



Referencia causa: No. 6-20-CP

Jueza ponente: Dra. Karla Andrade Quevedo

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. –

Andrés Ycaza Palacios, ecuatoriano, mayor de edad, casado, domiciliado en la ciudad de Quito D.M., en calidad de Gerente General y como tal, representante legal de la compañía minera Toachiec Exploraciones Mineras S.A., respetuosamente comparezco ante esta Corte Constitucional en calidad de terceros interesados en la causa –*Amicus Curiae*–, con los argumentos que a continuación se expondrán:

I. Antecedentes y legitimación

- [1] El 8 septiembre de 2020, a las 09h27, GAD Municipal de Cuenca, a través de su alcalde el señor Pedro Renán Palacios y otros, presentaron ante esta Corte una solicitud de dictamen previo de constitucionalidad para una Consulta Popular dirigida al cantón Cuenca en la provincia del Azuay.
- [2] El texto de las preguntas a ser examinada por esta Corte Constitucional es el siguiente:
- a. ¿Está Usted de acuerdo con la **prohibición** de la explotación minera metálica a gran escala en la zona de recarga hídrica del río Tarqui, según la delimitación técnica realizada por la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca - ETAPA EP? Sí () No ()"
 - b. ¿Está Usted de acuerdo con la **prohibición** de la explotación minera metálica a gran escala en la zona de recarga hídrica del río Yanuncay, según la delimitación técnica realizada por la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca - ETAPA EP? Sí () No ()"
 - c. ¿Está Usted de acuerdo con la **prohibición** de la explotación minera metálica a gran escala en la zona de recarga hídrica del río Tomebamba, según la delimitación técnica realizada por la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca - ETAPA EP? Sí () No ()"
 - d. ¿Está Usted de acuerdo con la **prohibición** de la explotación minera metálica a gran escala en la zona de recarga hídrica del río Machángara, según la delimitación técnica realizada por la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca - ETAPA EP? Sí () No ()"
 - e. ¿Está Usted de acuerdo con la **prohibición** de la explotación minera metálica a mediana escala en la zona de recarga hídrica del río Norcay, según la delimitación



técnica realizada por la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca - ETAPA EP? Sí () No ()"

- [3] Mediante acta de sorteo de la misma fecha, esta causa constitucional se encuentra bajo la competencia de la Jueza constitucional, doctora Karla Andrade Quevedo.
- [4] En virtud del artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, comparezco ante esta judicatura para manifestarle de forma técnica y sustentada los problemas jurídicos de los que adolece la pretendida Consulta Popular y su verdadera incidencia en (i) el régimen de competencia de recursos naturales, (ii) las nuevas prohibiciones adicionales a las ya establecidas en la constitución ("CRE") para la industria minera y (iii) las vulneraciones a la seguridad jurídica y derechos de los inversores extranjeros en la industria minera.

II. **Modificaciones constitucionales mediante consulta popular**

A. Del cambio de facto del régimen de rectoría de recursos naturales

- [5] El régimen de rectoría de los recursos naturales se encuentra en el gobierno central. A saber nuestra CRE señala:

Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:

(...)

11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

- [6] Si bien esta Corte Constitucional ya estableció que no existe una prohibición "jurídico-constitucional" para realizar una consulta popular sobre temas mineros¹, tampoco descartó que consultas populares provenientes de gobiernos autónomos descentralizados violen el régimen de competencias del Estado central.² Lo que en efecto podría pasar con el resultado de una posible consulta popular que busque de forma camuflada cambiar *de facto* el régimen de competencias exclusivas sobre los recursos naturales.
- [7] Esto se manifestaría si la propuesta consulta popular se lleva a cabo y tiene un resultado favorable a las preguntas planteadas. Se crearía nuevamente una situación *sui generis* e irregular como ocurrió en Girón, donde el régimen de competencias exclusivas del Estado central quedó parcelado o fraccionado a una manifestación de voluntad popular, que sin dejar de ser legítima, no es la vía adecuada para el efecto.

B. De la introducción de nuevas prohibiciones a la actividad minera

¹ Corte Constitucional, Dictamen No. 9-19-CP/19, párr. 31.

² Corte Constitucional, Dictamen No. 9-19-CP/19, párr. 41.



[8] El que una actividad económica tenga límites o prohibiciones no debe ser un tema extraño. Nuestra misma CRE establece tanto **condicionamientos** como **prohibiciones** para la explotación de recursos naturales.

