derechos de la naturaleza con relación a las áreas declaradas como bosque y vegetación protectores

47. La Sentencia No. 159-11-JH/19 declaró que la norma contenida en el artículo 25, numeral 6, de la LOGJCC, que prescribe que “*En caso de que la sentencia no haya sido seleccionada dentro del término de veinte días desde su recepción en la Corte Constitucional, se entiende excluida de la revisión*”, es inaplicable cuando la Corte evidencie que, en un caso

seleccionado, por una vulneración de derechos constitucionales, el daño subsista al momento de dictar sentencia y no ha sido adecuadamente reparado.²⁸

48. Dicha sentencia señaló también que cuando transcurra un tiempo considerable entre la sentencia revisada y la sentencia de revisión, la Corte Constitucional deberá considerar con particular atención los efectos de la primera sentencia. Así, cuando los daños no subsistan al momento de dictar la sentencia de revisión, la Corte Constitucional expedirá *jurisprudencia con efectos de carácter general*²⁹, sin revisar el caso concreto, sino que, “*al emitir su sentencia, esté facultada únicamente para emitir un pronunciamiento para casos posteriores y no para el que se está juzgando*”³⁰.

49. En el caso que nos ocupa, necesariamente transcurrirá un tiempo considerable entre la fecha de la Sentencia Revisada, dictada el 19 de junio de 2019, y la sentencia de revisión que se pudiese emitir posteriormente, puesto que el Auto de Selección fue dictado el 18 de mayo de 2020. Además, en este caso no subsiste un daño que deba ser reparado, ya que, como se ha dicho, en el proceso de inspección por parte de la Corte Provincial no se verificó daño alguno a la naturaleza. Inclusive, la sentencia de segunda instancia aceptó la Acción de Protección y se dejó sin efecto el Registro Ambiental, lo cual corrobora que no existen daños susceptibles de reparación.

50. Por lo tanto, en observancia a la Sentencia No. 159-11-JH/19, es razonable prever que la Corte emitirá *jurisprudencia de carácter general* para casos posteriores y no para el caso seleccionado. El Auto de Selección deja en evidencia dicha intención al escoger el caso con base en el criterio de novedad, a fin de que la Corte pueda “*desarrollar parámetros para fijar los límites de las áreas declaradas como bosque y vegetación protectores y el alcance de la responsabilidad de entidades estatales de monitorear y dar seguimiento a las concesiones mineras.*”

51. Sin embargo, es indispensable analizar si al ejercer la facultad prevista en el artículo 436, numeral 6, de la Constitución, la Corte Constitucional tiene competencia para emitir *jurisprudencia con efectos generales* para casos futuros que no se deriven del juzgamiento del caso seleccionado. Es decir, se debe analizar si la Corte está facultada para fijar estándares generales y *erga omnes* sobre el derecho a la naturaleza, los bosques protectores y el alcance de la responsabilidad de las entidades estatales de monitorear y dar seguimiento a las concesiones mineras, cuando dichos elementos no tienen una relación con los hechos relevantes del caso, ni derivan de la parte resolutive de la sentencia.

²⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 159-11-JH/19. Parte resolutive. V. Decisión. Párr. 1.

²⁹ Ídem Párr. 11.

³⁰ Ídem Párr. 9.

52. Si bien la Corte Constitucional tiene la facultad para expedir *sentencias* que constituyan *jurisprudencia vinculante*, es necesario que se respete el ámbito de esta competencia y no se desnaturalice el concepto de *jurisprudencia vinculante*. A continuación, demuestro que esta facultad no le permite a la Corte, con base en la mera identificación de un derecho discutido en el caso seleccionado, a expedir -en abstracto- estándares generales y conceptuales sobre el derecho que no resulten de la *ratio decidendi* de la sentencia, como si fuese un órgano con potestades normativas o consultivas.

a. El principio de legalidad y la facultad de revisión de sentencias

53. El principio de legalidad, reconocido en el artículo 226 de la Constitución de la República³¹, prescribe que todos los órganos y entidades estatales ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. El principio de legalidad es regla de competencia y de control, pues todo acto jurídico supone una norma jurídica que confiere facultades y, al mismo tiempo, la legalidad debe controlar los actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones³².

