

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Referencia: Causa No. 6-20-CP
Dictamen Previo de Constitucionalidad para
Consulta Popular

Jueza Ponente: Dra. Karla Andrade Quevedo

Peticionario: Ing. Pedro Palacios
Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado de Cuenca

Rodrigo Izurieta Andrade, en mi calidad de Apoderado de la compañía Condor Gold S.A. empresa que se dedica a las actividades mineras en el sur del Ecuador y titular de concesiones mineras conforme consta del catastro que para el efecto mantiene el Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, de manera respetuosa comparezco ante esta H. Corte Constitucional en calidad de tercero interesado en la causa de la referencia conforme lo faculta el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, "LOGJCC").

I. Antecedentes

1. La compañía que represento advierte, con suma preocupación, un posible menoscabo de los derechos constitucionales de las operadoras mineras en el Ecuador por medio de una estrategia cuya antijuridicidad podría rayar en el abuso del derecho. Las modificaciones al ordenamiento jurídico, particularmente a la Constitución de la República, pretendidas por ciertos grupos que han bloqueado el diálogo social, amenazan con poner en riesgo las inversiones que los titulares mineros hemos introducido al país y , además, colocan en situación de riesgo la estabilidad jurídica en desmedro de la credibilidad del país en el contexto nacional e internacional.
2. En el presente documento nos proponemos demostrar a la honorable Corte Constitucional del Ecuador que la falta de reglas de juego claras y firmes, comporta verdaderas violaciones de derechos constitucionales pero, además, lesiona a todos los habitantes de la República al despojar a la ciudadanía de certeza jurídica en la medida en que un acto que hoy es legal y legítimo, de la noche a la mañana -literalmente- puede prohibirse y, además, con efectos retroactivos, anulando por completo cientos de años de desarrollo jurídico, político y social y negando las conquistas que produjeron ese desarrollo para la convivencia pacífica.

II. Protección de la inversión extranjera en el sector minero

3. En base al derecho a la seguridad jurídica antes desarrollado, el inversor minero, al iniciar sus actividades, lo hizo bajo el cobijo de una expectativa de que el régimen constitucional ecuatoriano es real y consistente y, por lo tanto, será respetado y aplicado. Se trata de la garantía que otorga el derecho a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica implica una garantía estatal de que los derechos y obligaciones de los administrados serán siempre respetados y que las decisiones públicas se enmarcarán dentro del ordenamiento jurídico vigente. El proceso de inversión se realiza con esa premisa básica (elemental en todo Estado de Derecho) y se espera que el Estado ecuatoriano no afecte esta certeza legal ya que la misma

constituye una posición previa y una representación adoptada por aquel mismo Estado¹. Como en cualquier otra industria, al verse incumplida o incluso, ante la sola amenaza en contra de esa expectativa de certeza legal, se le provoca un daño al inversionista y una pérdida de confianza difícil de recuperar².

4. En ese sentido, en el sistema internacional de la protección de inversiones se encuentra un paralelo a esta expectativa de certeza que la representación estatal –en este caso, de seguridad jurídica– sea cumplida, y es el principio de las expectativas legítimas. Este estándar de protección encuentra su razón de ser no solamente de forma independiente, sino que, también, como una materialización del **estándar de trato justo y equitativo** consagrado en el derecho internacional de las inversiones³.
5. El tribunal arbitral del caso *Tecmed c. México*⁴ señaló que las expectativas legítimas son una manifestación del estándar de trato justo y equitativo que implica **que el inversor extranjero espera del estado receptor de la inversión que actúe de una forma consistente, libre de ambigüedad y con total transparencia**. De tal forma, es imperativo que los inversores en la industria minera tengan certeza legal de las regulaciones legales que gobernarán su inversión y que, por ejemplo, en fases posteriores su inversión no se vea frustrada.
6. Adicionalmente, si a un inversor que ha obtenido legalmente sus permisos y autorizaciones para ejercer su actividad económica, se le frustra su proceso de inversión por un cambio repentino de régimen legal o por la inclusión de prohibiciones antes no contempladas; esto implica al menos una expropiación indirecta que amerita una compensación apropiada, oportuna y la reparación del daño causado.
7. El inversor ya realiza una apuesta por el país al iniciar su proceso exploratorio. En ese proceso asume el riesgo de encontrar o no el mineral que espera legítimamente explotarlo más adelante. Toda la actividad minera pierde su sentido si al final no se le permitirá explotar dichos recursos a pesar de que esta actividad está expresamente permitida en la legislación vigente. La presente consulta popular, tal como está propuesta, implicaría efectos retroactivos que violarían su derecho a la seguridad jurídica y, consecuentemente, los estándares de protección de inversión extranjera contenidos en tratados internacionales de protección de inversiones que aún estarían operativos para con el Ecuador: e.g. TBI Ecuador-Canadá en virtud de la cláusula de supervivencia.

¹ Brown C., The Protection of Legitimate Expectations as a “General Principle of Law”: Some Preliminary Thoughts, TDM 2009 pág. 2

² Potesta M., Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review Vol. 28, No. 1, 2013, p. 94 citando a Schonberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, Oxford University Press, 2000.

³ Chovancová K., The Fair and Equitable Treatment and its Current Status in International Investment Law, TDM 2018, p. 8 citando a Subedi S. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing 3 Ed. 2016, p 74; Martins Paporinskis, The International Minimum Standard of Treatment and Fair and Equitable Treatment, Oxford University Press 2013, pág. 98 citando al Artículo 13 de la Resolución Tokio.

⁴ Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos, Laudo del 29 de mayo de 2003, caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, párr. 154.

III. Principio de legalidad y tipicidad de las causales para la cancelación de concesiones mineras

8. Además de lo analizado hasta aquí respecto a la violación a la seguridad jurídica, el consultante incurre en una inobservancia normativa que vicia su petición y la torna inconstitucional. Es bien conocido que ya existe una prohibición de contaminación de las fuentes de agua, la que coincide con el objetivo propuesto en el pedido de consulta popular. Se trata del precepto legal contenido en el Art. 81 de la Ley de Minería. Según este cuerpo legal, de jerarquía superior a la ordenanza municipal de creación de ETAPA, es la Agencia de Regulación y Control Minero⁵ la entidad de control con la competencia de aplicar las sanciones previstas en la ley en caso de incumplimiento por parte de algún actor del sector minero. He aquí otra grave falencia de la petición de consulta: el Concejo Cantonal de Cuenca se atribuye la facultad de controlar la actividad minera y aún de imponer sanciones, como se aprecia del **Considerando 66**.
9. La prohibición pretendida por el consultante ya está prevista en la legislación vigente⁶. Esta norma alcanza el objetivo señalado por el consultante. Entonces, si ya está recogido en el ordenamiento jurídico positivo no se requiere de consulta popular sino de un estricto seguimiento a las entidades públicas a cargo del control de la actividad minera para que la norma legal sea cumplida. Y ya existe, también, un régimen de responsabilidades con suficientes mecanismos para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. El principio ambiental de precaución no requiere una prohibición absoluta para garantizar la preservación de las condiciones ambientales y los ciclos de vida de la naturaleza. De otro modo, acabaríase por prohibir toda actividad humana, pues en casi todo caso se presenta un impacto ambiental que introduce cambios en los ecosistemas.
10. Es importante destacar que, para la restricción de un derecho consagrado en la Constitución -el derecho a la propiedad del cual son titulares los inversionistas extranjeros que han apostado por poner sus recursos en el Ecuador-, hace falta un examen de ponderación en el que se sopesen otros derechos que puedan entrar en conflicto. Nótese que el derecho a la propiedad y la libertad de empresa ya están restringidos constitucionalmente por la función social y ambiental que impide un ejercicio que pueda considerarse abusivo o pernicioso de estos derechos colectivos o difusos. Este examen es imposible a través de una consulta popular por las características propias de este mecanismo de democracia directa. Precisamente para evitar un autoritarismo de las mayorías es que la Norma Fundamental ha previsto un examen de constitucionalidad previo a la convocatoria a plebiscito. Si el examen de la Corte Constitucional es responsable, llegará a la conclusión de que la democracia plebiscitaria puede ser en ciertos casos, como lo es en este, lesiva de derechos, anti-técnica y puede suponer, no sólo la afectación ilegítima a una serie de derechos de rango constitucional sino la necesaria reparación integral a cargo del Estado del bolsillo de los contribuyentes.