[9] Como condicionamiento:

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico.

Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

(...)

(Énfasis añadido)

[10] Como prohibiciones –y no absolutas sino relativas:

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.**

(Énfasis añadido)

[11] Las preguntas sometidas al examen de constitucionalidad plantean agregar al artículo 407 (i) **una prohibición manifiesta** sobre los ríos señalados en cada una de las preguntas, y (ii) **una prohibición camuflada** sobre la prohibición de actividades mineras de explotación en zonas de recarga hídrica. Adicionalmente, estas prohibiciones adicionales que se plantean al estar enfocadas a la fase de explotación indefectiblemente implican **una prohibición total de la actividad minera** ya que ningún concesionario minero realizaría actividades de prospección y exploración si al final no podrá realizar actividades de explotación. No se explora algo que no se podrá explotar.

[12] Tanto el cambio del régimen de competencias exclusivas sobre recursos naturales del Estado central como el aumento de prohibiciones a la actividad minera implica necesariamente una modificación del texto constitucional.

[13] Esta Corte ya se ha manifestado sobre las vías adecuadas para modificar la CRE; a saber:

...[L]a modificación del texto constitucional sólo puede realizarse por medio de los mecanismos regulados en los artículos 441, 442 y 444 de la Constitución. La consulta popular ordinaria planteada por el solicitante, regulada por el artículo 104 de la



Constitución, no es uno de los mecanismos previstos para la reforma constitucional. **A través del procedimiento de consulta popular ordinaria no es posible efectuar cambio constitucional alguno.**

La propuesta de consulta popular y de los mecanismos de reforma constitucional no pueden considerarse equiparables. De hecho, ante un pedido de modificación constitucional, la actuación de la Corte Constitucional se efectúa de manera distinta en tres momentos concretos: (1) la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional; (2) el control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional, cuando este forme parte del procedimiento; y, (3) el control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada. Mientras que ante una propuesta de convocatoria consulta popular, la Corte Constitucional no requiere realizar una determinación de la vía, sino que procede de manera automática a emitir un dictamen previo y vinculante respecto del contenido de la convocatoria a consulta popular.³
(Énfasis añadido)

- [14] De igual forma, en el último intento político de activar la justicia constitucional por parte del prefecto del Azuay, la jueza Teresa Nuques, en su voto concurrente, señaló lo siguiente:

En el presente caso, se advierte de primera mano que el pedido de consulta popular es de carácter plebiscitario pues no contiene un texto normativo y que la pregunta planteada trata sobre excepciones o prohibiciones a la minería metálica en una provincia del Ecuador (Azuay) con el objeto de prohibir dichas actividades...

Con relación a la minería metálica, es importante señalar que esta se encuentra regulada en el artículo 407 de la Constitución. **En dicho precepto se establecen prohibiciones concretas a la minería metálica en el territorio nacional cuando “Se prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles”.** Esta prohibición es producto de la voluntad popular manifestada de forma mayoritaria en el referendo nacional que tuvo lugar en febrero de 2018.

Advertido lo anterior, se considera que **una consulta popular de carácter plebiscitario...no es la vía idónea para incluir prohibiciones a la minería metálica** ...como plantea la pregunta propuesta, pues ello **implicaría reformar el texto constitucional antes citado y para dichos efectos se prevén mecanismos concretos en los artículos 441, 442 y 444 de la Constitución** que no pueden ser dejados a un lado. **En este sentido, vale recordar que la Constitución es la norma suprema del Estado y que para reformarla deben seguirse los mismos procedimientos que esta prevé; lo contrario, implicaría atentar contra la seguridad jurídica garantizada en el artículo 82 de la Constitución y los mismos preceptos constitucionales.**

Dicho de otro modo, permitir que una consulta popular ordinaria realice modificaciones al texto constitucional contravendría a la Constitución, porque se estarían obviando los mecanismos previstos para la modificación constitucional que, según la Constitución y esta Corte, son la enmienda, la reforma parcial y la Asamblea Constituyente.⁴

³ Corte Constitucional, Dictamen No. 3-19-CP/19, párrs 9-10.