54. El artículo 436, numeral 6, de la Constitución, confiere a la Corte Constitucional la facultad para “Expedir sentencias que constituyan *jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.*” Concordantemente, el artículo 25 de la LOGJCC que desarrolla las reglas de los procesos de selección y revisión, faculta a la Corte a dictar “*sentencia en los casos seleccionados dentro del término de cuarenta días siguientes a su selección.*”

55. Las normas antes indicadas, en forma literal, clara y expresa³³, establecen que al ejercer la facultad de revisión, la Corte Constitucional puede expedir *sentencias* que constituyan *jurisprudencia vinculante* respecto de las garantías jurisdiccionales y de los casos seleccionados. Esta facultad, además, debe ser interpretada en forma *integral o sistemática* como una facultad de un órgano de naturaleza jurisdiccional, como es la Corte

³¹ Constitución de la República. Art. 226. “*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.*”

³² Rolando Tamayo y Salmorán: Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México: UNAM, 2005, “Excursus II”, p. 214.

³³ Constitución de la República. “Art. 427.- *Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.*”

Constitucional³⁴, y sin que pueda transgredir las competencias de otras funciones del Estado, ni alterar el principio democrático ni el de separación de poderes³⁵.

56. En primer lugar, queda claro que la facultad de revisión se ejerce exclusivamente a través de la emisión de *sentencias*. La sentencia es el acto procesal del juez o tribunal que decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico; es decir, es la resolución judicial que decide el fondo del asunto³⁶. El concepto de sentencia está reconocido en el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”)³⁷ y, en forma concordante, el artículo 17 de la LOGJCC requiere que la sentencia contenga, entre otras cosas, la relación de los hechos probados, la argumentación jurídica que sustente la decisión y la resolución, así como la reparación de derechos en el caso concreto³⁸.

57. En este sentido, al ejercer la facultad de revisión, la Corte debe dictar sentencias que resuelvan el fondo de la garantía jurisdiccional seleccionada³⁹, puesto que, de lo contrario, no podría hablarse de *sentencias* como tal. No obstante, arrogándose una facultad diferente a la de un órgano jurisdiccional, la Corte Constitucional, para el período de transición, consideró que el artículo 436, numeral 6, de la Constitución, le permite a la Sala de Revisión bifurcar, por un lado, la revisión del caso concreto, y por otro, la posibilidad de dictar reglas “jurisprudenciales”⁴⁰. Sin embargo, una providencia que no resuelve el fondo del caso, pero

20

³⁴ Constitución de la República. “Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.”

³⁵ Ver Voto Salvado de la Dra. Daniela Salazar en la Sentencia No. 35-12-IN/20. Párr. 24. La Corte Constitucional es un órgano no representativo y contramayoritario, por lo que debe ser cautelosa al ejercer el control de constitucionalidad de las normas aprobadas de manera democrática y deliberativa. En efecto, esta naturaleza no representativa de la Corte Constitucional, por concepto, no le facultaría a dictar reglas generales que se asimilan más a actos normativos que a un precedente jurisprudencial.

³⁶ Juan Montero Aroca, Derecho Jurisdiccional II, Tirant Lo Blanch, 20ª edición, Valencia, 2012. Pg. 372.

³⁷ COGEP. Art. 88. “Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso...”

³⁸ LOGJCC. Art. 17. “Contenido de la sentencia.- La sentencia deberá contener al menos: 1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción. 2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución. 3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución. 4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable.”

³⁹ La única excepción eran las sentencias inhibitorias que, tras la expedición del Código Orgánico General de Procesos, ya no existen pues se resuelven mediante autos al tratar las excepciones previas.

⁴⁰ Ver Sentencia No. 001-10-PJO-CC y 003-18-PJO.

independientemente de aquello, dicta reglas generales y abstractas sobre un derecho específico, no se enmarca en el concepto de sentencia.

58. De lo expuesto, surge una primera conclusión. La jurisprudencia vinculante en los casos seleccionados para el proceso de revisión solamente puede emitirse por la Corte Constitucional a través de un tipo de resolución jurisdiccional: una sentencia.

