



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
INDOAMÉRICA**

DIRECCIÓN DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA
NATURALEZA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR No. 32-17-IN/21.**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de
Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor(a)

Hervás Novoa Cinthya Araceli

Tutor(a)

PhD. Masapanta Gallegos Christian Rolando

QUITO – ECUADOR

2022

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Cinthya Araceli Hervás Novoa, declaro ser autora del Trabajo de Titulación con el nombre “Reserva de ley en la tutela de los derechos de la naturaleza. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 32-17-IN/21”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica y que no tramitaré la publicación de esta obra íntegra en ningún otro medio sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes de esta versión del trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización (declaración), en la ciudad de Quito, a los 02 días del mes de agosto de 2022, firmo conforme:

Firma:

Autor: Cinthya Araceli Hervás Novoa

Dirección: Pichincha, Quito, DM.

Correo electrónico: cinthyahervas05@gmail.com

Teléfono: (+593) 997927533

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR No. 32-17-IN/21” presentado por Cinthya Araceli Hervás Novoa, para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, DM., 02 de agosto de 2022

.....

PhD. Masapanta Gallegos Christian Rolando

C.I.: 1715231062

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, DM., 02 de agosto de 2022

.....

Cintha Araceli Hervás Novoa
C.I. 171427905-4

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR No. 32-17-IN/21, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, DM., 02 de agosto de 2022

.....

Mgtr. Javier Fernando Villacrés López
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....

Mgtr. Luis Fernando Sarango Macas
VOCAL

.....

PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos
VOCAL

DEDICATORIA

A mi hija María Victoria, el gran amor de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mis maestros de la Universidad Tecnológica Indoamérica.
Al Dr. Christian Masapanta, por sus conocimientos y tiempo invertidos en este
proyecto.
A mis amigas de la NASA, sin Uds. esto no habría sido posible.
A Gustavo, siempre gracias.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

TEMA	I
AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	I
APROBACIÓN DEL TUTOR	II
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	III
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	IV
ÍNDICE DE CONTENIDOS	V
AGRADECIMIENTO	Vii
DEDICATORIA	viii
RESUMEN EJECUTIVO.....	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR NO. 32-17-IN/21.....	3
EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO	3
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA RESERVA DE LEY	13
LA RESERVA DE LEY COMO GARANTÍA NORMATIVA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	18
LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ECUADOR Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS A SU APLICACIÓN	22
PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS RELACIONADOS CON LA JUSTICIA AMBIENTAL.....	31
LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS	32
DERECHO A LA RESTAURACIÓN	36
DERECHO A LA EXISTENCIA, MANTENIMIENTO Y REGENERACIÓN.....	38

MEDIDAS DE PRECAUCIÓN Y RESTRICCIÓN DE ACTIVIDADES VULNERADORAS DE DERECHOS.....	40
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA MEDIANTE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD	46
OBJETO DEL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD	48
CONTROL FORMAL Y CONTROL MATERIAL	53
EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN PROCESOS DE CONTROL ABSTRACTO	55
SOBRE EL CAUDAL ECOLÓGICO EN LA CONSTITUCIÓN Y LA NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL	59
CAPÍTULO SEGUNDO: RESERVA DE LEY Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA QUE REALIZA LA CORTE CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA NO. 32-17-IN/21	69
TEMÁTICA A SER ABORDADA	69
PUNTUALIZACIONES METODOLÓGICAS.....	70
ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO	70
PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR..	76
PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	78
SOBRE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA.	79
SOBRE EL PRINCIPIO PRECAUTORIO.	81
SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS.....	82
ARGUMENTOS CENTRALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL DERECHO OBJETO DE ANÁLISIS	84
ANÁLISIS CRÍTICO A LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL	87
IMPORTANCIA DEL CASO EN RELACIÓN AL ESTUDIO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.....	87
APRECIACIÓN CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.	88
MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN.....	91
PROPUESTA PERSONAL DE SOLUCIÓN DEL CASO: VOTO CONCURRENT E.....	92

SOBRE LA TITULARIDAD DE DERECHOS DE LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN LA NATURALEZA.....	93
SOBRE LOS PRINCIPIOS PRECAUTORIO Y DE PREVENCIÓN.....	93
SOBRE EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y SUSTENTABLE. ..	95
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA	100
ANEXO.....	109

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR No. 32-17-IN/2.

AUTOR: Cinthya Araceli Hervás Novoa

TUTOR: PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución del 2008 reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos constitucionales, por tanto, su garantía deviene principalmente de la observancia de lo dispuesto en la norma fundamental. En este contexto, se ha planteado como objetivo central de esta investigación el estudio del principio de reserva de ley y cómo opera en cuanto a la tutela de los derechos en la naturaleza en la sentencia No. 32-17-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana y, de forma secundaria, la determinación de la influencia de la aplicación del principio de marras y los aportes de la Corte a través de dicha decisión. El método aplicado en este trabajo ha sido el deductivo puesto que se han identificado los elementos doctrinarios y jurisprudenciales de cada componente de estudio, para luego analizar las particularidades de la sentencia y construir a partir de ellos, una propuesta de voto concurrente. En el primer capítulo se aborda el principio de reserva de ley en el contexto del constitucionalismo ecuatoriano y como garantía normativa, los derechos de la naturaleza y su categoría de sujeto, los principios ambientales consagrados en la Constitución, y, el control de constitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos de la naturaleza mediante la acción pública de inconstitucionalidad, el principio *iura novit curia* en los procesos de control abstracto y el caudal ecológico en el marco normativo ecuatoriano. En el segundo capítulo se analiza la sentencia No. 32-17-IN/21, refiriendo sus antecedentes, el procedimiento, los problemas jurídicos planteados y, los argumentos centrales utilizados por la Corte para su valoración crítica. El voto concurrente propuesto, como aporte a la solución del caso de estudio, destaca la necesidad de proteger y regular los derechos de naturaleza mediante ley orgánica así como releva la importancia del desarrollo jurisprudencial para dotar de contenido a esos derechos.

DESCRIPTORES: Acción pública de inconstitucionalidad, caudal ecológico, derechos de la naturaleza, principio precautorio, reserva de ley.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME: RESERVE OF LAW IN THE PROTECTION OF NATURE RIGHTS.
ANALYSIS OF THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT RULING
No. 32-17-IN/21.

AUTHOR: Cinthya Araceli Hervás Novoa

TUTOR: PhD. Christian Rolando Masapanta Gallegos

ABSTRACT

The 2008 Constitution recognizes nature as a subject of constitutional rights. Therefore, its guarantee comes mainly from the observance of the provisions of the fundamental norm. In this context, this research aims to study the principle of law reservation and how it operates in terms of the protection of the rights of nature in Ruling No. 32-17-IN/21 of the Ecuadorian Constitutional Court. Secondly, this decision determined the influence of the principle's application and the Court's contributions. The method applied in this work has been deductive since the doctrinal and jurisprudential elements of each component of the study have been identified to analyze the particularities of the judgment and then construct a proposal for a concurring vote based on them. The first chapter deals with the principle of reserve of law in the context of Ecuadorian constitutionalism and as a normative guarantee, the rights of nature and its subject category, the environmental principles enshrined in the Constitution, and the control of constitutionality as a mechanism of protection of the rights of nature through the public action of unconstitutionality, the code "iura novit curia" in the processes of abstract control and the ecological flow in the Ecuadorian normative framework. The second chapter analyzes Judgment No. 32-17-IN/21, referring to its background, the procedure, the legal problems raised, and the central arguments used by the Court for its critical assessment. The proposed concurring vote, as a contribution to the solution of the case study, highlights the need to protect and regulate the rights of nature through an organic law and the importance of jurisprudential development to give content to those rights.

KEYWORD: Public action of unconstitutionality, ecological flow, nature rights, principle of precaution, reserve of law.

(FIRMA Y SELLO DEPARTAMENTO DE IDIOM

INTRODUCCIÓN

A partir de la expedición de la Constitución del 2008 la naturaleza fue reconocida como sujeto de derechos así como fue consagrada la jerarquía de esta norma suprema en el ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia y en las esferas material y formal, debió demandarse la conformidad de todas las normas y actos del poder público para la prevalencia y validez de sus efectos jurídicos, así como establecer los requisitos y procedimientos para su reforma. Es por ello que la presente investigación ha sido denominada “Reserva de ley en la tutela de los derechos de la naturaleza. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No.32-17-IN/21”.

Tanto el aseguramiento de la supremacía como la unidad del ordenamiento jurídico se consolidan a través del control de constitucionalidad que efectúa la Corte Constitucional, siendo que a través del control abstracto se garantiza la unidad y coherencia mediante la identificación y eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo y forma, conforme lo previsto en el literal c) numeral 1 del artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Además, como garantía del orden democrático ha sido dispuesto que ciertas materias, relacionadas con derechos constitucionales, deban ser reguladas mediante ley orgánica, por lo que el principio de reserva de ley asegura la protección de esos derechos al prever que sea el órgano legislativo, electo democráticamente quien conozca, debata y apruebe las leyes para revestirlas de legitimidad.