⁴ Corte Constitucional, Dictamen No. 5-20-CP/20, Voto concurrente de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, párrs. 5-8; véase también Corte Constitucional, Dictamen No. 1-20-CP/20, Voto



[15] Estas pretendidas modificaciones al texto constitucional constituyen "razón suficiente para negar la consulta popular propuesta".⁵

III. Principios ambientales

A. Alcance y aplicación de los principios de precaución y prevención.

[16] El Estándar Constitucional del principio de precaución ambiental está consagrado en la CRE en su artículo 73 conjuntamente con el de restricción. Este estándar tiene estrecha relación con el de prevención ambiental. Sin embargo, es importante separar su definición conceptual y alcance:

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de **precaución** y **restricción** para las actividades que **puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales**. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. (Énfasis añadido)

[17] El estándar constitucional implica dos facetas: (i) la adopción de medidas y (ii) la restricción de actividades. ¿Qué activa estas dos facetas? Pues actividades que tengan el potencial de provocar lo siguiente:

- a. extinción de especies
- b. destrucción de ecosistemas
- c. alteración permanente de ciclos naturales

Es decir, para que medidas de prevención o de restricción sean activadas debe existir una potencialidad de las tres antes mencionadas consecuencias. ¿Qué actividades son las que pueden tener esa potencialidad? Pues el constituyente no ha sido claro en ese punto y de acuerdo a la literalidad del artículo 73 de la CRE, toda actividad humana tendría esa potencialidad.

[18] Esto nos lleva al cuestionamiento de si en efecto **toda actividad humana** tiene esa potencialidad de extinguir especies, destruir ecosistemas o alterar ciclos naturales. En ese sentido, debería existir un mecanismo que permita establecer cuáles son las actividades y su naturaleza para que ostenten esa potencialidad. Sin ese mecanismo sería prácticamente imposible realizar actividad humana alguna porque todas ellas – económicas, sociales, culturales– en virtud del vacío en el artículo 73 podrían ser susceptibles de medidas de prevención o de restricción.

concurrente de la Jueza Constitucional teresa Nuques Martínez, párrs. 16-18 y Voto concurrente de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, párrs. 18-25.

⁵ Corte Constitucional, Dictamen No. 5-20-CP/20, Voto concurrente de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, párr. 9.



[19] Consecuentemente, el cuestionamiento relevante a hacerse es ¿en qué medida esa potencialidad de extinción, destrucción o alteración representan legítimamente la necesidad de medidas y restricciones?

[20] Ejemplo: el consumo de cárnicos no solamente representaría una amenaza para la salud humana, sino que, también, un grave problema de afectación a la naturaleza: deforestación, contaminación del agua, conflictos sociales, entre otros.⁶

[21] ¿Sería esta una razón suficiente para adoptar medidas y/o restricciones a las actividades de producción, distribución, comercialización y consumo de cárnicos? La respuesta no es simple y depende de la disponibilidad o no de información científica.

[22] En ese sentido, el Código Orgánico del Ambiente (en adelante, “**COA**”) provee más contenido con respecto de los principios de precaución y prevención que deben ser aplicados en toda actividad pública y jurisdiccional del Estado; en su artículo 9 señala lo siguiente:

7. **Precaución.** Cuando **no exista certeza científica** sobre el **impacto o daño** que supone para el ambiente alguna **acción u omisión**, el Estado a través de sus autoridades competentes adoptará medidas eficaces y oportunas destinadas a **evitar, reducir, mitigar o cesar la afectación**. Este principio reforzará al principio de prevención.

8. **Prevención.** Cuando exista **certidumbre o certeza científica** sobre el impacto o daño ambiental que puede generar una actividad o producto, el Estado a través de sus autoridades competentes **exigirá a quien la promueva el cumplimiento de disposiciones, normas, procedimientos y medidas destinadas prioritariamente a eliminar, evitar, reducir, mitigar y cesar la afectación**.
(Énfasis añadido)

[23] De acuerdo al COA, el principio de precaución opera a la **falta** de certeza científica sobre el impacto o daño de la actividad; y, el principio de prevención cuando sí existe esa certidumbre o certeza científica sobre el impacto o daño de una determinada actividad.

[24] En el estándar constitucional del artículo 73, el principio de precaución está atado al de restricción, mientras que en el COA, tanto el principio de precaución y el de prevención no implican la restricción de actividad alguna, sino que operan en virtud de evitar un daño o impacto.

[25] Ahora bien, nuestra CRE también señala lo siguiente:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, **cuando exista certidumbre de daño**. En **caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas**.