⁵ Hoy, la “Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables”, en cumplimiento de la fusión prevista en el Decreto Ejecutivo 1036-2020.

⁶ Ley de Minería, Art. 81.- (...) Se prohíbe la descarga de desechos de escombros, relaves u otros desechos no tratados, provenientes de cualquier actividad minera, hacia los ríos, quebradas, lagunas u otros sitios donde se presenten riesgos de contaminación.

11. La Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de seguridad jurídica en numerosos fallos, si bien el mismo resulta bastante claro de la sola lectura del Art. 82 CRE⁷.

el derecho a la seguridad jurídica implica el respeto a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que constituye la base de la protección de los derechos por parte de las autoridades públicas y la confianza de los actos que se saben ordenados, prohibidos y/o permitidos por parte de las personas. De esta manera, todos los poderes públicos están obligados a garantizar la seguridad jurídica y con mayor razón las autoridades jurisdiccionales durante su tarea de administrar justicia. (...) A partir de estas disposiciones resulta claro que la seguridad jurídica consiste en la expectativa razonablemente fundada de las personas, respecto a las consecuencias de los propios actos y de los ajenos en relación a la aplicación del Derecho; así se ha pronunciado esta Corte Constitucional al sostener que la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente.⁸

12. Traer a colación este derecho de los administrados y principio de actuación de las entidades del sector público resulta gravitante para el caso en cuestión ante el planteamiento del consultante respecto al futuro de las concesiones que, antes de la petición de consulta popular 6-20-CP, fueron otorgadas por el Estado o se encuentran oficialmente en trámite⁹. Resulta que en los **Considerandos 65, 66, 67** de la petición de consulta se explica el mecanismo de aplicación de la decisión adoptada por la voluntad popular en caso de que se pronuncie afirmativamente en el plebiscito. Según el consultante, el procedimiento consistiría en lo siguiente:

- **Primero:** incorporar la prohibición en planes técnicos de la localidad de Cuenca, esto es, en el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial “PDOT” y en el Plan de Uso y Gestión del Suelo “PUGS” -nótese, una prohibición contenida en documentos que no son de índole jurídico ni de rango legal-, así se aprecia en el Considerando 65.
- **Segundo:** implementar el mecanismo de control a través de órganos pertenecientes a la Alcaldía de Cuenca y de la empresa pública ETAPA, excluyendo por completo las competencias de la Agencia de Regulación y Control de los Recursos Naturales No Renovables; es decir, operaría una reforma legal sin el proceso legislativo pertinente y sólo para una ciudad del Ecuador, mientras que en el resto del territorio ecuatoriano -cual si se tratara de una escisión política- la Agencia mantendría sus competencias.

⁷ Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 111-13-SEP-CC, expedida el 04 de diciembre de 2013.

⁹ Para garantizar el derecho a la seguridad jurídica, la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos ha establecido que, una vez presentada una solicitud que da inicio a un trámite ante una entidad pública, se garantiza la estabilidad del ordenamiento jurídico de manera que el administrado estará sujeto a las reglas de juego vigentes a esa época, sin perjuicio de lo que ocurra más tarde; sólo así se garantiza la aplicación de normas claras, previas y públicas. Cfr. Art. 16.

Art. 16.- De la vigencia en materia de trámites administrativos.- Las regulaciones y requisitos aplicables a los trámites administrativos entrarán en vigor a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Las personas interesadas únicamente deberán cumplir con los requisitos y procedimientos que estaban vigentes al momento en que inició la gestión del trámite respectivo, aun cuando éstos hubieren sido reformados y el procedimiento aún no hubiere culminado.

- **Tercero:** de manera obligatoria, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables deberá notificar la prohibición de explotación de minería metálica a gran escala a aquellos titulares de derechos mineros que operan en la zona bajo una concesión legalmente otorgada por el Estado ecuatoriano, así lo dice el Considerando 67. Ésta, sin duda, es la cuestión más grave y contradictoria del Texto Constitucional a lo largo de las numerosas falencias de este tipo que presenta la petición.
13. Los titulares de derechos mineros y aquellos inversionistas privados que razonablemente esperan una respuesta positiva por parte del Estado según unas reglas previamente establecidas no pueden ser despojados de sus derechos y legítimas expectativas sin causar un serio daño a los derechos de dichos inversionistas, tanto en el plano constitucional como en el patrimonial. La previsibilidad, que es uno de los componentes del derecho a la seguridad jurídica, desaparece de la decisión pública. Así mismo, de forma abrupta y sin observancia de los procedimientos establecidos, desaparece también del mecanismo de reforma constitucional y del establecimiento de una prohibición legal. Los administrados a los que me he referido quedarían en indefensión.
 14. La prohibición de explotar pretendida por el consultante y que, según el Considerando en mención, tiene efectos sobre aquellos entes que ya gozan de derechos personales en relación a los yacimientos minerales ubicados en Cuenca y sus alrededores, tiene el mismo efecto de la extinción de los derechos mineros. Fíjese la H. Corte, sin embargo, que la extinción de derechos mineros es el resultado de un trámite administrativo reglado que se produce por la incursión en las conductas tipificadas de manera expresa en la Ley de Minería, pues se trata de una sanción a los actos incompatibles con las previsiones de esta norma, y sólo tras garantizar el debido proceso y llegar a una conclusión, fuera de toda duda razonable, de violación de la norma por parte del titular minero. Pero aquí la caducidad es *de facto*, violenta y expropiatoria. En el fallo 005-13-SEP-CC, la Corte Constitucional estableció que:

“La doctrina constitucional explica que el derecho a la seguridad jurídica ha de entenderse como "la regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y de los jueces y tribunales"³. Esta previsibilidad en la actuación de autoridades, entre ellos los jueces, excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes; lo contrario, es decir, actuaciones imprevisibles, ocasionan inseguridad jurídica, cuyo efecto puede ser la vulneración de derechos y la provocación de perjuicios.”

15. La Corte Constitucional, en el Dictamen 1-20-CP/20 fue claro en establecer que la retroactividad de la medida adoptada por decisión popular menoscaba la seguridad jurídica:

En consecuencia, esta Corte estima que, de modo general, plantear una consulta respecto de la cancelación automática de concesiones previamente otorgadas por el Estado, comporta un efecto retroactivo que, al ser indeterminado, afecta el derecho constitucional a la seguridad jurídica. Sin perjuicio de aquello, esta Corte aclara que el análisis de los efectos temporales de las consultas populares y su constitucionalidad corresponde efectuarlo caso por caso, atendiendo sus particularidades y de conformidad con la Constitución y la Ley.¹⁰

16. Hoy, al igual que a la fecha de expedición del dictamen antes citado, no existe autorización constitucional ni legal para extinguir (material o formalmente, sus efectos son iguales)

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-20-CP/20, expedido el 21 de febrero de 2020, Jueza Ponente: Dra. Karla Andrade Quevedo, párrafo 64.

derechos mineros de manera retroactiva, violando derechos constitucionales como el debido proceso, el derecho a la propiedad y la libertad de empresa.