Por tanto, de conformidad al desarrollo jurisprudencial resultante de la sentencia No. 32-17-IN/21 y conforme lo antes referido, es la reserva de ley la que en materia de ordenación de los derechos de la naturaleza procede en razón de lo previsto en la Constitución, así como es la acción pública de inconstitucionalidad, el mecanismo para la ratificación o expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que sean incompatibles con dicho texto.

Los objetivos de la presente investigación se centran en el estudio del principio de reserva de ley y cómo opera en cuanto a la tutela de los derechos en la naturaleza en la sentencia No. 32-17-IN/21, siendo que en forma secundaria se ha previsto la determinación de la influencia de la aplicación del principio de marras,

así como el análisis de los aportes que realiza la Corte Constitucional ecuatoriana a través de la decisión antes referida.

El método aplicado en la presente investigación es el deductivo puesto que en forma primera, se identifica lo pertinente a la institución jurídica de la reserva de ley, a continuación se desarrollan los derechos de la naturaleza, en virtud de su categoría de sujeto así como los principios relacionados con su aplicación, y lo pertinente al control abstracto de constitucionalidad, para luego analizar el caso concreto que resulta de la sentencia de la Corte ha observado sus particularidades y, construyendo a partir de ella, una propuesta de voto concurrente.

En base a lo expuesto se efectúa el estudio del principio de reserva de ley y cómo opera en cuanto a la tutela de los derechos en la naturaleza en la sentencia No. 32-17-IN/21, a partir de los siguientes capítulos:

En el primer capítulo del presente trabajo se abordarán los siguientes temas: el principio de reserva de ley en el contexto del constitucionalismo ecuatoriano y como garantía normativa, los derechos de la naturaleza, su categoría de sujeto de derechos, los principios ambientales consagrados en la Constitución y, el control de constitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos de la naturaleza mediante la acción pública de inconstitucionalidad, el principio *iura novit curia* en los procesos de control abstracto y el caudal ecológico en el marco normativo ecuatoriano.

El segundo capítulo se analizará la sentencia No. 32-17-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana, refiriendo al respecto los antecedentes, el procedimiento, los problemas jurídicos planteados y los argumentos centrales utilizados por este organismo. Estos elementos permitirán el desarrollo del análisis crítico de esta decisión, así como la construcción de la propuesta de voto concurrente, como aporte a la solución del caso de estudio.

Dicho aporte, no se aleja de los argumentos y conclusiones determinadas por la Corte, no obstante los complementa en virtud de la importancia de los elementos teóricos destacados en la presente investigación para la tutela de los derechos de la naturaleza a través de la jurisprudencia expedida por el máximo organismo de control e interpretación de la Constitución.

CAPÍTULO PRIMERO: RESERVA DE LEY EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR No.32-17-IN/21

En el primer capítulo del presente trabajo se abordarán los siguientes temas: el principio de reserva de ley en el contexto del constitucionalismo ecuatoriano y como garantía normativa, los derechos de la naturaleza, su categoría de sujeto de derechos, los principios ambientales consagrados en la Constitución, y, el control de constitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos de la naturaleza mediante la acción pública de inconstitucionalidad, el principio *iura novit curia* en los procesos de control abstracto y el caudal ecológico en el marco normativo ecuatoriano.

El principio de reserva de ley en el constitucionalismo ecuatoriano

John Locke (1647) en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil enfatiza en la necesidad de lucha contra los gobiernos tiránicos, destacando la importancia del ejercicio de los derechos a la resistencia y a la revolución. Se refiere además a la división de poderes del Estado para evitar la corrupción política, y, a la subordinación del Rey al poder civil constituido por el Parlamento. Señaló que, estando la soberanía en manos del legislativo, elegido por el pueblo y con facultad para hacer las leyes, se limitaba el poder de acción y decisión de los monarcas, mediante aquello que fuera dispuesto por la ley.

La constitución del poder legislativo es el primero y fundamental acto de la sociedad, y mediante este acto, se asegura la continuidad de la unión de sus miembros bajo la dirección de ciertas personas y de lo que mandan las leyes que han sido hechas por los legisladores con el consentimiento del pueblo y por encargo suyo. Sin esto, ningún hombre ni grupo de hombres pueden hacer leyes que obliguen a los demás. (Locke, p.38).

Esta destacada teoría de limitación del poder del soberano, no solo buscaba evitar el absolutismo -en campos y materias- de las decisiones que emanaban de los monarcas, sino que además, ponía en evidencia la necesaria participación y consentimiento de ciertas mayorías en la construcción de normas que regirían al

pueblo, cuya voluntad estaba representada por el legislativo y cuya legitimidad provenía de aquellos que refrendaban y les otorgaban esa facultad.

Así, esta teoría tuvo gran influencia en la ideología liberal, cuya injerencia se destaca en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que en su artículo V consagra el principio de reserva de ley, cuando proclamó lo siguiente: “La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”.

Dicho enunciado impuso un claro límite al poder del Estado, así como a aquel del legislativo, que la historia evidenció se caracterizaban por haber sido arbitrarios -por su composición burguesa principalmente-, polarizados y restrictivos de las libertades fundamentales. Por tanto, se consagra a la ley como un mecanismo para el ejercicio de las libertades toda vez que, la voluntad de los titulares del poder debía estar limitada de alguna forma a un texto escrito que determinase cuáles eran los deberes y derechos que debían regir las relaciones de la sociedad de aquella época.

Luego de la Revolución Francesa, la instauración de regímenes liberales y de monarquías constitucionales -como la alemana-, tornaron a la potestad reglamentaria como uno de los ejes centrales del Estado liberal, lo que necesariamente evolucionó en el Estado social de derecho y, en forma posterior, en el Estado de bienestar. Esta facultad normativa, que se centró principalmente en la tutela del derecho a la propiedad y la garantía de las libertades, debió reservar los temas fundamentales para su ordenación mediante ley y, desarrollar aquellos considerados de menor jerarquía, mediante reglamentos y otros instrumentos. La diferencia provenía del nivel de proteccionismo del Estado y las necesidades de sus mandantes.

Por tanto, ya que el poder que detentaba el Estado debía circunscribir su acción a lo que fuera dictaminado por la ley y, siendo que ésta era producida por el legislativo, se imponía el orden democrático que demandaba que aquello que afectara a todos debía ser discutido por el pueblo, representado por sus legisladores que habrían sido consentidos para ello.

Lo antes relevado permite establecer el origen democrático del principio de reserva de ley para la limitación del poder, la tutela de los derechos y la garantía del ejercicio de las libertades, ello, mediante la expedición de leyes que debían ser elaboradas por legisladores que representaban la voluntad del pueblo y aprobadas mediante mecanismos que implicasen su discusión y conocimiento generalizado.

En ese contexto es pertinente señalar lo que la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969) dispuso en relación a la reserva de ley a través de su artículo 30 que pone de manifiesto:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Lo que en forma similar fue consignado en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). De esta forma, los tratados internacionales como fuente de derecho, refirieron en su oportunidad la posibilidad de “restringir” derechos únicamente mediante leyes y cuando primara el interés general, lo que implicaba además, que al ser obligaciones convencionales devenidas de instrumentos ratificados, la adecuación de las normas internas para su observancia se constituía en una condición que debía ser cumplida de buena fe (*pacta sunt servanda*) por todos aquellos países que estuvieran obligados a ello.

Ahora, para poder referir al principio de reserva de ley en el Ecuador y su ordenamiento jurídico, es necesario efectuar una breve síntesis de lo que ha significado la evolución constitucional en relación a este precepto.

La primera Constitución del país es la denominada Quiteña de 1812, que surge de las pugnas por el poder de los españoles y los denominados criollos, destacando de forma especial, su connotación religiosa (art.20). Este texto no cuenta con un desarrollo de derechos notable, sin embargo menciona a la libertad en sus artículos 20 y 21, asegura la inviolabilidad de los derechos, se refiere a la propiedad y a las libertades natural y civil. Aquí ya se establece la división de poderes, el Presidente del Estado (art.9), el Legislativo (art.22) y el poder Judicial (arts.34 y 45).

Por su parte, la Constitución ecuatoriana de 1830 preveía entre las atribuciones del Congreso “establecer derechos e impuestos” (art.26.2), así como la iniciativa legislativa sin restricción de materia (art.27). Sin embargo, obligaba a la sanción del Gobierno para que una ley tuviera fuerza (art. 28), haciendo potestativo del Jefe de dicho Gobierno -Presidente- la sanción de las leyes (art. 35.3). Esto cambia en la Constitución Política de 1835, que a través de la Sección V hace mención en forma exclusiva, a la formación de las leyes -artículos 44 a 53-, y determina que éstas podían tener origen en cualquiera de las dos Cámaras del Congreso -Senado y Representantes- inclusive, desde el poder ejecutivo, reservando la potestad de resolver dudas relacionadas con el articulado de la Constitución al Congreso -poder legislativo- (art.110). Esta evolución primera en materia de creación de leyes pone de relevancia el poder y soberanía que ejercía el Congreso, y la forma en la cual, mutaban los procesos de proposición y sanción de las leyes, cuyo contenido aún no estaba restringido a materia alguna, de forma especial por la conformación de clases de ese poder.