⁶ Véase e.g. The Lancet, ‘We need to talk about meat’, Vol. 392, 24 de noviembre 2018: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(18\)32971-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)32971-4/fulltext)> Acceso 11/09/202.



(...)

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

(...)

(Énfasis añadido)

- [26] El estándar del artículo antes citado tampoco concibe la restricción de actividad alguna, sino, más bien, la adopción de medidas protectoras y de prevención.
- [27] Así como nuestros estándares constitucionales y legales no son armónicos entre sí y plantean además de la adopción de medidas de prevención también las de restricción; en el derecho internacional público el contenido y alcance del principio de precaución tampoco ha evolucionado uniformemente. Ya que este ha sido recogido en varios tratados internacionales con diferentes formulaciones.⁷
- [28] La más amplia concepción la encontramos en el Principio No. 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. **Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.**

- [29] *Prima facie*, este estándar es más alto porque exige el elemento del **peligro** de un daño que sea **grave o irreversible** acompañado de la falta o no de certeza científica. En este estándar al menos encontramos un elemento objetivo discernible como lo es el peligro, que para la real Academia de la Lengua Española implica un “[r]iesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.”⁸
- [30] En ese sentido, como hemos manifestado, **no toda actividad humana sería susceptible** de causar un impacto o daño grave e irreversible (Declaración de Río) o que implique la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o alteración de ciclos naturales (CRE) o que implique *per se* un **riesgo o contingencia –peligro**. De lo contrario toda actividad humana en cualquiera de sus dimensiones sería susceptible no solamente de medidas regulatorias sino de restrictivas –que como manifestaremos más adelante a la final implican la prohibición de la actividad.

B. La inaplicabilidad del principio in dubio pro natura

⁷ Phillipe Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 3ra. Ed., 2012, pp. 218 y ss.

⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Riesgo: <<https://dle.rae.es/peligro?m=form>> Acceso 11/09/2020



[31] Ahora bien, no obstante se ha podido identificar las asimetrías y falta de armonía de los principios de precaución y prevención –en cuanto a su alcance–, no es menos cierto que en su interpretación existiría un elemento importante de interpretación: el principio *indubio pro natura*. Este principio resolvería casos de oscuridad, conflicto, entre otros, sobre disposiciones legales; a favor de la protección de la naturaleza.

[32] Nuestra CRE lo define de la siguiente forma:

Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

(...)

4. En caso de duda sobre el alcance de las **disposiciones legales** en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

(Énfasis añadido)

[33] Por su lado, el artículo 9, número 5 del COA señala lo siguiente:

5. In dubio pro natura. Cuando exista **falta de información**, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las **disposiciones legales** en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y a la naturaleza. De igual manera se procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones.

(Énfasis añadido)

[34] De una simple lectura de las normas antes citadas, el principio *in dubio pro natura* sería aplicable en oscuridad, duda, conflicto, etc.; de disposiciones de nivel jerárquico inferior a la constitución: **disposiciones legales**.

[35] Sin embargo, el conflicto, oscuridad o duda la tendríamos en las disposiciones mismas de la constitución. Ya que por un lado el artículo 73 CRE establece un principio de precaución (adopción de medidas preventivas) y **restricción** (prohibición); por otro, el artículo 396 CRE habla de adopción de medidas preventivas pero nada dice sobre **restricción de actividades**.

[36] La interpretación que en este sentido se debe hacer es una “con alcance sistemático y adoptando siempre el sentido más favorable a los derechos”.⁹ Esto es, que si bien existe un principio ambiental de precaución manifestado en varios artículos de la CRE, este no puede ser restrictivo-prohibitivo del ejercicio de otros derechos.

[37] Esto es altamente relevante ya que una faceta del principio de precaución y restricción implicaría, como hemos mencionado, la prohibición de un universo de actividades humanas con potencialidad de afectar a la naturaleza; y la otra solamente la adopción de medidas. Lo primero podría implicar una grave limitación a las libertades personales de una persona (e.g. consumir cárnicos, realizar actividades económicas) y lo segundo, la regulación y control legítimo de una actividad humana. La interpretación constitucional debe ir por la segunda opción en la que si bien se aplique el principio de

⁹ Corte Constitucional, Dictamen No. 9-19-CP/19, párr. 20; y nota al pie No. 5 citando los artículos 11, número 5 y 427 CRE.



precaución este no sea restrictivo-prohibitivo de otros derechos constitucionales vigentes.