17. A más de la seguridad jurídica, como adelantábamos, en este caso se viola el derecho a la defensa y el debido proceso en varias de sus garantías, como demostramos a continuación:

- **Garantías del debido proceso ausentes en la pretendida prohibición de explotación minera metálica a gran escala**

<p>1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.</p>	<p>La decisión no sería adoptada por una autoridad pública en ejercicio de funciones legalmente asignadas y sujeta al régimen de responsabilidad.</p>
<p>2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.</p>	<p>Se aplicaría una sanción sin el cometimiento de infracción alguna, sin juzgamiento ni debido proceso y sin resolución.</p>
<p>3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.</p>	<p>La prohibición no estaría contenida en un texto normativo legal sino en normas técnicas (planes) creados por el GAD de Cuenca. La sanción no obedece al principio de tipicidad (pues las concesiones fácticamente canceladas no habrían incurrido en violación legal alguna) ni el trámite previsto en la Ley de Minería se aplicaría.</p>
<p>6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.</p>	<p>No existe relación proporcional entre el despojo de derechos patrimoniales y la conducta que se pretende prohibir en tanto no hay prueba de infracción ni daño, ni actuación negligente ni culposa. Aún más, se pretende sancionar un posible daño futuro cuya materialización no se ha demostrado y, en observancia a disposiciones vigentes, no se materializará.</p>
<p>7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:</p> <p>a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.</p>	<p>Ningún titular podría contradecir la caducidad de los derechos mineros porque la prohibición de explotar sería sencilla y planamente notificada.</p>
<p>b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.</p>	<p>No se ha dado oportunidad para que los titulares mineros presenten razones y pruebas de descargo.</p>

<p>c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.</p>	<p>El dictamen previo de constitucionalidad no es un procedimiento contradictorio de donde no hay oportunidad ni garantía de igualdad para presentar razones y descargos. A esto se suma que la consulta está dirigida a dos proyectos específicos: Río Blanco y Loma Larga, incurriendo en un evidente acto de discriminación.</p>
<p>h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.</p>	<p>La prohibición pretendida no obedece a un examen amplio que permita conocer la realidad de la actividad minera; los informes presentados por el GAD de Cuenca son de parte y sesgados.</p>
<p>k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.</p>	<p>La caducidad tiene un procedimiento específico que sería inobservado para que los titulares mineros sean juzgados por el electorado, carente de la facultad de aplicar sanciones.</p>
<p>m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.</p>	<p>Tanto el dictamen constitucional como la decisión del pueblo son inapelables.</p>

IV. Procedimiento para declarar de caducidad de una concesión minera

18. De conformidad con la Ley de Minería, los derechos mineros pueden ser extinguidos por: i) la extinción del vencimiento del plazo que fue otorgado o su extinción; ii) ejercicio de renuncia del título minero; iii) incurrir en la sanción administrativa de caducidad; y, iv) la nulidad del título minero. Como se ve, la caducidad tiene causales debidamente tipificadas para operar y sólo puede ser declarada tras mediante un trámite administrativo respetuoso del debido proceso que, conforme a la síntesis prevista en la tabla anterior, no es compatible, en este caso, con una consulta popular.

19. Procedemos a explicar brevemente cada una de las causales. Respecto de la primera causal, el vencimiento del plazo opera una vez que se ha cumplido el plazo legal que se determine en el título minero, el cual desde su expedición no puede ser mayor a veinticinco años. La renuncia del título minero es el derecho que tiene el concesionario para devolver al Estado el derecho de concesión o título minero, en virtud de que ya no es de su interés ejercer dicho derecho minero, pero la aceptación o no de dicho trámite es un acto discrecional del Estado, una vez que se haya cumplido con los requisitos legales establecidos. La nulidad del título minero opera en caso de que los derechos mineros establecidos en el título hayan sido otorgados en contravención de las disposiciones expresas de la Ley o, de igual manera, en el caso de que la concesión esté sobrepuestas sobre otra legalmente válida e inscrita.

20. Finalmente, de conformidad con la Ley de Minería, es competencia exclusiva del Ministerio Sectorial (Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables) la potestad de declarar

la caducidad de los derechos mineros en caso de que sus titulares hayan incurrido en una de las causales determinadas en esta Ley. La caducidad no es un mero acto administrativo de la autoridad, sino una resolución motivada a la cual le antecede un proceso administrativo en el que se asegura el debido proceso, incluyendo las garantías básicas consagradas en el artículo 76 de la Constitución.

21. El proceso de caducidad puede ser iniciado de oficio, por denuncia debidamente motivada e investigada de un tercero, o a petición de otros Ministerios que tengan relación con la actividad minera. Las causales para iniciar un procedimiento administrativo de caducidad están previstas en la Ley de Minería¹¹ y sólo tras verificar su configuración puede tener lugar la caducidad. Estas causales son:
 - No pago de la patente minera de conservación (Art. 110).
 - No pago de regalías mineras al Estado (Art. 93).
 - No presentación de informes de exploración o no cumplimiento de actividades e inversiones mínimas (Art. 111).
 - No presentación de informes de producción (Art. 112).
 - Explotación no autorizada y por presentar información falsa a la autoridad (Art. 113).
 - Alteración maliciosa de hitos demarcatorios (Art. 114).
 - Declaración de daño ambiental (Art. 115).
 - Daño al patrimonio cultural del Estado (Art. 116).
 - Violación de los Derechos Humanos (Art. 117).
 - Permitir trabajo infantil en la concesión (Art. 69).
 - **Indebido tratamiento de aguas** (Art. 79¹²).
 - Indebido manejo de desechos sólidos, líquidos y gaseosos (Art. 81).
 - Cesión y transferencia de derechos mineros sin previa autorización (Art. 125).
22. Las causales previamente establecidas son taxativas, no ejemplificativas, y dentro de éstas ya se establecen varias posibles formas de iniciar el procedimiento de caducidad en caso de la vulneración o no cumplimiento del titular minero. Como se puede apreciar en la tipificación de causales, existe una que se refiere particularmente al indebido tratamiento de aguas, de modo que la prohibición de la actividad minera para precautelar la provisión de agua potable deviene por demás en excesiva, repetitiva e innecesaria.
23. El legislador ecuatoriano ha implementado y positivado bastantes causales por medio de las cuales se pueda iniciar un procedimiento de caducidad de derechos mineros, las cuales abarcan varias de las supuestas acusaciones que de manera infundada hacen los peticionarios como son, por ejemplo: violación de derechos humanos (**Considerando 62**), declaración de daño ambiental (**Considerandos 54 y 56**), indebido tratamiento de aguas (**Considerandos 42 y 43**).

¹¹ Ley de Minería, Ley 45, Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.

¹² Art. 79.- Tratamiento de aguas.- Los titulares de derechos mineros y mineros artesanales que, previa autorización de la autoridad única del agua, utilicen aguas para sus trabajos y procesos, deben devolverlas al cauce original del río o a la cuenca del lago o laguna de donde fueron tomadas, libres de contaminación o cumpliendo los límites permisibles establecidos en la normativa ambiental y del agua vigentes, con el fin que no se afecte a los derechos de las personas y de la naturaleza reconocidos constitucionalmente.