La Constitución de 1843, también política, a través de su Título X establecía lo pertinente a la formación y promulgación de las leyes -artículos 38 a 48- restringiendo el origen de ciertas normas a la Cámara de Representantes (art.26) que eran en esencia, las leyes sobre impuestos y contribuciones, dando origen al principio de reserva de ley en materia tributaria. Se mantiene la potestad de sanción de las leyes del Congreso en el ejecutivo (art.60.2) así como aquella referida al control constitucional (art.106) que se determina como facultativa del mismo Congreso.

En la Constitución de 1845 se mantiene la potestad de establecer impuestos en el Congreso (art.42) al igual que se respeta la potestad de origen de las leyes en cualquiera de las Cámaras o en el poder ejecutivo (art.44), sin embargo, hay un cambio que se destaca en relación a las dos anteriores Constituciones, y éste se refiere lo siguiente “ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes” (art.110) que, teniendo relación con la hoy denominada “tutela judicial efectiva” por su conformación, se constituiría en un primer elemento de salvaguarda de derechos a través de la ley.

El texto constitucional de 1851 otorga la potestad de establecer derechos e impuestos a la Asamblea Nacional (art.31), siendo que en el Título X De la formación de las leyes y demás actos legislativos -artículos 33 a 50- se determina que el origen de las leyes provendrá de la misma Asamblea, del poder Ejecutivo o de la Corte Suprema de Justicia -ella, en lo relativo a la administración de su rama- (art.33). Fue dispuesto además que “en virtud de decreto deducido de la ley” se podrían exigir impuestos o contribuciones (arts.113 y 114).

La Constitución de 1852 establece como atribución especial de la Cámara de Representantes a la presentación de iniciativas de leyes sobre impuestos y contribuciones (art. 27.3) manteniéndose la facultad del Congreso en la determinación de éstos (art. 40). De la misma forma, el origen de las leyes -proposición- continúa en las dos Cámaras o en el ejecutivo (art.42) y se mantiene el tenor de protección de los ecuatorianos a través de las leyes (art. 109). Estos preceptos no varían en la Constitución de 1961 -solamente cambian los números de sus artículos (p.e. 42 por 41 y 109 por 105).

A su vez, en la Constitución Política de 1878, el establecimiento de impuestos recae en el Congreso -dividido en Cámaras Legislativas- (art. 47.5), manteniéndose la forma prevista para el origen de las leyes (art. 49) y reubicando las denominadas garantías, en la primera parte del texto constitucional (arts. 16 a 19), enunciando la protección de los ciudadanos a través de las leyes en el literal c) del artículo 6, esto, de forma invariable. Estos elementos no variaron en la Constitución de 1884, solamente se dio una organización de artículos diferente, mucho más específica y determinada (ahora el artículo 6.c es el 22), siendo que apartir de éste texto constitucional, se torna evidente el desarrollo y reconocimiento que se realiza a los derechos humanos como garantía del Estado democrático.

El artículo 17 de la Constitución Política de 1897 ya releva un cambio importante en relación a lo que debe observar el Estado para efectuar ciertas exigencias, siendo que el texto reza: “No puede exigirse contribución o derechos sino, conforme a la ley y por la autoridad que ella designa” lo cual deja ver la intención del poder legislativo, que manteniendo su conformación bi cameral (art. 43), continúa ostentando su facultad de establecer contribuciones (art. 65.4), pudiendo además “dictar leyes generales de enseñanza para los establecimientos de

educación e instrucción pública” (art. 65.13). Este avance significaría el inicio de la profundización de reserva de ley para el establecimiento y regulación de ciertas materias y derechos. Los procesos de formación de leyes y demás actos legislativos (arts. 67 a 83) continuaron dispuestos de la misma manera.

Del mismo modo, la Constitución alfarista de 1906 -política de igual forma- ubica en un lugar preferencial a la supremacía constitucional (art. 6), siendo que además proclama que no podrán “imponerse contribuciones sino en virtud de una ley” conservándose lo pertinente a la reserva de ley en materia tributaria y consagrando a partir del artículo 26 hasta el 29, las denominadas garantías individuales y políticas. Entre ellas encontramos el señalamiento expreso de limitación por ley de los siguientes derechos: presunción de inocencia (art. 26.2), libertad personal -reclutamiento- (art. 26.5), a no ser detenido, arrestado o preso (art. 26.6), inviolabilidad de domicilio (art.26.8), inviolabilidad de correspondencia (art. 26.9), tutela judicial (art. 26.10), libertad de trabajo y de industria (art. 26.12), admisión a las funciones y empleos públicos (art. 26.14), a no ser injuriado o calumniado (art. 26.15), libertad de reunión y asociación (art. 26.17). Es aquí donde se establece por primera vez en el desarrollo constitucional, un sistema de protección de derechos mediante el principio de reserva de ley, ello, más allá de lo meramente tributario.

Este texto constitucional estuvo vigente hasta 1945, cuando se expide la siguiente Constitución Política que definió a la función Legislativa como aquella compuesta por una sola Cámara de diputados con potestad para “expedir, reformar, derogar e interpretar leyes, decretos, acuerdos y resoluciones” (art. 34.3), estableciendo que la iniciativa para dictar leyes correspondería a “cualquier diputado, al Presidente de la República, a la Comisión Legislativa Permanente y, en materia civil, penal, procesal y judicial, también a la Corte Suprema” (art. 36) quedando la sanción del proyecto de ley en manos del Presidente de la República (art. 38). Es a partir del artículo 141 -Título Décimo Tercero- que se consagran por primera vez las denominadas “Garantías Fundamentales”, así como se integra, en nuestro ordenamiento jurídico, al hábeas corpus (art. 141.5) como mecanismo de tutela frente a detenciones arbitrarias. Se amplía el catálogo de derechos

constitucionales, determinando la necesaria sujeción a la ley para su limitación en muchos de los casos (artículos 141 a 151).

A partir del artículo 23 de la Constitución de 1967, se desarrolla el Título IV dedicado a los derechos, deberes y garantías, siendo aquí donde se consagra lo siguiente:

El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares.

Lo antes referido, constituye el primer enunciado formal y expreso del principio de reserva de ley en nuestro ordenamiento constitucional, en el marco de la protección de derechos y la garantía de libertades. A partir de ello, se desarrollan varios derechos, deberes y garantías de las personas en los Títulos de la familia, de la educación, de la propiedad, del trabajo y de la seguridad social, derechos políticos (artículos 24 a 80), entre otros, así como nace el amparo jurisdiccional para la demanda de violaciones constitucionales (art. 28.15) “sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes” esto, como mecanismo de protección de los ciudadanos frente a las arbitrariedades devenidas del Estado.

Este desarrollo que respondería al régimen determinado en el preámbulo como “de fraternidad y justicia social”, estaría reforzado con la instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales cuya atribución principal era la observancia de la Constitución y las leyes, habiéndose reservado sin embargo, la facultad para la interpretación de dicha Constitución, al Congreso (art. 257) .

En la Constitución Política de 1979 se determina como fin del Estado el aseguramiento de la vigencia de los derechos fundamentales y la promoción del progreso económico, abordándose a partir del artículo 19 los derechos, deberes y garantías. Se destaca en este texto la denominada “Regla General” que refiere la titularidad de los derechos de la siguiente forma:

El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las

declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes (art. 44).

Así, se enuncia lo que luego conoceremos como bloque de constitucionalidad, y tornado en obligatorio a partir de ese momento, la observancia de la normativa supra nacional que hubiere sido ratificada, y sobre todo, el reconocimiento de las obligaciones estatales de adecuar su ordenamiento interno y, de aplicar la norma que fuere más favorable a la persona en virtud del principio *pro homine*.

Cabe señalar que surgieron además, garantías para la protección del medio ambiente, en relación al saneamiento de las ciudades y el campo (art. 29.2) así como fueron desarrollados otros derechos tales como los políticos, el derecho a la educación, la salud, la organización y promoción de sectores populares, el servicio social y civil de la mujer, entre otros.

Aquí, debe destacarse el desaparecimiento de la reserva de ley como artículo específico, siendo que su mención se efectúa en el marco del enunciado de varios derechos. Sin embargo, la introducción del bloque de constitucionalidad y la consagración de este principio en los tratados internacionales ya referidos, hace que no pierda vigencia o aplicabilidad en el ordenamiento jurídico nacional.