C. Los principios ambientales a la luz de otros derechos constitucionales

[38] En ese sentido, es necesario que a nivel de las normas constitucionales antes mencionadas –no meramente legales–, donde **no se aplicaría el principio *in dubio pro natura***; exista una interpretación armónica de la constitución. Esto es, a la luz de otros derechos constitucionales como, por ejemplo, el derecho a desarrollar actividades económicas y la libertad de no dejar de hacer algo que no está prohibido por la ley.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

15. **El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.**

(...)

29. Los derechos de libertad también incluyen:

(...)

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a **dejar de hacer algo no prohibido por la ley.**

[39] La actividad minera en el Ecuador es una actividad económica legal y regulada. Está sujeta a altísimos controles estatales y regulatorios para su operatividad en cualquiera de sus fases o regímenes. No solamente requiere de permisos comunes sino que están sujetos a autorizaciones ambientales que implican una serie de estudios y pasos previos para que pueda la actividad minera ser implementada. La actividad minera representa una alta complejidad en varios niveles.¹⁰

[40] Al ser una actividad económica altamente regulada, generar restricciones adicionales como las pretendidas por los peticionarios de la presente consulta popular, constituye una vulneración, no solamente del derecho a ejercer esa actividad, sino a imponer *de facto* una prohibición no establecida en la ley. Esto a más de vulnerar los derechos de libertad de ejercer actividades económicas de los concesionarios mineros, implica una vulneración del derecho a la seguridad jurídica (véase *infra*).

[41] Los peticionarios de esta consulta popular pretenden, no solamente restringir una fase de la actividad minera –explotación en minería a gran escala–; sino que, *de facto* prohibirla totalmente. Quien inicia la actividad minera en exploración tiene la intención de asumir un riesgo de que por la factibilidad o no del proyecto se pase a fases más avanzadas de la misma: explotación. Pero el pretender restringir la fase de explotación minera implica necesariamente una prohibición de la actividad minera como tal. Nadie haría exploración minera si sabe que en el cantón Cuenca la explotación está

¹⁰ Corte Constitucional, Dictamen No. 2-19-CP/19, párr. 17.



prácticamente prohibida. ¿Quién iniciaría actividades exploratorias con las implicaciones económicas que eso conlleva para luego nunca explotar?

[42] La pretendida aplicación del principio de precaución y la consecuente restricción de la actividad como la minera, en cualquiera de sus fases o regímenes, implica necesariamente la prohibición de la actividad. Esta consecuencia restrictiva sería desproporcionada entre lo que se busca prevenir (impacto o daño ambiental –sin ser equivalentes) y lo que finalmente se terminaría por hacer: la prohibición de la actividad minera.

[43] Esta pretendida prohibición tiene la potencialidad de afectar a un sinnúmero de actividades humanas, no solamente las económicas (e.g. minería, ganadería, etc), y afectar varios derechos constitucionales interrelacionados.

IV. Seguridad Jurídica

A. Estándar constitucional del derecho a la seguridad jurídica

[44] La CRE establece lo siguiente con respecto del derecho a la seguridad jurídica:

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**.
(Énfasis añadido)

[45] Esta Corte ha señalado lo siguiente:

...la **seguridad jurídica** que las actividades económicas en general –y por tanto también la actividad minera– requieren, **no puede ser entendida como contraria o excluyente de la participación y objetivos ambientales establecidos en la propia Constitución..**
(Énfasis añadido)

...la terminación indeterminada de concesiones **incide en la certeza y previsibilidad** que tiene la ciudadanía y el Estado del funcionamiento y aplicación determinable, estable y coherente de su ordenamiento jurídico. Así también, **podría provocar incertidumbre relacionada con los efectos y repercusiones que una cancelación de concesiones pueda generar.**¹¹

[46] Si bien las preguntas de la pretendida consulta popular se centran en una sola fase de la actividad minera (determinación) y no pretenden explícitamente la cancelación de concesiones, esto necesariamente implica que las prohibiciones que las mismas buscan **tengan efectos retroactivos y la frustración total de la actividad minera**. Ya que como se ha manifestado antes, el concesionario minero no inicia la actividad de exploración para luego no poder –si amerita el proyecto– pasar a una fase de explotación.

[47] El mismo Juez Ramiro Ávila Santamaría, en un voto salvado, señaló lo siguiente:

¹¹ Corte Constitucional, Dictamen No. 1-20-CP/20, párr. 57, 62.