(...)

Dependiendo del grado de incumplimiento de esta disposición, podrá disponerse la suspensión temporal o definitiva de las actividades mineras, a cuyo efecto se seguirá el procedimiento establecido en esta Ley y su reglamento general.

24. El peticionario determina, en el **Considerando 67**, que “*El Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, estaría en la obligación de notificar con dicha prohibición a los titulares de derechos mineros, para que se abstengan de realizar actividades de explotación minera en las áreas de recarga hídrica materia de esta consulta popular (...)*.” Con la pretensión del Considerando 67 buscan tácitamente que opere una forma de extinción de derechos mineros y, podríamos decir, que específicamente pretende que **opere la caducidad** de derechos mineros legítimos, sin que se haya garantizado el debido proceso en el cual se incluya las garantías básicas consagradas en el artículo 76 de la Constitución. Esto, aparte de ser ilegal, deviene en inconstitucional, pues no solo que se pretende modificar la Ley de Minería aumentando una causal más de caducidad (**caducidad por referéndum constitucional**), sino que también se desconoce un derecho constitucional básico como lo es el debido proceso, el derecho a la defensa y el doble conforme.

V. Trato inequitativo e injustificado

25. A lo largo de la petición de consulta popular se hace patente el direccionamiento de la prohibición pretendida en contra de dos proyectos mineros específicos: Río Blanco y Loma Larga. La Constitución ecuatoriana prohíbe el trato injustificadamente desigual¹³, pues la discriminación está proscrita en su dimensión material y en la formal. Las distinciones de trato requieren un examen prolijo para garantizar su consonancia con la Norma Fundamental, examen que no está presente en el pedido de consulta popular. Es deber de la Corte garantizar la constitucionalidad del objeto de la consulta; por ende, precautelar derechos fundamentales de terceros que pudieran resultar afectados tras la adopción de una decisión de mayoría que no cumpla con los estándares. Evidentemente, uno de esos estándares es el principio de igualdad y no discriminación que, consagrado en el Art. 11 numeral 2¹⁴ de la Norma, puede ser avasallado por el electorado en una verdadera tiranía de la mayoría -una particular mayoría, además, si se considera que el padrón electoral de Cuenca está compuesto por 435.963 personas¹⁵ que tomarán una decisión cuyos resultados puede afectar a los diecisiete millones de habitantes de la República-.
26. Para evitar que este mecanismo de democracia directa sea desnaturalizado con el fin de servir a intereses particulares por encima del propósito democrático, tanto la Constitución como la

¹³ Según el Art. 66 numeral 4, los administrados gozan del derecho a la igualdad material y formal (4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación), de donde un trato desigual exige la demostración, por parte del Estado, de que no hay medidas menos restrictivas para alcanzar un objetivo constitucional. La Corte Constitucional debe garantizar este examen en términos razonables que permitan el ejercicio más amplio de derechos, particularmente de los terceros que no tienen voz dentro del trámite de dictamen previo de constitucionalidad.

¹⁴ Art. 11.- 2.- Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

¹⁵ Consejo Nacional Electoral, Coordinación Técnica de Procesos Electorales - Elecciones Generales 2021. Fecha de corte de cedulaos: 08 de agosto de 2020. Disponible en: http://cne.gob.ec/images/d/Distributivo_recintos_/Distributivo_de_electores_nivel_zona_electoral_elecciones_generales_2021-1.xls

LOGJCC han previsto una serie de reglas que imponen la carga de lealtad y buena fe sobre el consultante. Una de esas reglas está contenida en el numeral 3 del Art. 105 de la LOGJCC:

Art. 105.- Control constitucional del cuestionario.- Para garantizar la libertad del elector o electora, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario sometido a votación cumpla, entre otros, con los siguientes parámetros: (...) 3. La propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico;

27. En virtud de la disposición del Art. 127 LOGJCC¹⁶, la regla antes transcrita debe ser aplicada al caso del plebiscito mediante una adaptación apropiada a la naturaleza de esta forma de consulta al pueblo. Es decir, cuando el Legislador advirtió que mediante maniobras políticas o autoritarias podría orillarse a que una mayoría en las urnas atentara contra los derechos de un grupo; en este caso, de dos proyectos mineros que se señalan sin rubor alguno ni justificación jurídica para someterlos al despojo de sus derechos a través de medios inadecuados que no garantizan ni la contradicción ni el debate. Sí, ni el debate, pues una cuestión técnica como los procesos de ingeniería, geología y gestión ambiental no son cuestiones que se debatan en una campaña política. Existen estudios jurídicos que explican mejor este tema:

(...) el primer riesgo de un despotismo eminentemente democrático se deriva de la misma premisa de la soberanía popular, y consiste en la omnipotencia que la mayoría ejerce en el gobierno. No en vano, el gobierno democrático se sostiene en el imperio moral de la mayoría y, por tanto, en la asunción de que todos los ciudadanos son iguales, de modo que la reunión de todos tiene más sabiduría que uno solo, y la mayoría termina creyéndose infalible. El problema radica en que, de no tener freno, semejante poder de la mayoría podría hacerse irresistible, aplastando las voces minoritarias; eso es lo que ocurre cuando la opinión pública se conforma con los dictados de la mayoría, cuando tanto el poder legislativo como el ejecutivo representan, complacen y obedecen a una mayoría impetuosa (con una consiguiente inestabilidad legislativa y administrativa). De ese modo, la omnipotencia de la mayoría favorece el despotismo del legislador, al controlar plenamente a los gobernantes y ser dueña de hacer la ley y de velar por su ejecución. En ese sentido, Tocqueville considera que la soberanía popular ha de encontrar su límite en una justicia humana cuya razón es más universal; y es que la omnipotencia y la fuerza irresistible de la mayoría encierran el germen de la tiranía. De ahí la importancia de establecer garantías contra la misma omnipotencia de la mayoría que constituye una fuente de autoridad democrática.¹⁷

28. La desnaturalización de los dispositivos de participación directa para pretender, de manera oblicua y desconociendo las funciones del Estado, menoscabar una libertad fundamental, no sólo que no puede prosperar en un Estado de Derecho, sino que debe ser desalentada. Es menester que las autoridades se den al trabajo de precautelar, no sólo la institución jurídica de la democracia directa sino también el derecho a la participación política como tal, velando porque el elector no sea menoscabado en su calidad de sujeto de derechos y en su capacidad de tomador de decisiones. El jurista Agustín Grijalva Jiménez describe un fenómeno socio-

¹⁶ Art. 127.- Alcance.- La Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular. El control de constitucionalidad se ejercerá en los mismos términos y condiciones que el control previsto en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del presente Título, y estará encaminado a garantizar la libertad de la electora o elector y la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas o las medidas a adoptar a través de este procedimiento.

¹⁷ González de Requena, Juan, "Nuestras tiranías. Tocqueville acerca del despotismo democrático", Universidad Austral de Chile, Lima, 2013, disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1016-913X2013000100004

jurídico que debe ser evitado en un Estado constitucional de derechos: la democracia plebiscitaria:

(...) un énfasis absoluto sobre la supuesta voluntad de la mayoría y una relativización radical de los derechos de minorías e individuos o de los derechos en general, podría generar el riesgo planteado por Ferrajoli, esto es el surgimiento de una democracia plebiscitaria. En efecto, no toda participación es democrática puesto que esta puede reproducir las estructuras y relaciones de dominación que se pretenden cambiar, inhibiendo la condición de sujetos de quienes participan y convirtiéndolos más bien en objetos de control social y político (...) en muchas ocasiones la participación ciudadana ha sido reducida a un mecanismo puramente funcional a las necesidades de información y gestión de la burocracia o a las necesidades de control corporatista de gobiernos populistas y autoritarios, e incluso de dictaduras.