La Constitución Política de 1998, que fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, declara al Estado como “social de derecho” (art. 1) y consagra a partir de su artículo 16 los principios generales, resaltando que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”, y enunciando lo pertinente al bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, fue garantizado el ejercicio y goce de los derechos consagrados en “declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales” (art. 17) haciéndolos de inmediata y directa aplicación (art. 18), señalando en el artículo 19 que no se excluirán otros derechos “que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

Se desarrollaron además, el derecho al debido proceso (art. 24), los derechos de las personas de grupos vulnerables (art. 47), los derechos colectivos - pueblos

indígenas y negros o afroecuatorianos (art. 83)- y, los derechos del medio ambiente (art. 86) como aquellos referidos a los seres humanos en relación con el ambiente, enunciando el principio precautorio y disponiendo que:

La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente.

Así mismo, se estableció lo que hoy conocemos como consulta previa e informada en materia ambiental, sin hacer referencia al que debiera ser su carácter de vinculante, más bien se conforma como una garantía de participación en las decisiones estatales que pudieran afectar al ambiente (art. 88).

Para la garantía de los derechos, en los artículos 93 a 95 se prevé el hábeas corpus, así como se introduce por primera vez el hábeas data y se desarrolla con mayor detalle la acción de amparo.

Es claro que, se introdujo la distinción entre leyes orgánicas y ordinarias (art. 142.3) siendo que, se declara potestativo respecto de las primeras lo siguiente: “las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección” lo que constituye el principio de reserva de ley tal y como se conoce hasta el día de hoy, estableciéndose además, el procedimiento de sanción así: “las leyes orgánicas serán aprobadas, reformadas, derogadas o interpretadas por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional” (art. 143).

La Constitución de la República de 2008, elaborada por la Asamblea Constituyente y aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de ese año, determinó que la potestad legislativa debía ser ejercida por la Asamblea Nacional, que entre sus atribuciones y deberes tendría la expedición, codificación, reforma y derogatoria de leyes (art. 120.6), siendo que conforme la disposición constitucional contenida en el numeral 1 del artículo 132, se requeriría de ley para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. En esta misma línea se estableció a continuación que, serían las leyes de carácter orgánico, aquellas que regulasen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (art. 133.2) por

tanto, el procedimiento para su sanción requeriría de la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional (art. 133).

Este texto prevé un amplio catálogo de derechos, el mayor de la historia del país, consagrando de forma adicional, en los artículos 84 a 94, las garantías constitucionales para su exigencia, a saber: las normativas, las políticas públicas servicios públicos y participación ciudadana, y, las garantías jurisdiccionales, a saber: la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección. Por lo que, la garantía del orden democrático devendría no solo de la reserva de ley para la tutela de los derechos, sino que además se efectivizaría mediante los mecanismos para el efectivo ejercicio y reclamo de éstos antes las arbitrariedades del Estado, delimitando su poder, que ya había sido diferenciado y reducido por la división en los cinco estamentos que a partir de la vigencia de este texto constitucional se conforman: el ejecutivo, el legislativo, el judicial, el electoral y la función de transparencia y control social.

Es menester hacer las siguientes acotaciones en relación a la evolución de la Constitución ecuatoriana, conforme los elementos que han sido relevados:

Desde 1830 se consagran los derechos civiles y las garantías, circunscribiendo la reserva a ley a materia tributaria, para el establecimiento de derechos e impuestos, y, como facultad potestativa del Congreso. La evolución de la producción de leyes para limitar derechos se circunscribió únicamente a creación de impuestos y contribuciones hasta 1897 que se extendió de forma exclusiva a un ámbito determinado en la esfera del derecho a la educación -la enseñanza-.

Posteriormente, encontramos un abundante y continuado desarrollo de derechos y garantías, desarrollados en títulos y secciones de la Constitución, limitando su ejercicio a lo que fuere determinado por la ley en casos específicos.

Es en 1998 cuando el principio de reserva de ley se consagra en virtud de la diferencia que se introduce con la denominación de leyes orgánicas y ordinarias, estableciéndose la condición para la sanción de normas que refieran, regulen o protejan derechos -mediante mayoría absoluta de los integrantes del Congreso-. Así, este principio se constituyó en una salvaguarda de aquello determinado en la Constitución y tenía relación con el ejercicio de los derechos y las libertades.

El texto constitucional de 2008, que contiene el más amplio catálogo de derechos en la historia del país, debió establecer y profundizar en los mecanismos de exigencia de esos derechos -garantías-, ya que ello demanda de un orden democrático que prevea una producción normativa encaminada al desarrollo progresivo de los derechos -tal como lo prevé la misma Constitución- y a su exigencia, lo cual requiere de procesos de construcción normativa respetuosos del orden democrático y el bloque de constitucionalidad.

Consecuentemente, el principio de reserva de ley tiene un origen anterior a la República y ha sido objeto de una evolución normativa que data de la revolución francesa y las luchas contra la arbitrariedad de los poderes absolutistas. De la misma manera, ha sido debidamente previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como garantía ante la limitación de los derechos, y en forma posterior, inserto en la evolución constitucional del Ecuador. Por tanto, su relevancia y conformación son el resultado de procesos de construcción del orden democrático, que hoy por hoy, responden a la lógica del Estado constitucional de derechos y justicia consagrado en el texto constitucional vigente.

Concepto y características de la reserva de ley

Siendo el espíritu de toda ley la regulación de las conductas de los individuos de una sociedad, ya sea imponiendo formas de actuación, restringiendo o prohibiéndolas bajo la prevención de ciertas sanciones y dejando a la voluntad de los sujetos, el ejercicio de determinados comportamientos, la distinción entre leyes ordinarias -normas generales de interés común- (CRE, a. 132) y leyes orgánicas -destinadas a aquellas materias establecidas en el artículo 133 de la misma Constitución-, obedecería al reconocimiento de la existencia de asuntos de tal importancia para el Estado y los ciudadanos, que su restricción y/o limitación, necesariamente debía contar con un consenso y procedimiento de aprobación de mayoría absoluta por parte del poder legislativo.

Es necesario resaltar que, las materias que deben ser normadas de forma exclusiva por leyes orgánicas, son: aquellas que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por el texto constitucional, las que normen el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, las que prevean la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos

autónomos descentralizados (provinciales, municipales o parroquiales) y, las relativas al régimen de partidos políticos y sistema electoral.

En esta línea de pensamiento es preciso destacar lo que Alexy (1993) señaló respecto de la reserva de ley, en el marco de su teoría de la restricción de los derechos fundamentales:

(...) pertenece al orden constitucional toda norma de rango constitucional como así también “toda norma que formal y materialmente sea conforme la Constitución”. Solo las normas de rango constitucional son restricciones directamente constitucionales. En la medida en que la cláusula “orden constitucional” permite la restricción a través de normas de rango inferior a la Constitución, es una cláusula de reserva: autoriza al legislador a establecer restricciones mediatamente constitucionales (pp.279-280)

Refiriendo el autor así que, la restricción de una norma establecida en la Constitución, mediante una ley de menor jerarquía, demanda de una autorización expresa que debe estar consagrada en el mismo texto constitucional, esto en relación expresa a los derechos fundamentales y su limitación, que requieren además de una categoría de competencia -para el legislador-, que no alcanzaría, de acuerdo al autor, para una derogatoria de ley, en razón de solo preverse una facultad de reforma o restricción, ello, como lo define el mismo Alexy toda vez que ésta es una “competencia enmarcada por deberes, iusfundamentales de protección” (p.281).

A decir de García de Enterría (1997), la limitación de los derechos, efectuada mediante ley, debe ser el resultado de la participación ciudadana, así:

La democracia encuentra su expresión en la Ley, obra de la voluntad general y ordenada a la articulación recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entre sí. Más aún: cuando en la formación de la Ley se hizo apenas simbólica la participación ciudadana, que es la base precisamente de la idea de voluntad general, cuando se volatiliza virtualmente, a través de representaciones populares convencionales, la construcción democrática de la Ley, esta seguirá manteniendo su prestigio como instrumento óptimo de ordenación social (*sic*) (p.85).

Donde el autor ha enfatizado en que la legitimidad de la ley proviene de la voluntad general del pueblo, expresada desde sus representantes populares. Por

tanto, la ley y la democracia son las que permiten el desarrollo de los derechos y su limitación, ya que todas las decisiones corresponderán a procesos donde intervengan todos los ciudadanos, democráticamente representados. Así, de forma implícita se establece la relación del principio de reserva de ley con la limitación de los derechos, cuando se determina que es el soberano, legítimamente representado, el que tiene la facultad de construir la ley.

Complementariamente, Gavara de Cara (2007) avanza en la construcción teórica de los derechos fundamentales mediante ley, señalando que ésta es insuficiente sino existen mecanismos para su exigencia, habiendo puesto de manifiesto que:

Desde un punto de vista material, la principal problemática que plantea la reserva de ley en materia de derechos se relaciona con el contenido material y funcional de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales.