Los efectos retroactivos en el derecho hay que tomarlos con muchísimo cuidado porque se aplicarían normas no previstas al momento de realizar actos jurídicos. De ahí que la irretroactividad ha sido muy excepcional...¹²

- [48] La consulta popular tal como está planteada no solamente busca la modificación de la CRE, sino que, también, que se produzcan efectos retroactivos y la actividad minera como tal se frustrate totalmente y no solamente en una de sus fases: explotación.

V. Protección de la inversión extranjera en el sector minero

- [49] En base al derecho a la seguridad jurídica antes desarrollado, el inversor extranjero minero al iniciar sus actividades tuvo una expectativa de que el régimen constitucional ecuatoriano sea respetado y aplicado.
- [50] Esta expectativa de respeto a la seguridad jurídica implica una especie de ofrecimiento estatal de que los derechos y obligaciones de los administrados serán siempre respetados a la luz del ordenamiento jurídico vigente. El proceso de inversión se realiza con esa premisa básica y se espera que el Estado no afecte esta certeza legal ya que la misma constituye una posición previa y una representación adoptada por el mismo Estado.¹³ El proceso de inversión en la industria minera –como en otras industrias– al verse incumplido en esa expectativa de certeza legal se le provoca un daño y una pérdida de confianza.¹⁴
- [51] 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 **legítimas expectativas**. 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 inversiones.¹⁵
- [52] El tribunal arbitral del caso *Tecmed c. México*¹⁶ 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**

¹² Corte Constitucional, Dictamen No. 1-20-CP/20, Voto salvado del Juez Ramiro Ávila Santamaría párr. 16.

¹³ Brown C., The Protection of Legitimate Expectations as a “General Principle of Law”: Some Preliminary Thoughts, TDM 2009 pág. 2.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. Estados Unidos Mexicanos, Laudo del 29 de mayo de 2003, caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, párr. 154.



ambigüedad y con total transparencia. De tal forma, es imperativo que los inversores extranjeros mineros tengan certeza legal de las regulaciones legales que gobernarán su inversión y que, por ejemplo, en fases posteriores su inversión no se vea frustrada.

- [53] Adicionalmente, si un inversor extranjero minero, una vez 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.
- [54] El inversor extranjero minero 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. Si a pesar de que su proceso exploratorio no se ve directamente prohibido, toda la actividad minera pierde su sentido si al final no se le permitirá explotar el mineral. 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.
- [55] Adicionalmente, la intención del proponente de esta consulta popular no es la protección de las fuentes del agua aisladamente. Expresamente y con la intención de frustrar el proceso de inversión en ciertas concesiones mineras, el peticionario pide en el **Considerando 65, Considerando 66 y Considerando 67** que un ente sin la competencia de los recursos naturales prohíba *de facto* la actividad minera a través de sus entes administrativos. Esta propuesta no solamente que es ilegal e inconstitucional sino que propone el cometimiento de un **acto ilícito frente al derecho internacional de las inversiones: se pide expropiar indirectamente el proyecto sin proponer una fórmula de compensación y reparación del daño económico** que esto ocasionaría en las inversiones de todos los inversores extranjeros potencialmente afectados.

VI. Potencial Responsabilidad Internacional del Estado Ecuatoriano

- [56] No obstante que el proponente de esta ilegal, inconstitucional y violatoria del derecho internacional de las inversiones sea el GAD Municipal de Cuenca, **la responsabilidad internacional de todo el Estado ecuatoriano está en juego.**
- [57] Los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por ilícitos internacionales (*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) adoptados por la Comisión de Derecho internacional en su sesión 45 en 2001¹⁷, y que son una forma de codificación de derecho internacional consuetudinario, establecen lo siguiente:

¹⁷ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1).