(...) como lo han admitido varios teóricos democráticos, la democracia, sea electoral o participativa, se levanta justamente sobre al menos un derecho como es el de igualdad, entendida como el respeto efectivo a la autonomía y derecho de toda persona a participar en la definición de normas y políticas que inciden su vida (...)¹⁸

29. Lo expuesto en este acápite pone en entredicho, cuando menos, la eficacia de un mecanismo de democracia directa para la adopción de decisiones que restrinjan derechos y libertades fundamentales ante una realidad que obliga a un acercamiento técnico y desprovisto de apasionamientos que contrarían el mismo principio democrático que dicen preponderar. Lo que sí queda en evidencia es la inconstitucionalidad del objeto de esta pretendida consulta popular que no se detiene ante los derechos reconocidos constitucionalmente.

VI. Falta de competencia de ETAPA para delimitar zonas de recarga hídrica

30. Para analizar este tema es necesario partir identificando qué autoridad pública tiene competencia sobre el uso y aprovechamiento del recurso hídrico y sobre su control y vigilancia. La Constitución de la República del Ecuador determina, en el artículo 12, que el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. Además, en el artículo 313 establece que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Adicionalmente, se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.
31. De lo mencionado, se puede inferir que el agua es patrimonio nacional estratégico y que el Estado es el único encargado de administrarlo, regular, controlar y gestionar este sector estratégico, determinando esta la forma de control y administración, competencias que pueden encontrarse centralizadas o desconcentradas de conformidad con las prescripciones constitucionales. Posteriormente, la Carta Magna determina en el artículo 318 que:

¹⁸ Grijalva Jiménez, Agustín, “Constitucionalismo en Ecuador”, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, pág. 57, 60.

(e)l Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

32. La Autoridad Única del Agua (antes SENAGUA, ahora Ministerio de Ambiente y Agua) es la responsable exclusiva de la planificación y gestión de los recursos hídricos y, además, esta autoridad es la competente para entregar autorizaciones para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte del sector público y privado. La disposición de orden Constitucional se encuentra materializada en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua¹⁹, la misma que en su artículo 34 determina la forma en que se gestionará este recurso estratégico:

Art. 34.- Gestión integrada de los recursos hídricos. La Autoridad Única del Agua es responsable de la gestión integrada e integral de los recursos hídricos con un enfoque ecosistémico y por cuenca o sistemas de cuencas hidrográficas, la misma que se coordinará con los diferentes niveles de gobierno según sus ámbitos de competencia.

Se entiende por cuenca hidrográfica la unidad territorial delimitada por la línea divisoria de sus aguas que drenan superficialmente hacia un cauce común, incluyen en este espacio poblaciones, infraestructura, áreas de conservación, protección y zonas productivas.

Cuando los límites de las aguas subterráneas no coinciden con la línea divisoria de aguas superficiales, dicha delimitación incluirá la proyección de las aguas de recarga subterráneas que fluyen hacia la cuenca delimitada superficialmente

La Autoridad Única del Agua aprobará la delimitación concreta de las cuencas hidrográficas y su posible agrupación a efectos de planificación y gestión así como la atribución de las aguas subterráneas a la cuenca que corresponda.

La gestión integrada e integral de los recursos hídricos será eje transversal del sistema nacional descentralizado de planificación participativa para el desarrollo.

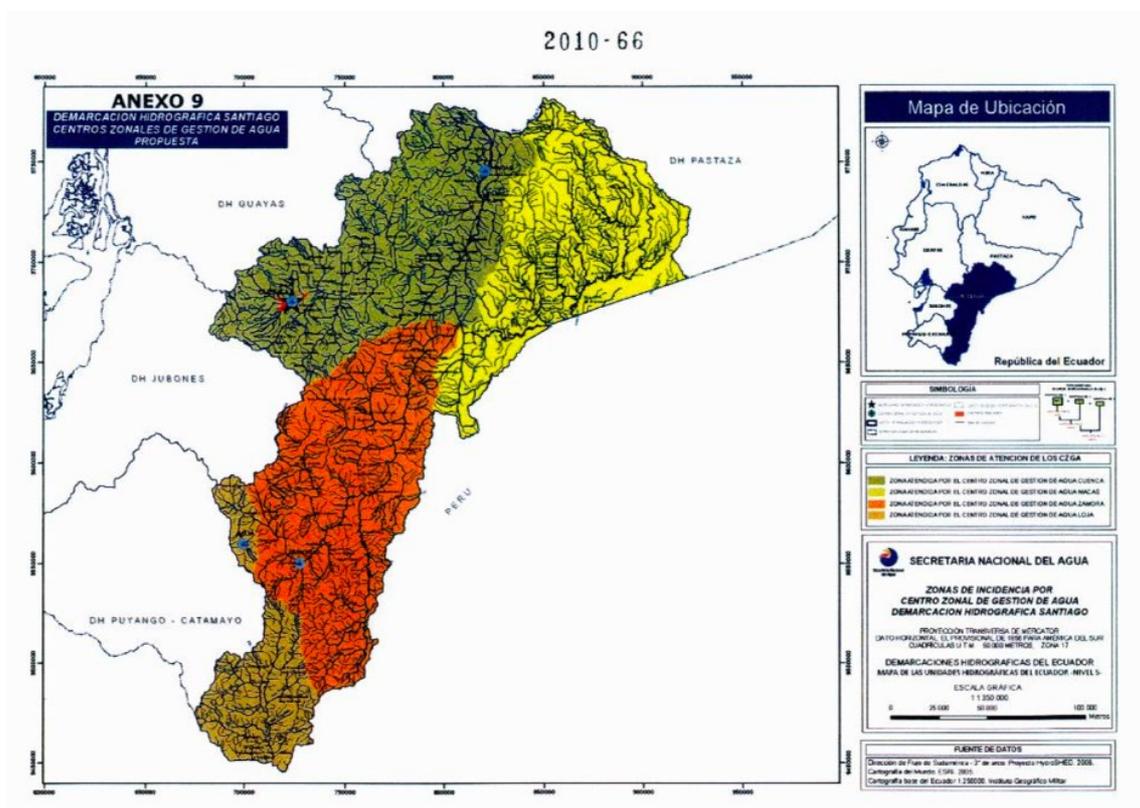
33. La Autoridad Única del Agua es responsable de la gestión integrada e integral de los recursos hídricos con un enfoque ecosistémico y por cuenca o sistemas de cuencas hidrográficas. Es esta autoridad única la que aprueba la delimitación concreta de las cuencas hidrográficas y su posible agrupación a efectos de planificación y gestión, así como la atribución de las aguas subterráneas de la cuenca que corresponda. En este sentido, si bien la administración de los recursos hídricos de una circunscripción territorial puede ser delegada, la Autoridad Única del Agua no pierde la competencia exclusiva de gestión de los recursos hídricos.
34. Esta competencia exclusiva se materializó mediante el Acuerdo No. 2010-66 de la Secretaría Nacional del Agua, mediante el cual estableció y determinó las nueve demarcaciones hidrográficas del país, así como las unidades desconcentradas en lo administrativo y financiero, creando las Demarcaciones Hidrográficas de: i) Mira; ii) Esmeraldas; iii) Manabí; iv) Guayas; v) Jubones; vi) Puyango – Catamayo; vii) Napo; viii) Pastaza; y, ix) Santiago.