(...) el contenido material de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales puede basarse en las actividades de intervención en el derecho fundamental, entendida como una modificación restrictiva no contraria a la Constitución de alguno de los elementos configuradores de los derechos fundamentales (titular, destinatario y objeto) con la finalidad de que no forme parte del contenido y ejercicio del derecho, hasta la configuración del derecho fundamental, entendida como dotación del contenido de alguno de los elementos configuradores de los derechos fundamentales para facilitar su ejercicio del derecho fundamental (pp.287-288)

Donde el autor ha señalado que, el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional, que puede implicar lo pertinente a su configuración o restricción, debe prever mecanismos para su ejercicio, demanda y protección, toda vez que la “regulación legal” es necesaria para la protección material de esos derechos fundamentales.

Por tanto, los autores antes citados han enfatizado en la necesidad de legitimidad de los organismos facultados para la construcción de leyes, cuya designación debe responder a principios democráticos para la validez de sus actuaciones y sobre todo, de su producción jurídica. Asimismo, se colige que en lo

relevado existe acuerdo respecto de la esencia del principio de reserva de ley, entendida como la obligatoriedad de efectuar el desarrollo o la restricción de derechos mediante norma. Finalmente, de lo antes citado se destaca que, la construcción jurídica que enuncia derechos es insuficiente para la garantía de su efectivo goce, ya que son necesarios mecanismos para su exigibilidad, mismos que consagrados en los textos constitucionales, deben también ser parte de la ley.

Por otro lado y en materia tributaria, como aquella que por excelencia ha sido objeto de la reserva de ley en la evolución constitucional ecuatoriana, debe ser destacado lo manifestado por César Montaña (2011) en relación al concepto de reserva de ley:

(...) la Constitución ha de proveer seguridad jurídica en relación al ordenamiento impositivo, para materializar los valores y los principios fundamentales (...) Lo cierto es que tanto el principio de legalidad como el de reserva de ley son cimientos que condicionan la producción normativa en la materia tributaria; su inobservancia podría ocasionar la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición violatoria (...) con el primero, se entiende que los tributos deben ser establecidos por los órganos legislativos correspondientes, conforme determinan la Constitución y las leyes (...) Con el segundo, solo la ley puede afectar a la esfera de la propiedad y de la libertad de cada individuo, así –según Andrea Fedele– la soberanía encuentra un cauce de expresión en la ley tributaria, que es fuente directa de la relación jurídico-impositiva (pp.45, 53-54).

Siendo que el autor define como un “valor del Estado constitucional de derechos y justicia” el aseguramiento de reglas jurídicas para la participación democrática en la definición de tributos, así como resalta la necesidad de la intervención de la ley en la restricción de derechos, para el caso, los derechos del contribuyente que es conminado a un pago que afecta su patrimonio o su propiedad.

Finalmente, es imperativo citar a Storini (2009) cuando advierte que la reserva de ley orgánica permite el desarrollo de elementos básicos de los derechos y sus garantías, que se constituye en la “rigidez formal” que permite su protección de lo que la autora denomina como: “modificaciones parlamentarias coyunturales”:

Los derechos consagrados en la Constitución están sometidos a reserva de ley ordinaria y orgánica. El legislador deberá respetar su contenido esencial, ya que este contenido vincula a todos los poderes públicos que deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Igualmente, para su ejercicio y garantía no podrán exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución.

(...) Es preciso señalar que la reserva de ley orgánica no implica que las demás normas jurídicas no puedan incidir en los derechos fundamentales. Ello sería del todo imposible ya que son muy pocas las normas jurídicas que, mediata o inmediatamente, no guarden relación con algún derecho.

(...) Por otro lado, el margen de actuación de las leyes orgánicas está limitado. La rigidez formal que caracteriza a las leyes orgánicas va acompañada de una limitación material, en prevención de que un abuso de legislación orgánica produzca un mayor daño al ordenamiento que bloquee la posterior actuación del legislador (pp.290-293).

Siendo que la autora ha destacado que, al todas las leyes incidir o guardar relación con algún derecho, el ordenamiento jurídico podría estar conformado solo por leyes orgánicas -rigidez formal-. Sin embargo, es el ámbito material de esas leyes -desarrollado mediante norma ordinaria-, el que permitirá su adecuación y la regulación de otros espacios. Por lo que, la reserva de ley orgánica garantiza que se “desarrollen los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho que se trate y sus garantías” (Storni, 2009, p.293), dejando a las leyes ordinarias el desarrollo de los aspectos que no se refieran al contenido esencial del derecho. Esto permite además, la limitación de la actuación del legislador al que sea su ámbito de competencia, conforme lo determinado en la Constitución.

En consecuencia de lo expuesto, y en base a lo enunciado por los autores antes citados, se colige que las características del principio de reserva de ley podrían resumirse en los siguientes postulados:

- La reserva de ley se constituye en una garantía del orden democrático, toda vez que coadyuva a la limitación del poder del ejecutivo, demandado del conocimiento, discusión y aprobación mediante mayoría absoluta de normas que limiten o restrinjan

derechos fundamentales, entre otros aspectos de importancia trascendental para el Estado o sus ciudadanos.

- Este principio fundamenta su eficacia en la necesaria legitimidad que el Legislativo debe tener como representante del pueblo. Dicha característica es imprescindible para la aceptación y observancia de aquello que sea limitado vía ley orgánica.
- Este principio destaca la necesidad de la división de las funciones del Estado para la garantía de los derechos y la limitación del poder, de allí que su origen date de las luchas contra el absolutismo y las arbitrariedades de los monarcas y se encuentre en plena vigencia hasta el día de hoy. La limitación de ese poder vendría dada en primera instancia por la división de funciones y la determinación de competencias.
- La reserva de ley puede ser efectuada por vía orgánica y ordinaria, explicándose la diferencia en la relevancia de la materia -a reglar, limitar, restringir- para los ciudadanos y el Estado. De forma destacada se encuentran en el ámbito orgánico, los derechos fundamentales, su contenido esencial y su garantía.
- A través de este principio se ha establecido una condición adicional referida a la importancia del texto constitucional en el ordenamiento jurídico, esto es, que tanto el procedimiento como la competencia del órgano con facultad para la restricción de derechos deben estar debidamente señaladas en ella, no solo como garantía del orden democrático sino también en virtud de la seguridad jurídica que debe prevalecer en un Estado de derechos y justicia.
- El principio de reserva de ley es una garantía de tipo abstracto ya que tutela los derechos de individuos indeterminados, ello, por su objetivo de que las limitaciones de las libertades sean efectuadas en el marco de una ley orgánica con efectos generales, sin referir a grupo humano alguno como su destinatario.

La reserva de ley como garantía normativa de los derechos constitucionales

En el Estado constitucional de derechos y justicia que se consolidó con la vigencia de la Constitución de 2008, surgieron principios rectores que prevén la supremacía de este texto (art. 424), la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías constitucionales (art. 11.3), la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la efectiva vigencia de los derechos (art. 11.5), la necesaria adecuación formal y material de las normas a los derechos previstos en la carta política (art.84), así como lo pertinente a la separación de poderes (art. 225) como garantía del orden democrático. Estos elementos, entre otros, han hecho merecedor al Estado ecuatoriano de la denominación de “garantista”.

En esa misma línea debe ser señalado que, los artículos 84 a 86 del texto constitucional consagran las garantías constitucionales como mecanismos de protección de los derechos humanos previstos en esta Carta Política, así como en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, toda vez que permiten su exigencia plena y facultan su ejercicio a través de sus diferentes ámbitos de acción.

En tal sentido, las garantías normativas están configuradas de la siguiente forma:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades (CRE, art. 84).

Lo que prevé la existencia de un ordenamiento armónico en todo el sistema normativo infraconstitucional, producido por la correspondencia que debe existir entre las normas y lo estipulado en la Constitución, así como la prevalencia de la necesaria fuerza vinculante de aquello que ha sido enunciado en los instrumentos supra nacionales, ya que deberá primar la aplicación y vigencia del principio *pro homine*.

Por otro lado debe ser mencionado que, la reserva de ley ordinaria está prevista para las denominadas “normas generales de interés común”, así como a las materias señaladas en la Constitución. Entre ellas podemos citar a la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, la tipificación de infracciones

y establecimiento de sanciones, la creación o modificación de tributos, los deberes, responsabilidades y competencias de los gobiernos autónomos descentralizados, la modificación de la división político administrativa del país, y el otorgamiento a organismos públicos de control y regulación de la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que ello signifique que puedan alterar o innovar las disposiciones legales (CRE, art. 132).