59. En segundo lugar, las normas citadas establecen que las sentencias constituirán “*jurisprudencia vinculante*”. La introducción de los conceptos de *jurisprudencia vinculante* y *precedente obligatorio*, a partir de la expedición de la Constitución de 2008 y la LOGJCC, marcó un cambio trascendental en la forma de concebir el derecho en el Ecuador. Es innegable que la jurisprudencia emitida por la Corte, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 436, numeral 6, de la Constitución, constituye una fuente directa de derecho. No obstante, es evidente que todavía existe confusión sobre qué parte de la sentencia es obligatoria y cómo debe entenderse el concepto de *precedente vinculante*.

60. La introducción de la *jurisprudencia vinculante* como fuente de derecho en el Ecuador es novedosa, pero aquello no puede llevarnos a tergiversar el concepto al punto de desnaturalizarlo o hacerlo irreconocible. La jurisprudencia, como se sabe, es un repositorio de experiencia judicial basado en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces.⁴¹ El *precedente vinculante* implica que la decisión adoptada con anterioridad *dentro de un patrón fáctico* tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por *sus hechos o circunstancias*⁴². Sin embargo, debido a que en el Ecuador persiste la lógica tradicional del sistema romano-germánico, todavía se sigue concibiendo erróneamente a la jurisprudencia en *forma indicativa*, es decir, concentrada en la definición de *conceptos jurídicos*.

61. Esta forma indebida de comprender al precedente jurisprudencial, además de desnaturalizarlo en su teoría, impide en la práctica el desarrollo y consolidación del derecho jurisprudencial en el Ecuador. El precedente jurisprudencial, en el sistema del *common law* en que se origina, siempre se ha basado en la conexión analógica entre caso nuevo y caso antiguo⁴³. Por concepto, es la *razón de la decisión adoptada* por las Cortes la que tiene fuerza vinculante, generando consistencia e igualdad en la resolución de los siguientes casos. La doctrina del *stare decisis* implica considerar a los casos anteriores como precedentes vinculantes, pero está sujeta a dos limitaciones.

⁴¹ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Universidad de los Andes, Segunda Edición, Bogotá, 2006. Pg. 109.

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem. Pg. 115.

62. Primero, solamente son vinculantes las partes más esenciales de la sentencia que consisten en el análisis de las cuestiones de derecho que son *estricta y lógicamente necesarias* para *resolver la disputa* frente a la Corte⁴⁴. Estas partes de la sentencia se conocen como la *ratio decidendi* o la razón de la decisión.⁴⁵ El resto del texto de la sentencia que no es dispositivo para la resolución de las pretensiones de la controversia o para la evaluación lógica de aquellas, es *obiter dicta* que no vincula. Segundo, siempre les corresponde a los jueces o a las cortes, al resolver el nuevo caso, identificar qué partes de la sentencia anterior constituyen *la ratio decidendi* y el *obiter dicta*.⁴⁶

63. En el Ecuador, esta forma de entender al precedente vinculante, necesariamente vinculada a la *ratio decidendi* de la sentencia en un caso concreto, fue expresamente reconocida por el legislador en el artículo 2, numeral 3, de la LOGJCC:

Obligatoriedad del precedente constitucional. - Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia. (el énfasis me pertenece)

22

64. Por lo tanto, no hay duda alguna de que en Ecuador el *precedente jurisprudencial* también debe extraerse de la resolución de los casos sometidos a conocimiento de la Corte. Precisamente, la fuerza vinculante del precedente se extrae de los parámetros interpretativos realizados por la Corte Constitucional al resolver un caso concreto. No hay fundamento alguno para que la Corte expida, *a título de jurisprudencia vinculante*, meras *definiciones conceptuales* sobre un derecho tratado en el caso, que no sean el resultado del razonamiento necesario para resolver el fondo del caso en cuestión.

65. Los parámetros interpretativos de la Corte Constitucional no deben ser extraños al sistema jurídico, su Constitución y leyes⁴⁷. Resultaría insólito que considerando la naturaleza jurisdiccional y no representativa de este organismo, así como la forma en que la ley ha definido al precedente constitucional obligatorio, la facultad para dictar sentencias que constituyan *jurisprudencia vinculante* pueda ser interpretada en el sentido de habilitarle a la Corte Constitucional para dictar reglas generales y erga omnes (potestad normativa en

⁴⁴ "...the consideration of the narrowest questions of law that are logically necessary to resolve the dispute before the court."