¹⁹ Registro Oficial Suplemento 305 de 06 de agosto de 2014

35. Respecto de esta última (Demarcación Hidrográfica de Santiago), tiene una extensión de 34.475 km² y está conformada por cinco cuencas, correspondiendo a cuatro centros zonales, mismos que ejercerán las atribuciones y responsabilidades contempladas en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Secretaría Nacional del Agua, dentro de las cuencas indicadas, así²⁰:

- 1.-Centro Zonal de Cuenca con la cuenca del río Namangoza.
- 2.-Centro Zonal de Macas con las cuencas de los ríos Morona y Santiago.
- 3.-Centro Zonal de Zamora con la cuenca del río Zamora.
- 4.-Centro Zonal de Loja, con los nacimientos de los ríos Zamora y Santiago, y la cuenca del río Mayo.

36. La Demarcación Hidrográfica de Santiago, es la cual la Autoridad Única del Agua, la Secretaría Nacional del Agua, determinó y delimitó como competente para la gestión la administración de los recursos hídricos de esta circunscripción territorial, en cual se encuentra la mayoría de la superficie de la provincia de Azuay. De ésta se creó el Centro Zonal de Cuenca, tal como se puede evidenciar en el siguiente gráfico, que conforma parte del Acuerdo No. 2010-66 de la Secretaría Nacional del Agua²¹:



37. Para determinar las competencias exclusivas de cada Demarcación Hidrográfica, en su función de Autoridad Única del Agua, la Secretaría Nacional del Agua expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de SENAGUA²², en el cual se preveen

²⁰ Acuerdo No. 2010-66 de la Secretaría Nacional del Agua, Art. 10.

²¹ Ibid, Anexo 9

²² Acuerdo 910, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos de SENAGUA, Registro Oficial Edición Especial 154 de 28 de julio de 2014.

los Procesos Gobernantes de las Demarcaciones Hidrográficas, atribuyendo al Secretario de la Demarcación Hidrográfica:

Atribuciones y Responsabilidades
(...)

7. Otorgar autorizaciones para el uso o aprovechamiento del agua de acuerdo a las competencias otorgadas por la Secretaría del Agua; (...) ²³

38. De esta manera, es claro que el Secretario de la Demarcación Hidrográfica es el competente, en virtud de la delegación expresa de la Autoridad Única del Agua, para otorgar autorizaciones de uso y aprovechamiento de recursos hídricos, para todo tipo de actividades, sean para el consumo doméstico o industrial, para todo tipo de actividad económica, donde se incluye ganadería, riego, consumo humano, e incluso actividades mineras.
39. Por otra parte, la Demarcación Hidrográfica, específicamente del Director Técnico de los Recursos Hídricos de la Demarcación Hidrográfica, está a cargo de:

Atribuciones y Responsabilidades:

1. Dirigir la aplicación de políticas y normas en su jurisdicción para prevenir y controlar la contaminación de los cuerpos de agua, establecer la recuperación por uso y aprovechamiento y realizar la conservación, así como el manejo integral de los recursos hídricos cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico;

2. Dirigir la elaboración de estudios e investigaciones para afrontar las emergencias vinculadas a inundaciones, sequías u otros problemas naturales antrópicos que estén vinculados con el uso, protección y/o aprovechamiento de los recursos hídricos de su jurisdicción y ponerlo a consideración del Subsecretario de la Demarcación Hidrográfica;

3. Controlar la aplicación de las políticas de protección de las cuencas hidrográficas de su jurisdicción para preservar los acuíferos y la buena calidad del agua en sus fuentes; (...) ²⁴

40. Por lo tanto, la Autoridad Única del Agua, única competente sobre el sector estratégico de los recursos hídricos, ha desconcentrado su accionar entregando competencia a las nueve Demarcaciones Hídricas. Una de estas, la Demarcación Hidrográfica de Santiago y específicamente el Director Técnico de los Recursos Hídricos, es la competente para aplicar políticas y normas para prevenir y controlar la contaminación en cuerpos de agua, el manejo integral de los recursos hídricos de las cuencas hidrográficas, y controlar la aplicación de las políticas de protección de las cuencas hidrográficas de su jurisdicción para preservar la buena calidad del agua.
41. Como consecuencia del análisis hasta aquí presentado, se evidencia que el peticionario induce a error al elector al no establecer, en ninguno de los considerandos de su petición, ni las competencias que tiene la Autoridad Única del Agua (ahora integrada al Ministerio de Ambiente y Agua), ni las competencias de la Demarcación Hidrográfica de Santiago y mucho menos del Centro Zonal de Cuenca. Solamente, y por mera conveniencia a su fortuito objetivo, se enuncia la delegación administrativa de ETAPA EP y los GADs Municipales (**Considerandos 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19 y 22**) respecto de la competencia única de

²³ Ibid. Art. 10.5.1.

²⁴ Ibid. Art. 10.5.2.

administración (**Considerandos 17 y 18**), la misma que se refiere de manera exclusiva a la provisión de agua potable.

42. ETAPA EP, tal como lo establece el peticionario (**Considerando 17**), solamente tiene una competencia delegada para administrar el agua potable de la ciudad de Cuenca (alrededor de 33 mil hectáreas = **330 km²**); es decir, es un ente al que se le encargó la administración de un servicio público en relación a la delimitación política de la Demarcación Hidrográfica de Santiago (de **34.475 km²**). Obviamente, la Autoridad Única del Agua no ha dejado de ser la única competente en relación al recurso estratégico agua y al control de la aplicación de las políticas de protección de las cuencas hidrográficas de su jurisdicción con el fin de preservar la buena calidad y uso del agua.
43. En resumen, el GAD de Cuenca, por medio de su pedido de un referéndum, no sólo que desconoce competencias exclusivas de la Autoridad Única del Agua, sino que se adjudica ilegalmente funciones que no le corresponden y se las traspassa a su empresa pública ETAPA EP, pues garantizar el debido abastecimiento de agua para la ciudad de Cuenca, y la protección de sus fuentes hídricas, es de competencia de la Demarcación Hidrográfica de Santiago y del Centro Zonal de Cuenca, es decir, del gobierno central, y no de una entidad municipal como lo es ETAPA EP, a la que le corresponde administrar el servicio de agua potable.

VII. Competencias de ETAPA según Ordenanza Municipal de creación.

44. Ahora es menester acercarnos a las competencias de ETAPA que, como empresa pública, está sujeta a las mismas reglas constitucionales que todo el sector público. El Art. 226²⁵ de la Constitución de la República (en adelante, “CRE”) consagra el principio de legalidad al que se deben alinear todas las entidades públicas para asegurar la legitimidad y eficacia de sus actuaciones. Los actos de poder público que desbordan ese límite constitucional carecen de eficacia jurídica, como consta en el Art. 424 CRE. La coordinación a la que se refiere el mentado artículo 226 no implica, en manera alguna, una autorización para trascender los límites legales que señalan la vía de las otras entidades públicas; por el contrario, significa, precisamente, aunar esfuerzos para que los planes, programas y proyectos de cada entidad sean consonantes entre sí, y, sobre todo, con la Constitución y el plan nacional de desarrollo (hoy denominado “Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021”). Estas son las normas que contienen los objetivos del Estado (entendido en el sentido amplio, que involucra la diversidad de actores y no sólo aquellos que hoy por hoy administran el poder público) y no aquellas que, coyunturalmente, expiden organismos al fragor de un momento político.
45. Así, la Constitución es el documento jurídico por excelencia, continente de la voluntad popular, cuya supremacía garantiza la convivencia pacífica. El plan de desarrollo es el documento técnico que traduce en objetivos, políticas y metas a las que debe someterse la programación institucional de todo el Estado, también los gobiernos autónomos descentralizados y las empresas públicas creadas para cumplir y desarrollar sus funciones. Como toda creación humana, es posible pensar, en un plano filosófico, que estos documentos son perfectibles. Lo que no es posible en un Estado de Derecho es admitir, en

²⁵ 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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

un escenario jurídico -de administración de justicia constitucional- que estos documentos supremos sean despojados de su eficacia jurídica al pedido de una autoridad pública, pues entonces se destruiría el principio de supremacía que constituye el adhesivo del sistema jurídico, político y social en su totalidad. El riesgo que se corre desconociendo los principios, reglas y derechos constitucionales es altísimo pues fomentaría el despojo de las prerrogativas básicas para la vida y convivencia humana y la violencia institucional. No caben excepciones cuando se trata de obedecer a la Norma Fundamental. No podemos elegir obedecer sólo las normas que nos agradan.