Esta diferencia destaca la importancia del principio de separación de funciones, configurado de forma especial para evitar concentraciones de poder, así como para asegurar el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, tal y como la Corte Constitucional lo ha previsto en su sentencia No. 38-13-IS/19 cuando señaló que:

Con respecto a la materia que sendas leyes pueden desarrollar -orgánicas y ordinarias-, la CRE establece una reserva máxima legal para la ley orgánica, por cuanto es el único instrumento normativo de interés común habilitado para regular el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, tal como lo establece el artículo 133 de la CRE. Esto, además encuentra asidero en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual en repetidas ocasiones ha reiterado que la regulación de derechos, lo cual puede implicar la limitación de los mismos, exclusivamente debe realizarse a través de una "ley en sentido formal y material" (pr.49).

De lo que resulta que, solo las materias reservadas a ley orgánica podrán permitir la restricción de derechos, tornando en necesaria la diferenciación entre los mecanismos de protección de los derechos y garantías constitucionales y, las garantías -normativas, de políticas públicas o jurisdiccionales-. Los primeros constituyen enunciados normativos determinados en la Constitución para la protección de los derechos frente a las arbitrariedades del Estado (como es el caso de la reserva de ley) y, las segundas son "fórmulas de protección de los derechos que se hacen efectivas a través del aparataje jurisdiccional" (Oyarte, 2021, p.220), pudiendo efectuarse su reclamo o exigencia por la vía judicial.

Nuestro ordenamiento prevé además de lo antes mencionado, la existencia de otros cuerpos normativos que regulan, mandan o prohíben lo pertinente a su materia de desarrollo, entre ellos, de conformidad al artículo 425 tenemos: las

normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y resoluciones, y otros actos y decisiones de poderes públicos.

En ese contexto, debe referirse lo pertinente a la facultad del Presidente de la República prevista en la Carta Política, para emitir Decretos (art. 147.5) y Reglamentos (art. 147.13) así como para presentar proyectos de ley (art. 147.11), con salvedades de procedimiento establecidas para el tratamiento de proyectos en materia económica calificados de urgentes. Resulta curioso resaltar que, el artículo 425 *ibid.* determina cierto rango constitucional para los denominados “decretos y reglamentos”, sin embargo para el profesor Oyarte (2021) “el decreto en nuestro país no constituye una categoría normativa” (p.229), siendo que, los reglamentos que emite el Presidente, en ejercicio de la facultad antes referida, se denominan Decretos Ejecutivos.

Existe un caso adicional previsto por el texto constitucional que se activa en caso de que el Presidente de la República disolviera la Asamblea Nacional, circunstancia en la cual éste asumiría la facultad legislativa en materia económica -únicamente- y previo dictámen de la Corte Constitucional (art. 148). Lo antes relevado pone en evidencia que el constituyente determinó con cierta claridad el sentido y alcance de los cuerpos normativos que podrían ponerse en vigencia para la regulación de las relaciones de la sociedad ecuatoriana, ello de forma amplia y en respeto a los principios democráticos exigidos por un Estado constitucional del derechos y justicia.

Consecuentemente, siendo un objetivo primordial de todas las instituciones que conforman el Estado la protección de los derechos constitucionales, su limitación a través de ley orgánica expedida mediante procedimiento legislativo de mayoría absoluta, esto es, la reserva de ley, se constituye también en una garantía normativa del modelo garantista ecuatoriano, que exige, para la limitación o restricción de un derecho, el cumplimiento de mecanismos democráticos de proposición, discusión y sanción, articulados desde un organismo que goce de legitimidad y represente la voluntad del pueblo, esto, bajo prevenciones de declaratoria de inconstitucionalidad, lo cual es coherente con la naturaleza prevista para los Reglamentos, Decretos y demás cuerpos normativos del ordenamiento

jurídico nacional cuya materialización y especificidad, podría corresponder al ejercicio discrecional del poder del ejecutivo.

Los derechos de la naturaleza en el Ecuador y principios constitucionales relacionados a su aplicación

En Ecuador a partir de la Constitución (CRE) del 2008, la naturaleza es reconocida como sujeto de derechos lo que en el Estado constitucional de derechos y justicia significa que, ella es titular de lo siguiente: el respeto integral a su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales (art. 71) y, la restauración (art. 72). Además, entre los deberes del Estado se encuentra la protección del patrimonio natural (art. 3.7) y entre aquellos de los ecuatorianos, tenemos el respeto de los derechos de la naturaleza, la preservación de un ambiente sano y el uso de los recursos naturales de forma racional, sustentable y sostenible (art. 83.6).

Se evidencia la relevancia de la categoría garantista del texto constitucional en materia ambiental cuando por ejemplo se consagra a la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos, contenida en el artículo 411 como una garantía que se constituye en uno de los deberes fundamentales del Estado, habiéndose establecido que: “la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua” (*ibid.*) lo cual, eleva la categoría de protección del recurso natural agua, en razón de haberse determinado su relevancia natural para el hombre y por ende, la necesidad de su protección jurídica.

Sin embargo, lo antes referido debe diferenciarse de aquello que tiene relación con los derechos humanos del buen vivir, que prevén las garantías de los ecuatorianos a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art.14), a la promoción del Estado para el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto (art. 15), los derechos de las personas a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir (art. 74) y el derecho fundamental e irrenunciable al agua, que además se consagra como patrimonio nacional estratégico, de uso público, inalienable, imprescriptible, inenbargable y esencial para la vida (art. 12).

Lo antes destacado permite colegir que la norma suprema diferencia con debida claridad los derechos humanos sobre el ambiente, que constituyen la razón de ser del derecho ambiental y, los derechos de la naturaleza como sujeto de ellos - propios-, lo que en palabras del profesor Zaffaroni (2011) puede ser sintetizado en lo siguiente:

La naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo estaría acotada por el criterio del *sumak kawsay*. Y lo más importante es que, al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, ésta adquiriría la condición de *tercero agredido* cuando se la atacara ilegítimamente y, por ende, se habilitaría el ejercicio de la legítima defensa en su favor (legítima defensa de terceros) (p.142)

Donde el autor ha subrayado la necesidad de cambio de visión del hombre y el logro de su buen vivir a través del uso de lo que la naturaleza provee, que habiendo sido desmedido e incluso ilimitado -considerando las restricciones propias impuestas por los recursos naturales no renovables y todo aquello vivo que se ha extinguido-, exige de una nueva concepción de uso no abusivo, racional y sustentable, que redunde en el reconocimiento y respeto de los derechos de aquello que el maestro Zaffaroni denomina lo “no humano”.

Al respecto, la Corte Constitucional en sus sentencia No.166-15-SEP-CC (2015) ha enunciado que:

Los derechos de la naturaleza constituyen una de las innovaciones más interesantes y relevantes de la Constitución actual, pues se aleja de la concepción tradicional “naturaleza-objeto” que considera a la naturaleza como propiedad y enfoca su protección exclusivamente a través del derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, para dar paso a una noción que reconoce derechos propios a la naturaleza. La novedad consiste entonces en el cambio de paradigma sobre la base del cual, la naturaleza, en tanto ser vivo, es considerada un sujeto titular de derechos. En este sentido, es importante resaltar que la Constitución de la República consagra una doble dimensionalidad sobre la naturaleza y al ambiente en general, al concebirla

no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho, sino también como un sujeto independiente y con derechos específicos o propios (pp.9-10).

Pronunciamento dentro del cual la Corte refiere la doble dimensión de la naturaleza, que en razón de su esencia y características propias, hace necesaria la garantía formal y material de sus derechos, así como aquella que permite al ser humano su existencia a través de su aprovechamiento -objeto-, lo cual significa un inevitable cambio de pensamiento que la conciba con una lógica diferente, esto es, como un ser vivo, complejo e independiente, sujeto de derechos.

Continuando con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es preciso indicar lo que ha puesto de manifiesto a través de la sentencia No. 218-15-EP-CC (2015) y reza:

Es preciso señalar que los derechos de la naturaleza -Pachamama- constituyen una de las mayores novedades de la Constitución ecuatoriana vigente, al reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, al contrario del paradigma tradicional que la considera como objeto de propiedad y mera fuente de recursos naturales (...) es evidente que la Constitución ecuatoriana tiende a una perspectiva biocéntrica de relación “naturaleza-sociedad” en la medida en que reconoce a la naturaleza como ser vivo y como dadora de vida y por tanto, fundamenta el respecto que le deben los seres humanos en su valoración como ente titular de derechos más allá de su utilidad para las personas (pp.9-11).

Manifestaciones de la Corte que evidencian que la jurisprudencia nacional ha abierto un nuevo capítulo para el desarrollo de criterios que superan el utilitarismo y reconocen el cambio de las relaciones del hombre y la naturaleza, en virtud de la importancia determinante de ésta como ser vivo y por tanto, conforme su categoría de sujeto de derechos.