⁴⁵ George P. Fletcher y Steve Sheppard., *American Law In a Global Context Basis*, Oxford University Press, 2005. Pg. 80 y 81.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Richard Fallon: *Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence.*" 86 N.C. L. Rev. 1108.

sentido estricto) para casos futuros *que no sean el resultado de la ratio decidendi del juzgamiento del caso seleccionado*. En tal supuesto, las reglas expedidas por la Corte, pese a tener el nombre de jurisprudenciales, no serían otra cosa que legislación disimulada.

66. De lo expuesto, se desprende una segunda conclusión: no puede existir precedente vinculante al margen de la resolución de un caso concreto.

67. Constituiría un retroceso lamentable que la jurisprudencia vinculante sea concebida por la Corte Constitucional como una *referencia conceptual común*. Bajo esta forma impropia de entender el precedente jurisprudencial, en la decisión de un caso nuevo no cuentan las similitudes fácticas con el caso anterior, sino que en cambio lo relevante son las conexiones temáticas o conceptuales abstractas que existen en las sentencias⁴⁸.

68. Este tipo de actuaciones suprimen o dejan a un lado los hechos del caso y, por consiguiente, dada su generalidad y abstracción, se asemejan más a reglas de tipo legislativo⁴⁹. Si la Corte Constitucional actúa de esta forma, dejaría de ser intérprete y reemplazaría no solo al poder legislativo, sino también al constituyente.

69. Además, esta concepción de la jurisprudencia vinculante no coadyuva al desarrollo que tiene esta nueva e importante fuente de derecho en el país, sino que la reduce a otra forma de derecho legislado, pero a cargo de un órgano jurisdiccional de naturaleza no representativa, sino, por concepto, contramayoritario. Pero esencialmente, esta concepción le sustrae a la jurisprudencia su naturaleza *controlante* o *decisiva*. En palabras de Diego Eduardo López Medina:

23

*En esta forma de autoridad conceptual no importa que los hechos de la sentencia citada sean similares a los de la sentencia que se promulga, sino que encaje en un concepto o idea jurídica abstracta que abarque los supuestos de hecho del litigio. “Igualdad”, “vía de hecho”, “tratados internacionales”, “debido proceso”, “posesión”, “accesión”, entre otros, son ejemplos de referentes conceptuales comunes en las sentencias de los jueces colombianos. **En este tipo de citas la jurisprudencia no resulta, como en el caso anterior, controlante o decisiva. Como ya se dijo, los tribunales que utilizan mayoritariamente citas conceptuales tienden a poseer una noción de jurisprudencia indicativa y no de precedente vinculante.**⁵⁰ (el énfasis y subrayado me corresponde)*

⁴⁸ Diego Eduardo López Medina, Op. Cit. Pg. 115 y 116.

⁴⁹ Ídem. Pg. 195 y 196. En el derecho legislado las reglas son, al menos en la superficie, de fácil reconocibilidad. La regla es independiente de patrones argumentativos fácticos. La regla de derecho legislado busca regular uniformemente un conjunto amplio de casos que caen dentro de su fuerza gravitacional.

⁵⁰ Ídem. Pg. 116.

70. La jurisprudencia de autoridad conceptual no solo que no tiene relación alguna con el precedente vinculante del *common law*, sino que tampoco se asemeja a la forma de concebir al precedente jurisprudencial en países de la región. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que sólo tienen fuerza vinculante los conceptos que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive del caso. Así, solamente la *ratio decidendi*, entendida como el fundamento normativo directo de la parte resolutive o la base necesaria de la decisión, es la parte de la sentencia que resulta ser obligatoria y que tiene la capacidad de proyectarse más allá del caso concreto⁵¹.

71. De igual manera, el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que el precedente aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia, cuyo uso se sustenta en las siguientes condiciones:

*a) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide exteriorizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución de un caso planteado. El Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo...*⁵² (el énfasis y resaltado me corresponde)

24

72. Por lo expuesto, es claro que la facultad de revisión no le permite a la Corte Constitucional, bajo el título de dictar jurisprudencia vinculante, arrogarse facultades legislativas o incluso del poder constituyente, puesto que ni la Asamblea Nacional podría derogar un precedente jurisprudencial de este organismo. Las normas generales de cumplimiento obligatorio, especialmente las constitucionales y legales, son expedidas por órganos que tienen legitimación democrática. La Corte Constitucional es un órgano por esencia contramayoritario, que no legisla ni tiene facultades legislativas, sino que es el guardián de la Constitución y, como tal, no puede ir mas allá de las competencias que el texto constitucional le ha conferido.