46. El Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021²⁶ reconoce la importancia de la minería para el desarrollo del Ecuador y alude a los proyectos mineros hacia los que está orientada la pretendida consulta popular hoy bajo análisis. De este modo, la Estrategia Territorial Nacional encuentra que:

En el sector minero, se identificaron como grandes proyectos: Mirador y Fruta del Norte en Zamora, Panantza-San Carlos en Morona Santiago, Río Blanco y Loma Larga en el Azuay, en proceso de exploración y/o de explotación (fase de construcción). Estos proyectos se localizan al sur del país donde se estima que aproximadamente cuenta con 56% de las áreas con probable ocurrencia de depósitos minerales metálicos y el 78% de las concesiones mineras metálicas vigentes.

Este tipo de proyectos mineros y petroleros, requieren procesos de consulta previa libre e informada, una participación amplia e involucramiento de actores en diferentes niveles, para analizar (1) sus beneficios potenciales, minimizar conflictos socio ambientales, y promover gestión concertada y articulada en el territorio. Existe un tratamiento diferenciado de los beneficios de la explotación de recursos no renovables, que por un lado compensan a la población de los territorios de donde provienen estos recursos, y por el otro los distribuyen a través de los niveles de Gobierno a los territorios.

47. Con ese balance, el Estado apunta a impulsar “*la productividad y la competitividad sistémica a partir del potenciamiento de los roles y funcionalidades del territorio*”, lo cual, para el caso de la minería, implica “*Desarrollar procesos de planificación especial en áreas de influencia de proyectos de trascendencia nacional y zonas económicas de desarrollo especial, con consulta previa, libre e informada, veeduría ciudadana y control social*”. Como se puede apreciar, el Estado apuesta por la explotación minera metálica con un alto nivel de participación ciudadana. Prohibir la minería metálica es completamente contradictorio con el eje de desarrollo territorial que ha planificado el ente competente en base a un estudio técnico y sesudo sujeto, como se sabe, a las responsabilidades que acompañan toda decisión de poder público.
48. Del mismo modo, la Constitución de la República autoriza la explotación de recursos naturales no renovables que pertenecen, de forma inalienable, al Estado (es decir, a toda la población²⁷) cuya administración está reservada de manera exclusiva al Gobierno Central²⁸. La única prohibición constitucional de carácter general (es decir, sin discriminación por tipo

²⁶ Secretaría Nacional de Planificación del Ecuador, “Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021”, Registro Oficial Suplemento No. 71, Quito, 04 de septiembre de 2017.

²⁷ Art. 1.- (...) Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible

²⁸ Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

de proyecto) está contenida en el Art. 407²⁹, de donde se concluye que la actividad minera metálica está autorizada en el resto del territorio nacional en estricto apego al ordenamiento jurídico vigente y a los estándares internacionales de protección de derechos ambientales y sociales. Lo anterior guarda relación con la libertad fundamental consagrada en el Art. 66 numeral 29: “*Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*”

49. Luigi Ferrajoli ha desarrollado ampliamente el concepto de rigidez constitucional. Para él, esta es una garantía de respeto a los derechos fundamentales y de contención del poder que administran las autoridades públicas, característica principal de los Estados constitucionales de derechos, como el ecuatoriano:

Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.

Gracias a la rigidez de las constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión.

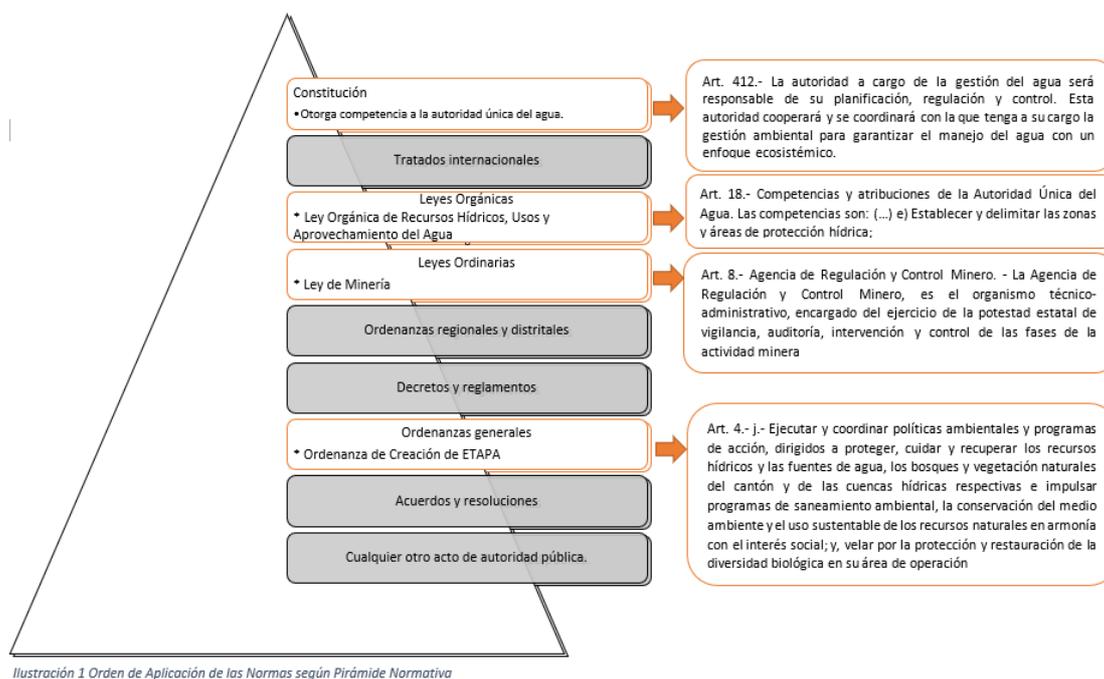
50. Ricardo Guastini, al criticar la obra de Ferrajoli, explica que la obediencia y acatamiento de las Normas superiores por parte del poder constituido y sus actores es una característica incluso en los regímenes de constitución flexible (ajeno al caso ecuatoriano), de modo que no hay excusa para afrentar la Norma Fundamental:

En un ordenamiento con constitución rígida –en un “Estado constitucional de derecho”, como se suele decir– el principio de legalidad vale no solamente para las funciones jurisdiccional y ejecutiva: se extiende también a la función legislativa. Pero la violación de la ley por parte de un acto jurisdiccional o administrativo no es una cosa estructuralmente distinta de la violación de la constitución por parte de un acto legislativo.