Claros ejemplos de jurisprudencia reciente en los que han sido desarrollados y tutelados estos derechos se encuentran en las sentencias No. 253-20-JH/22 (caso de la mona Estrellita) y No. 2167-21-EP/22 (caso río Monjas) a través de las cuales se reconoció que: los animales silvestres son sujetos de derechos por formar parte de la naturaleza, a la luz de los principios de interespecie e interpretación ecológica,

de la misma forma que, el río Monjas es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza, esto es, a que se respete su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales. Por ende, no es solo la norma la que permite tutelar los derechos antes referidos, es además la jurisprudencia la que lo hace posible, consolidando así el Estado garantista de derechos y justicia que la norma suprema consagra en su primer artículo.

Procede ahora una breve revisión de la historia de la evolución internacional de la protección de la naturaleza, debiendo en iniciar con los 27 principios de la Declaración de Estocolmo (1972) que fueron producto de la primera Conferencia de las Naciones Unidas por el Medio Ambiente Humano y donde se reconoció el derecho humano a un medio ambiente sano, habiendo además sido esbozada la responsabilidad que devenía de ello:

El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras (Principio 1).

Este enunciado pretendía constituirse en una guía para la conservación del medio ambiente toda vez que su adopción, permitiría el ejercicio del derecho de las personas a un ambiente sano. A esa fecha, el ejercicio de ese derecho se veía afectado por los efectos de la industrialización, que en su objetivo de lograr un mayor crecimiento económico, trajo consigo la evidente contaminación de los recursos naturales -aire, agua, suelo, etc- y su agotamiento, lo que afectaba el proclamado bienestar presente y ponía en riesgo aquel del futuro.

Luego de Estocolmo fue creada la Comisión de Brundtland (1983) cuyo Informe de 1987 fue el elemento más destacado en defensa de la naturaleza, en especial, por haber señalado que el desarrollo y el ambiente no son contrarios. En 1988 se advirtió a la comunidad internacional sobre el calentamiento global a través del Grupo Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), que llamó la atención sobre la inminente necesidad de reducir los gases de efecto invernadero (GEI) -de 60% a 80% a la época- por ser producto de las emisiones de las actividades industriales principalmente.

Siguió Río de Janeiro con su Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), que a través de sus 27 principios resaltó las que debían ser las obligaciones de los estados en la protección del medio ambiente. No fue sino hasta 1992 que se celebró la Convención Marco de Naciones Unidas contra el Cambio Climático, que se buscó fortalecer la conciencia pública y generar compromisos en torno a los efectos de este flagelo que ya se evidenciaban como irreversibles.

Producto de ello surgen la Conferencia de las Partes (COP) y la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) para lograr el compromiso de los países que se adhirieron al reto de reducir los GEI para precautelar los recursos naturales de las que se denominaron generaciones futuras. Así, de cada Conferencia de Partes (COP) -hasta noviembre de 2021 fueron celebradas 26- han sido suscritos instrumentos internacionales de gran relevancia como el Protocolo de Kioto (1998, COP3) o el Acuerdo de París (2015, COP21) que destacan la importancia que el tema ambiental tiene para el para mundo, en especial, aquello relacionado con la conservación y uso racional y sostenible de la naturaleza, no solo para su disfrute sino para la sobrevivencia de las generaciones presentes y futuras.

En base al marco internacional de protección antes relevado, la Constitución de Montecristi fortaleció el sistema de garantías de los derechos de la naturaleza mediante la enunciación de principios, cuya importancia no solo radica en el hecho de que fueron ellos los que constituyeron el origen del derecho ambiental, sino que además, han permitido la orientación de las políticas públicas para la conservación y aprovechamiento sustentable de la naturaleza y sus recursos, así como el desarrollo normativo vigente expedido a través del Código Orgánico de Ambiente (CODA, 2018) y su Reglamento (2019).

Entre los principios ambientales consagrados en la norma suprema encontramos a los siguientes:

Principio de sostenibilidad o desarrollo sostenible: Incorporado en el numeral 1 del artículo 395 del texto Constitucional, numeral 6 del artículo 8 del CODA y mismo que corresponde a la definición que se hiciera en el Informe de Brundtland (1987) que reza: “5.1. Reconociendo derechos y deberes (...) Reconocimiento por los Estados de su obligación de asegurar un medio ambiente

adecuado para la presente y futuras generaciones es un paso importante hacia el desarrollo duradero” (pr.82) destacándose que para poder alcanzar la sostenibilidad era necesario entender las problemáticas ambientales -sus causas y consecuencias- así como lograr una articulación de factores económicos, sociales, culturales y políticos, ya que solo así podrían enfrentarse los desafíos que hasta ese momento evidenciaban una situación global compleja de contaminación con grandes impactos en la naturaleza.

En tal sentido, nuestro ordenamiento constitucional incorpora este postulado como garantía del Estado de un “modelo sustentable, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas” de modo de satisfacer las necesidades actuales sin menoscabar aquellas futuras.

Principio de prevención: Previsto en el artículo 396 de la Constitución y en el numeral 8 del artículo 9 del CODA se configura para la actuación del Estado, frente a la certidumbre de daño ambiental, mediante la implementación de políticas y medidas oportunas. De acuerdo al Principio 17 de la Declaración de Río, toda actividad que pueda ocasionar daño al ambiente debe realizar un proceso de evaluación ambiental y someterlo a la Autoridad Ambiental competente.

Conforme la legislación infraconstitucional ecuatoriana, la determinación del riesgo potencial de toda actividad se efectúa a través de una categorización que podría requerir de la elaboración de estudio de impacto ambiental, que dependiendo de las condiciones establecidas por el Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica (MAATE), se constituye el fundamento para la definición de un plan de manejo ambiental, donde constan las medidas para prevenir, mitigar y/o compensar los potenciales impactos que hubieran sido determinados. Lo cual es concordante además, con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 397 del texto constitucional.

Principio precautorio: Desarrollado en el artículo 396 del texto constitucional y en el numeral 7 del artículo 9 del CODA a partir de lo establecido en el Principio 15 de la Declaración de Río (1992). A través de este principio se conmina a los estados a adoptar medidas eficaces y oportunas de protección frente a posibles riesgos ambientales, con el fin de prevenir, evitar, reducir, mitigar o cesar afectaciones. Este principio opera frente a la falta de evidencia científica o en casos

de conocimiento incompleto sobre los impactos potenciales de una determinada actividad en el ambiente. Este precepto se constituye en el refuerzo de aquel de prevención.

En la misma línea de protección, el artículo 73 *ibid.* determina que: “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” lo cual demanda de una acción estatal de control previa que obligue a los operadores de actividades a implementar todas las medidas necesarias frente a las certezas, que siendo técnicas y/o científicas -provenientes de los estudios de impacto ambiental-, evidencien los impactos esperados de sus obras o proyectos en la naturaleza.

Además, la norma suprema establece a través de su artículo 313 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” ratificando lo relevado a través de los dos enunciados anteriores y obligando a que todas las iniciativas referidas a la gestión de las actividades a su cargo, observen los principios constitucionales así como se efectúe la garantía de los derechos de la naturaleza.

Aplicación transversal de políticas de gestión ambiental: Este postulado está definido en el numeral 2 del artículo 395 de la Constitución y determina que dichas políticas serán “obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional”, lo cual destaca el necesario enfoque transversal que el tema ambiental debe tener en los aspectos de competencia del Estado y, en especial, subraya la relevancia de cumplimiento de lo que fuere dispuesto desde el accionar público y los ciudadanos.

Este enunciado complementa el de soberanía consagrado como Principio 2 en la Carta de Río.

Principio de participación activa de personas, pueblos y nacionalidades en materia ambiental: Que consta en el numeral 3 del artículo 395 del texto constitucional y prevé la garantía de participación activa y permanente de las personas afectadas o beneficiadas por actividades que generen impactos ambientales en su “planificación, ejecución y control”. Su desarrollo corresponde

al Principio 19 de la Declaración de Río y se complementa con lo dispuesto en los artículos 388 y 399 *ibid.* y los artículos 9 numeral 6 y 184 del CODA.

Aquí se acredita al control social que debe efectuarse en territorio de forma complementaria a aquel que es de responsabilidad del Estado en materia ambiental, así como se garantiza el conocimiento y acceso a la información de “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas” que, debidamente facultadas por la Constitución deberán efectuar el seguimiento al cumplimiento de las medidas de prevención y mitigación que hubieren sido planificadas y socializadas por parte de ejecutores o gestores de actividades y que irremediablemente generarán impactos en el medio ambiente.

Consulta previa e informada: Establecida mediante el artículo 398 de la Constitución para la garantía de participación individual o colectiva en todas las decisiones del Estado que pudieran afectar al ambiente. Se determina la responsabilidad del Estado en la garantía del acceso oportuno y amplio a la información, así como de lo pertinente al principio de publicidad. Por otra parte, se dispone aquello acorde a la corresponsabilidad ciudadana que deberá participar y emitir sus opiniones y criterios para su consideración y adopción, de así ser el caso. Además, se establece lo que procederá si existiera oposición mayoritaria de las comunidades, sin embargo, ello se limita a la emisión de un acto motivado y la correspondiente ambigua remisión a la Ley.