73. En este caso, el Auto de Selección indica que la Corte Constitucional emitirá una sentencia *conceptual* cuyas reglas no estarán vinculadas a la resolución de ningún hecho específico del caso concreto. Fijar estándares generales y abstractos con respecto al derecho de la naturaleza y los límites de actividades de exploración y explotación de recursos naturales, así como las obligaciones de seguimiento a estas actividades por parte de la

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-292/06.

⁵² Tribunal Constitucional de Perú. STC No. 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín).

autoridad ambiental competente, es tarea del legislador, y a través de un instrumento de rango legal.

b. La Corte Constitucional no está facultada para emitir jurisprudencia vinculante en forma paralela o independiente a la resolución del caso concreto

74. El problema jurídico que se evidencia en el Auto de Selección parte de la forma en que la Corte Constitucional, para el período de transición, concibió desde su origen a la facultad de revisión de sentencias. Desde la emisión de la *Sentencia No. 001-10-JPO-CC* se ha sostenido que al expedir jurisprudencia vinculante la Corte puede dictar “*reglas legislativas*”⁵³, incluso al *margen de la resolución del caso concreto*⁵⁴.

75. Por tanto, es necesario que la actual conformación de la Corte Constitucional, con la solvencia técnica, independencia y apego a los principios del estado de derecho que le caracteriza, revea el concepto de *jurisprudencia vinculante*. Esto se requiere no solo para garantizar el respeto al principio de legalidad al ejercer esta facultad, sino para evitar la arbitrariedad y para salvaguardar la trascendencia que tiene esta nueva facultad en el constitucionalismo ecuatoriano.

76. En la *Sentencia No. 001-10-PJO-CC* dictada el 22 de diciembre de 2010 por la Corte Constitucional, para el período de transición, se ejerció por primera vez la facultad de revisión. En forma inexplicable, dicha sentencia señaló que la Corte puede emitir jurisprudencia vinculante o precedente obligatorio con carácter *erga omnes* y, *de manera paralela*, efectuar la revisión de aquellos casos en los que se constate una vulneración de derechos constitucionales en la sustanciación o decisión de la causa⁵⁵. Así, la Corte Constitucional bifurcó dichas actuaciones, como si la Corte Constitucional pudiese expedir un precedente jurisprudencial ajeno a la resolución de un caso concreto.

77. En dicha sentencia, la Corte Constitucional indicó que tiene la obligación constitucional de desarrollar los contenidos de los derechos reconocidos en la Constitución mediante su jurisprudencia, dando respuestas concretas a problemas surgidos a partir del ejercicio e implementación de la garantía jurisdiccional.⁵⁶ Posteriormente, la Corte Constitucional indicó que la Constitución de 2008 introdujo a la *jurisprudencia* como una nueva fuente de derecho objetivo en el Ecuador, al reconocer de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución, al cual lo concibió como:

⁵³ Ver Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

⁵⁴ Ver Sentencia No. 003-18-PJO-CC

⁵⁵ Sentencia No. 001-10-PJO-CC. Párr. 14.

⁵⁶ Ídem. Párr. 16.

... aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.⁵⁷

78. Aunque resulte paradójico, la Corte Constitucional, para el período de transición, señaló que a partir de este fallo, marcaría el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial. Empero, al precisar el concepto de *jurisprudencia vinculante*, la Corte desconoció su naturaleza, al explicar que la jurisprudencia puede cumplir diversas funciones dependiendo de las circunstancias de los casos que susciten, de tal forma que: “a) *podría desarrollar una regla legislativa*; b) *interpretar la norma ante ambigüedades, insuficiencias o antinomias*; o c) *ante un vacío o laguna normativa, podría regular un escenario determinado directamente sin necesidad de acudir al órgano legislativo*”.