Artículo 4.
Comportamiento de los órganos del Estado

1. 1. El comportamiento de cualquier órgano del Estado se considerará un acto de ese Estado según el derecho internacional, tanto si el órgano ejerce funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea la posición que ocupe en la organización del Estado y **cualquiera que sea su carácter de órgano del gobierno central o de una unidad territorial del Estado.**

2. Un órgano comprende a toda persona o **entidad que tenga esa condición de conformidad con la ley del Estado.**¹⁸
(Énfasis añadido)

Adicionalmente:

Artículo 5.
Comportamiento de las personas o entidades que ejercen elementos de autoridad gubernamental

El comportamiento de una persona o entidad que no sea un órgano del Estado conforme al artículo 4 **pero que esté facultada por la legislación de ese Estado para ejercer elementos del poder público se considerará un acto del Estado según el derecho internacional**, siempre que esa persona o entidad actúe en esa calidad en el caso concreto.¹⁹
(Énfasis añadido)

[58] En cualquier caso, bien sea por la iniciativa del GAD de Cuenca u otro GAD, el cambio de las reglas del juego para los inversores extranjeros mineros de la forma que se plantea en esta pretendida consulta popular, implicaría el cometimiento de varios ilícitos internacionales por parte del Estado ecuatoriano –derecho internacional de inversiones– en detrimento de las inversiones de varios concesionarios.

[59] Ahora bien, es muy posible que quienes defienden una aplicación antojadiza de la CRE en relación con la rectoría de los recursos naturales y las prohibiciones constitucionales de la industria minera, digan que las obligaciones internacionales del Ecuador, a menos que sean de derechos humanos, son de nivel jerárquico inferior a la misma constitución en virtud de los artículos. 424 y 425 de la CRE.

[60] Esta Corte debe recordar que el derecho de un inversor sobre su inversión está protegido por normativa y estándares internacionales –estándar de trato justo y equitativo, expropiación, nación más favorecida–; y, como consecuencia, efectos jurídicos derivados de la actuación o de la función judicial no pueden ser justificadas o excluyentes de responsabilidad internacional.

[61] Así tenemos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que también determinan **la imposibilidad de que un estado justifique el incumplimiento de la**

¹⁸ Traducción personal.

¹⁹ Traducción personal.



obligación internacional en una norma de derecho interno. Inclusive en el evento de que dicha actuación estatal estuviere amparada por su misma constitución como legal y legítima, esto tampoco es suficiente como excluyente de responsabilidad internacional. Así lo sostuvo, por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia internacional en su Opinión Consultiva de 1932, al decir que la aplicación de la **Constitución de Danzing** puede resultar en violación de una obligación internacional debida a Polonia proveniente de un tratado o del derecho internacional en general. En tal virtud, **ni la norma suprema, la constitución, no puede ser medio o excusa para la evasión del cumplimiento de las obligaciones internacionales previamente adquiridas.**

VII. Posibles consecuencias legales que se derivarían de la pretendida consulta popular

[62] En el evento de que esta Corte declare la constitucionalidad de la pretendida consulta popular y cuando esta se lleve a cabo, se prevén las siguientes consecuencias legales:

- a. que, el régimen de rectoría de recursos naturales se vea modificado de una forma contraria a la CRE, .
- b. que, que, la CRE sea modificada por una vía no idónea en contravención con lo establecido por esta misma Corte,
- c. que, se viole el derecho a la seguridad jurídica de los inversores extranjeros mineros,
- d. que, se viole el derecho internacional de las inversiones y los estándares de protección aplicables a cada inversor extranjero en la industria minera (legítimas expectativas, no expropiación etc.), y
- e. que, el Estado ecuatoriano sea demandado ante tribunales arbitrales internacionales y sea condenado por daños y perjuicios por la *de facto* frustración y expropiación (directa o indirecta) de los proyectos mineros afectados por esta pretendida consulta popular.

VIII. Petición

[63] Sobre los fundamentos analizados, señores Jueces y señoras Juezas de esta H. Corte Constitucional, solicitamos, no sólo negar el dictamen previo de constitucionalidad sobre las preguntas objeto de este proceso constitucional, sino proponer una regla clara que frene posteriores intentos de desnaturalizar los mecanismos de democracia directa para modificar la CRE y vulnerar otros derechos constitucionales como se ha señalado.

[64] Solicito también se nos permita fundamentar en forma oral este escrito de *amicus curiae* en audiencia pública frente a esta Corte Constitucional.

IX. Notificaciones y autorizaciones

[65] Me ratifico en lo señalado en mi escrito del 10 de septiembre de 2020, No. de ingreso: JUR-2020-3024 en cuanto a las autorizaciones y casilleros señalados para futuras notificaciones.



[66] Firmo conjuntamente con uno de mis abogados patrocinadores,

Andrés Ycaza Palacios
Gerente General
Toachiec Exploraciones Mineras S.A.

Juan Carlos Herrera Q.
Abogado
Mat. 17-2015-655 F.A.P