E incluso: el reconocimiento de la invalidez de una norma por estar en contraste con una norma superior no es una cosa estructuralmente distinta de la derogación (tácita) sobrevenida de una norma por incompatibilidad con una norma sucesiva.

²⁹ Art. 407.- Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular. Se prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles.

51. Pues bien, el consultante ha sometido a esta H. Corte una delimitación de las áreas de recarga hídrica que considera son las zonas en las que la explotación minera metálica a gran escala debe ser prohibida para salvaguardar el derecho al agua de los habitantes de Cuenca. Una serie de preguntas surgen entonces: ¿el resto de regímenes mineros no presentan los riesgos aducidos por el consultante? ¿por qué? ¿otras actividades productivas no presentan serios riesgos de contaminación de las fuentes de agua haciéndola inconsumible? ¿acaso actividades como la ganadería no requieren de un caudal mucho mayor que el necesario para el desarrollo de la actividad minera, amenazando la disponibilidad del recurso hídrico que, según el consultante, entrará en déficit en las siguientes dos décadas?
52. En todo caso, hay un asunto medular para evaluación de esta H. Corte Constitucional en el presente: la competencia de ETAPA para delimitar las zonas en las que se prohibiría, tras un pronunciamiento afirmativo de la población cuencana, la minería metálica en etapa de explotación, pero sólo aquella que se encuentre en el régimen de gran escala. Paradójicamente, esta actividad es en la que los estándares de preservación ambiental son más altos, la que se sujeta a un mayor escrutinio público y la que mayor inversión destinada a la preservación del ambiente tiene. Aquí es necesario confrontar la Ordenanza Municipal de creación de la empresa pública ETAPA³⁰ con la normativa que rige a otras instituciones en el marco de la pirámide normativa según el Art. 425 CRE:



53. Importantes conclusiones se desprenden del elemental esquema anterior: primero, no existe un conflicto de competencias en el asunto en cuestión: la delimitación de las zonas de protección de agua es una competencia asignada específicamente a la Autoridad Única del Agua, según lo prevé el Art. 18 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos (nótese el vocablo “única” con la que tanto la Constitución ecuatoriana como la ley de la materia se refieren a esta autoridad). No hay concurrencia de competencias en este caso. En segundo lugar, el

³⁰ Ordenanza Municipal del Cantón Cuenca, expedida por el Alcalde Paúl Granda López, el 14 de enero de 2010. Esta Ordenanza Municipal no se encuentra alojada en el portal web de la Alcaldía de Cuenca, en infracción del Art. 18 de la Constitución de la República y Art. 7 de la LOTAIP.

texto constitucional, asigna la competencia de controlar el uso adecuado del agua por parte de aquellos entes autorizados para el efecto por esta misma autoridad. Son claramente normas del más alto rango en la disposición de normas jurídicas. En cambio, la Ordenanza Municipal de Creación de la empresa pública ETAPA en ningún momento se refiere a la delimitación de las zonas hídricas. La norma sobre la que el consultante basa su petición y la que promueve como parte del texto introductorio (**Considerando 49**) carece de una disposición jurídica que legitime la delimitación efectuada por ETAPA. Se trata de una cuestión trascendental en tanto que la delimitación de las zonas de recarga hídrica de los ríos que rodean el cantón cuencano está expresamente contenida en el texto de las preguntas a plantearse al electorado.

54. Así, se llama a confusión al elector, con lo cual se falta al deber de claridad, al de lealtad y al de buena fe con los que debió comparecer el señor Alcalde del GAD Cuenca. No hace falta recordarle a la H. Corte que en un Estado de Derecho las entidades del sector público solamente pueden llevar a cabo aquellas actividades explícitamente asignadas en la ley y en la Constitución. A ETAPA no se le ha asignado la competencia de delimitar zonas hídricas; tampoco se le ha delegado esta actividad por parte de su titular, al tratarse de una de las competencias indelegables según la ley³¹. En consecuencia, la delimitación aludida en el **Considerando 43** del planteamiento de consulta es nula y no puede consultarse al pueblo sobre la base de un acto administrativo sin valor jurídico. Ello contraría el deber de lealtad hacia el elector.
55. Esta H. Corte Constitucional se pronunció, en el caso 0009-19-CP, respecto al contenido de la carga de lealtad que el peticionario debe cumplir para que se proceda a consultar al pueblo sobre el objeto propuesto:

Por su parte, la exigencia de lealtad, desde una perspectiva individual, se orienta a procurar una reflexión auténtica, a través de considerandos y preguntas que permitan al elector manifestar su preferencia individual sobre el tema en cuestión. Desde una perspectiva colectiva, la lealtad busca generar un resultado final a partir de la agregación de elecciones individuales, sin distorsiones. La lealtad incluye la transparencia, en virtud de la cual se provee al elector de información suficiente y pertinente que le permita decidir.³²

56. En definitiva, el informe de ETAPA y la delimitación zonal que propone no contiene información que permita una reflexión auténtica al elector porque, por una parte, no tiene la competencia legal ni técnica para llevar a cabo semejante empresa; y, por otra, porque la información allí contenida tiene un sesgo que ha excluido deliberadamente gran parte de la verdad sobre el estado de inversiones y sobre inversiones proyectadas para cumplir con los estándares ambientales y la protección de la naturaleza en la fase de explotación minera. Consecuentemente, la información levantada por ETAPA puede tener utilidad para que las autoridades competentes se acerquen a la realidad respecto al uso y consumo de agua por parte de los pobladores de la ciudad donde brinda sus servicios, pero no presta mérito para que configure el fundamento sobre el cual se consultará al pueblo cuencano sobre la prohibición de una actividad perfectamente legal.

³¹ Art. 72 Código Orgánico Administrativo.- Prohibición de delegación. No pueden ser objeto de delegación:

1. Las competencias reservadas por el ordenamiento jurídico a una entidad u órgano administrativo específico.

³² Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 9-19-CP/19, 17 de septiembre de 2019, párrafo 50.

VIII. Petición

57. Sobre la base de todo lo expuesto, en vista de que la petición de consulta popular adolece de una serie de vicios que la convierten en una petición inconstitucional y con el objetivo de precautelar los derechos fundamentales de una serie de actores que no tendrán voz ni voto si se convoca a plebiscito, respetuosamente solicitamos se sirva negar el dictamen previo de constitucionalidad de la petición presentada por el señor Ingeniero Pedro Palacios en su calidad de Alcalde del GAD Municipal de Cuenca, y archivar definitivamente el trámite.
58. Solicito también se me permita fundamentar en forma oral este escrito de amicus curiae en audiencia pública frente a esta Corte Constitucional.

IX. Notificaciones

59. Las notificaciones que correspondan a mi representada seguiré recibiendo en la casilla constitucional No. 1129 ubicada en las dependencias de la Corte Constitucional en Quito, así como los correos electrónicos: andres.ycaza@fhlegal.ec, alejandra.soriano@fhlegal.ec, carlos.torres@fhlegal.ec, juan.herrera@fhlegal.ec y notificaciones.ec@tempusresources.com.au pertenecientes a mis abogados patrocinadores.

Firmo con mis abogados patrocinadores.

Rodrigo Izurieta Andrade
APODERADO
CONDOR GOLD S.A.

Abg. Andrés Ycaza Palacios
Matrícula 11410 CAP

Abg. Alejandra Soriano Diaz
Matrícula 17-2013-1159 FA

Abg. Carlos Torres Salinas
Matrícula 17-2016-10

Abg. Juan Carlos Herrera
Matrícula 17-2015-655