79. La Corte Constitucional, para el período de transición, no solo confundió los conceptos de derecho jurisprudencial y derecho legislado, sino que trivializó esta facultad al punto de decir después que la jurisprudencia “no siempre tendrá como efecto la generación o creación de reglas jurisprudenciales”, puesto que en otros casos “la regla jurisprudencial tendrá como finalidad la ratificación de una regla legislativa preexistente.” Por ende, en dicho caso, la Corte a través de una mal llamada regla jurisprudencial con carácter *erga omnes*, simplemente reafirmó las disposiciones constitucionales y legales vigentes relacionadas a la materia.

80. De esta manera, la Corte Constitucional emitió un acto que propiamente no es un precedente vinculante y que como fuente de derecho aportó absolutamente nada, ya que solamente reiteró las disposiciones constitucionales y legales existentes.

81. Esta errónea concepción de la jurisprudencia vinculante se replica en varias sentencias dictadas por la anterior conformación de la Corte Constitucional, al ejercer la facultad de revisión⁵⁸. Además, tanto la anterior como la actual conformación de la Corte, han admitido la posibilidad de que en el proceso de revisión se bifurque, por un lado, la revisión y reparación de derechos constitucionales en el caso concreto y, por otro, la facultad para dictar “reglas jurisprudenciales” al margen del caso seleccionado⁵⁹.

⁵⁷ Ídem. Párr. 27.

⁵⁸ Sentencias No. 001-14-PJO-CC, 001-16-PJO-CC, 001-18-PJO-CC, 002-18-PJO-CC y 003-18-PJO-CC.

⁵⁹ Ver Sentencias No. 003-18-PJO-CC y Sentencia No. 159-11-JH/19. Párr. 9. “La norma contenida en el artículo 25 (6) de la LOGJCC, según la cual el caso que fuere seleccionado veinte días después de ingresado debe entenderse excluido de la revisión y que la Corte, al emitir su sentencia, esté facultada únicamente para emitir un pronunciamiento para casos posteriores y no para el que está juzgando, cuando la Corte encuentra daños ocasionados por vulneraciones de derechos constitucionales que no fueron adecuadamente reparados y que

82. El ejemplo más palpable de lo expuesto es la *Sentencia No. 003-18-JPO-CC*, en la que la Corte expresamente indicó que no resolvió el caso concreto, pero a pesar de ello, emitió dos “*reglas jurisprudenciales*” erga omnes sobre los alcances y límites de derechos constitucionales, en abstracto. La Corte realizó una interpretación puramente conceptual sobre los derechos de los adolescentes con relación a sus derechos sexuales y reproductivos, desconociendo que el precedente vinculante solamente puede extraerse de los hechos determinantes del caso concreto, pues tales hechos concretan la norma interpretada por la Corte y permiten una exigencia de igualdad de trato⁶⁰.

83. Si bien es cierto que el artículo 11, numeral 8, de la Constitución, establece que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de la *jurisprudencia*, de aquella norma no se desprende que la Corte Constitucional pueda desarrollar dichos contenidos mediante la expedición de reglas legislativas que no son *jurisprudencia*. Es decir, del deber de desarrollar derechos a través de la *jurisprudencia*, no se extrae una competencia autónoma de la Corte para dictar normas generales, como si fuese un legislador o constituyente, ni para hacer interpretaciones genéricas y abstractas, propias de un órgano consultivo. Al contrario, la Corte Constitucional desarrolla los derechos siempre a partir de la resolución de los casos concretos.

27

84. Lo antes expuesto es indiscutible, al punto que ha sido reconocido inclusive por respetados juristas que actualmente integran la Corte Constitucional. Por ejemplo, el Dr. Alí Lozada Prado ha señalado claramente que:

La Corte Constitucional no es un “órgano con potestad normativa” en los términos del artículo 84 de la Constitución: la Corte no prescribe (o, como dice el voto, “expide”) normas jurídicas, lo que hace es interpretarlas. La distinción entre ambas cosas es la misma que hay entre ley y precedente en cuanto fuentes de Derecho. No cabe confundir ambas categorías⁶¹.

85. Así también, el Dr. Agustín Grijalva Jiménez ha señalado que:

... la Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional, por tanto actúa solo en el marco de procesos constitucionales previamente establecidos y a petición de parte, y solo muy excepcionalmente y por expresa autorización constitucional, de forma automática. (...) En ninguno de estos casos, la Corte realiza una interpretación puramente abstracta de

subsisten al momento de dictar sentencia, anularía la efectividad de la garantía jurisdiccional para tutelar efectivamente derechos...”

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-294/2003.

⁶¹ Voto concurrente del Dr. Alí Lozada Prada emitido el 26 de junio de 2019, en la Sentencia No. 11-18-CN/19.

*la Constitución, sin referencia a norma infraconstitucional o acto alguno de autoridad, como podría suceder con una consulta o interpretación puramente académica sobre el sentido de una norma constitucional. **Hacerlo sería grave, pues la Corte fácilmente podría en tal caso invadir las competencias del legislador o del constituyente.***⁶² (el énfasis me pertenece)

86. Esta confusión que existe entre normas y precedentes, y el fenómeno de separar la función de establecer precedentes vinculantes de la facultad de resolver casos, ha sido criticada por un sector de la doctrina⁶³. Esta preocupación es absolutamente razonable, puesto que, si la selección de los casos es discrecional por parte de la Sala de Selección⁶⁴, y se admitiese que la Corte Constitucional sí puede sentar precedentes vinculantes por fuera de la resolución del caso concreto, se abre la puerta para que la Corte:

*...comience a emitir precedentes vinculantes a diestra y siniestra en cualquier circunstancia, sin que tenga que ver con el caso concreto, sin que se encuentre en la ratio decidendi y tratando de imponer alguna concepción ... antojadiza de los Magistrados de turno, convirtiéndose la institución en algo totalmente distinto y diferente de su lugar de origen y más pareciéndose a una cuestión legislativa que jurisprudencial.*⁶⁵

28

87. Adicionalmente, es necesario traer a colación lo manifestado por las Juezas Karla Andrade y Daniela Salazar, y el Juez Ramiro Ávila en el Voto Salvado emitido en el Dictamen

⁶² Agustín Grijalva Jiménez, Constitucionalismo en Ecuador, Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 5, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012. Pg.226 y 227.

⁶³ Juan García Amado, Controles Descontrolados y Precedentes sin Precedente: A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente No. 3741-2004-AA/TC. *"Esto resulta revolucionario para toda teoría del precedente judicial, pues posiblemente es la primera vez que la función de sentar precedentes se independiza de la de resolver casos. Hasta hoy, se entendía que no toda resolución de casos tiene valor de precedente (...), pero que todo precedente se establece en la resolución de un caso, pues lo que como precedente vale se contiene en la ratio decidendi de ese caso. Quizá el no querer forzar demasiado esta novedosa separación es lo que hace que el Tribunal acabe esmerándose, más adelante, por afirmar que alguna vinculación tiene que entre el caso que se resuelve y esa norma "legal" que el Tribunal dicta en aplicación de su interpretación del artículo VII... Cita la Sentencia los supuestos en los que en el Derecho norteamericano se admite que puede el Tribunal Supremo "dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura": (...) Pero como ahí no se encuentra base que justifique la actividad propiamente legislativa que el Tribunal quiere adoptar, dice que hacen falta parámetros distintos que encajen mejor con "nuestro contexto y nuestra tradición jurídica". Este extranjero que tiene la osadía de escribir este comentario, confiesa que desconocía por completo que en Perú existiera una tradición no solo de creación jurisprudencia de Derecho, sino, más aun, de actividad legisladora de las altas cortes judiciales."*

⁶⁴ Esta discreción permite a los jueces tener absoluto control sobre su propia agenda. Ver Margaret Meriwether Cordray, Richard Cordray, The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection, 82 Wash. U. L. Q. 389.

⁶⁵ José Reynaldo López Viera, Análisis del precedente constitucional vinculante en el Perú a partir de su codificación en la ley No. 28237, en Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Andrés Velandia Canosa, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017. Pg. 268.

No. 3-20-EE/20, en el que resaltaron las implicaciones de que el Ecuador sea un Estado constitucional democrático. Esta caracterización no se reduce a la voluntad de la mayoría como fundamento de la representación popular, sino que también implica el respeto a la institucionalidad pública, el equilibrio de poderes entre las funciones del Estado y la participación y la deliberación como mecanismo para la toma de decisiones. *“Estas decisiones serán más democráticas, entonces, en la medida que se permita tomarlas dentro de la institucionalidad democrática y con la mayor participación posible.”*⁶⁶

88. La introducción de una nueva restricción que prohíba el desarrollo de actividades de minería metálica en bosques protectores necesariamente debe adoptarse en forma democrática, según los procedimientos de enmienda o reforma, previstos en los artículos 441 y siguientes de la Constitución. Así también, el establecimiento de parámetros generales y abstractos que limiten las actividades mineras en bosques protectores es de competencia privativa de la Asamblea Nacional⁶⁷ y requiere la participación protagónica y deliberativa de los ciudadanos y de los grupos interesados en la toma de decisiones, a través de los mecanismos de democracia representativa existentes⁶⁸.

89. Por la representatividad, deliberación y participación ciudadana⁶⁹ que caracteriza al procedimiento legislativo, la Asamblea Nacional es el órgano competente e institucionalmente más apto para debatir y aprobar estas reglas generales que regulan el desarrollo de actividades mineras en bosques protectores, así como la supervisión y monitoreo respectivo por parte del MAE. Por ende, a fin de respetar los principios democráticos, deliberativo y de separación de poderes, es necesario que la Corte defiera al legislador en la expedición de estándares generales sobre esta materia.⁷⁰

29

⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 3-20-EE/20.

⁶⁷ Constitución de la República. Art. 133. Serán leyes orgánicas: (...) 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

⁶⁸ Constitución de la República. *“Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”*

⁶⁹ Constitución de la República. *“Art. 137.- El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite.*

Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.”

⁷⁰ Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches: A Response To Professor Paulsen*, 83 Geo. L.J. 347 *“I will recommend a third, distinct principle, comparative institutional competence, pursuant to which each institution must interpret the Constitution in order to decide how much deference to give to specific decisions by other institutions. Under this middle principle, no institution deserves the blind deference of other branches, and no institution enjoys unqualified supremacy with respect to all controversies, but, nevertheless, each*

90. En caso de que esto no suceda se generará una situación paradójica. La Corte podría, en ejercicio de la facultad de revisión de sentencias, expedir reglas *erga omnes* de tipo legislativo, las cuales no están limitadas a la *ratio decidendi* del caso y, por su esencia, tendrían un rango normativo similar o superior a la ley. Si se llegase a admitir que la Corte tiene potestades normativas, aquello nos llevaría al absurdo de considerar uno de los siguientes escenarios: (i) que las reglas contenidas en la sentencia son *actos normativos con efecto general* susceptibles de control constitucional por este organismo⁷¹ o, peor aún, (ii) que estas reglas no están sujetos a control constitucional alguno.

91. La Corte Constitucional no puede, a propósito de seleccionar un caso, dictar actos normativos de efectos generales. No solo porque carece de facultad para ello, sino porque, además, de hacerlo, rompería el esquema propio del Estado Constitucional de Derechos, esto es, la separación de funciones. Sería paradójico que el guardián de la Constitución irrespete el texto constitucional y la finalidad misma del constitucionalismo.

92. En conclusión, al no existir relación entre los hechos del caso y los criterios invocados por la Sala de Selección de la Corte para seleccionarlo, y debido a que actualmente no subsisten daños que deban o puedan ser reparados por la Corte Constitucional, no es posible que, a la luz de los hechos del caso objeto de revisión, se puedan sentar “*reglas jurisprudenciales*” sobre los derechos y asuntos genéricos identificados en el Auto de Selección. Si la Corte lo hace, violaría claramente sus competencias y desnaturalizaría a la institución del precedente jurisprudencial vinculante, como se ha indicado.

30

IV SOLICITUD

93. 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.

V NOTIFICACIONES

institution will sometimes owe a constitutional duty of deference to the decisions (including erroneous decisions) of another branch.⁸ The principle of comparative institutional competence will permit us to justify much, though not all, of the respect conventionally paid to judicial supremacy.”

⁷¹ Constitución de la República. “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra **actos normativos de carácter general** emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”



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

94. Recibiré notificaciones en las casillas constitucionales No. 238 y No. 620, así como en los correos electrónicos: notificaciones@dgalegal.com, jzaldumbide@pbplaw.com, eulloa@pbplaw.com y dortiz@pbplaw.com

Firmamos debidamente autorizados y por ruego del peticionario.

Juan Francisco Guerrero del Pozo
Mat 8672 CA

José David Ortiz Custodio
Mat. 17-2010-532 CJ