Principio de soberanía: Establecido como el Principio 2 de Río y previsto en el texto constitucional como parte de su artículo 1, toda vez que determina que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado constituyen patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. Por tanto, se consagra el derecho soberano del Estado para aprovechar su riqueza natural de conformidad a las políticas públicas que dicte al efecto.

De forma complementaria, a través del numeral 4 del artículo 397 de la Carta Política se garantiza el aseguramiento de la “intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se asegure la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas” mediante la acción del Estado.

Tutela estatal sobre el ambiente: La Constitución determina en su artículo 399 que la tutela estatal sobre el ambiente así como la corresponsabilidad ciudadana se articularán “a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza”. Esta potestad recae en el Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica (MAATE) que conforme lo determinado en el artículo 23 del CODA es la Autoridad Ambiental Nacional y, en esa calidad, le corresponde la rectoría, planificación, regulación, control, gestión y coordinación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental.

Principio de subsidiariedad: Desarrollado en los Principios 20 a 22 de la Declaración de Río y recogido en la Constitución de Montecristi en el artículo 397 así como en el numeral 10 del artículo 9 del CODA -en concordancia con lo determinado en el artículo 294 *ibid.*-. Prevé la eficacia e inmediatez de la intervención estatal “para la garantía de la salud y la restauración de los ecosistemas” ello, en caso de daños ambientales. Lo antes destacado implica que la activación de este postulado depende de la ocurrencia de daño, lo cual es complementario a lo previsto por los principios de prevención y precautorio, toda vez que faculta la posibilidad de actuación del Estado, a costo de responsable, ya sea de forma exclusiva o complementaria.

Este principio también es conocido como “corrección en la fuente” toda vez que implica la reparación del daño ambiental en su origen, es decir, el momento y lugar donde se hubiera producido.

Principio quien contamina paga: El artículo 396 del texto constitucional, así como el numeral 4 del artículo 9 y en el artículo 10 del CODA, en concordancia con lo determinado por el Principio 16 de la Declaración de Río establecen que, todo aquel que genere daños al ambiente deberá correr con los costos de la reparación, remediación y/o restauración conforme corresponda, lo que no exime a dicho responsable de efectuar -en forma oportuna- los controles necesarios así como implementar las medidas de prevención que sean del caso para evitar una indeseada ocurrencia de daño ambiental.

Principios complementarios relacionados con la justicia ambiental.

En forma complementaria y para hacer efectivo el sistema de justicia ambiental encontramos en la norma suprema, entre otros, los siguientes principios:

Principio pro natura (*indubio pro natura*): Definido en el numeral 4 del artículo 395 de la Constitución así como en el numeral 5 del artículo 9 del CODA. Este postulado faculta la actuación estatal en beneficio de la naturaleza en caso de duda frente a actuaciones o posibles afectaciones en materia ambiental devenidas de actividades privadas o públicas. Además, prevé la promoción del Estado en mejor beneficio de la naturaleza así como lo pertinente al respeto integral a su existencia, conservación, restauración (CRE, arts.71 a 73) ello, en razón de su calidad de garante de derechos.

Su estrecha relación con el principio precautorio permite ampliar las obligaciones estatales frente a la potencial ocurrencia de daño, sea éste severo o mínimo -bajo nivel de riesgo- de modo de efectivizar los mecanismos que hayan sido previstos para una gestión ambiental eficiente y oportuna.

Principio de responsabilidad objetiva de daño: Previsto en el inciso segundo del artículo 396 cuando determina que “la responsabilidad por daños ambientales es objetiva” ello, aunque no exista dolo, culpa o negligencia. La norma infra constitucional señala además que, los responsables de obras, actividades o proyectos deberán mantener sistemas de control y prevención que eviten la ocurrencia de daños ambientales. Por tanto, frente a la sola existencia de afectación ambiental deberán implementarse las medidas de mitigación, reparación integral o restauración por parte del responsable de la actividad, obra o proyecto.

Principio de inversión de la carga de la prueba: Consagrado en el primer inciso del artículo 397 de la Constitución y en el artículo 313 del CODA, establece que será de responsabilidad del “operador o gestor” de la actividad, el probar lo pertinente a la existencia o no de daño ambiental, debiendo así desvirtuar la presencia del nexo causal conforme la acusación -denuncia- que haya sido efectuada.

Imprescriptibilidad de las acciones por daño ambiental: Constante en el inciso final del artículo 396 del texto constitucional y el artículo 305 del CODA, establece que “las acciones legales para perseguir y sancionar por daños

ambientales serán imprescriptibles” por lo que éstos serán delitos justiciables sin plazo para presentar demandas o acciones tendientes a la protección de los derechos de la naturaleza.

Principio de legitimación activa: Previsto en el inciso segundo del artículo 71 de la Constitución y el numeral 1 del artículo 397 *ibid.* para garantizar la reparación del daño y facultar a cualquier persona a que denuncie sobre la vulneración de los derechos de la naturaleza, sin necesidad de estar vinculado a su origen o efectos, o tener interés alguno en la causa. Asimismo, este principio conmina a los operadores de actividades a actuar en sujeción a los demás principios constitucionales que tutelan los derechos de la naturaleza.

Derecho a la reparación integral: Que de conformidad a lo determinado por el artículo 396 -inciso segundo- así como lo pertinente establecido en el numeral 9 del artículo 9 CODA implica la obligación del operador o gestor de la actividad responsable del daño, a restaurar de forma integral los ecosistemas, así como indemnizar a los afectados. Ello considera además, la ejecución de las medidas que sean necesarias para evitar recurrencias y revertir todos los impactos ocasionados.

Lo antes expuesto pone de relevancia el carácter integral que la Constitución otorga al tema ambiental, habiendo establecido en el Estado el deber de actuación en todos los ámbitos que pudiera implicar la ocurrencia de un daño ambiental (prevención, mitigación, restauración y reparación). Asimismo se prevé una amplia y activa participación social en esta materia, no solo en los procesos de toma de decisión sino además, en las acciones de control y denuncia. Estos elementos son concordantes con aquello proclamado en los instrumentos internacionales de protección del ambiente que de forma prioritaria, prevén la conservación y sostenibilidad de los recursos naturales para las generaciones futuras.

La naturaleza como sujeto de derechos

Uno de los debates contemporáneos del constitucionalismo se ha centrado en el reconocimiento de un ser vivo no humano como titular de derechos por lo que es necesario analizar cómo la Constitución ha desarrollado este reconocimiento para su materialización en la práctica jurídica.

En palabras del profesor Zaffaroni (2011):

La incorporación de la naturaleza al derecho constitucional en carácter de sujeto de derechos abre un nuevo capítulo en la historia del derecho, respecto del cual nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano (p.144).

De esta forma el autor destaca la importancia del necesario cambio de visión utilitarista del ser humano respecto de la naturaleza y lo que la integra, para poder transformar el derecho que históricamente ha tutelado todo aquello que protege a los seres humanos, toda vez que también debe resguardar a la naturaleza porque es en ella donde la vida es posible.

Así, el artículo 71 de la Constitución reconoce a la naturaleza como titular de derechos de la siguiente forma: “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” ante lo cual, Acosta y Martínez (2011) señalan lo siguiente:

Hablar de “derechos de la naturaleza” implica enfrentarnos a una paradoja no menor: cuando hemos logrado construir un marco de garantías normativas fundamentales y universales que protegen al ser humano, que le dignifican y que obligan a la humanidad a su respeto, de pronto hacemos nacer una nueva doctrina de derechos que se oponen al antropocentrismo tradicional, creando un biocentrismo que nos propone un nuevo punto de referencia -que ya no es el ser humano- desde donde observar y construir la relación entre el hombre y su entorno natural (p.376).

Lo que a decir de los autores implica que el constituyente debió superar el paradigma del antropocentrismo, que privilegió al ser humano como único sujeto de derechos y lo reconoció como centro del universo, para regresar su mirada al necesario equilibrio que debe existir entre la naturaleza -superando su condición exclusiva de proveedora- y los hombres. Esto obliga a dar un sitio preferente a la naturaleza en la búsqueda del “buen vivir” que el texto constitucional prevé en su Preámbulo de la siguiente forma: “Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

No obstante, es menester señalar que existen también prohibiciones y obligaciones que la misma Constitución ha impuesto en relación a los derechos de naturaleza y su ejercicio pleno.

Así, entre las prohibiciones tenemos: el desarrollo de actividades extractivas de recursos no renovables y la minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, zonas intangibles y centros urbanos (art. 407), al compromiso en instrumentos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza (art. 403), al uso de semillas transgénicas (art. 401), a la apropiación de recursos genéticos que contengan la diversidad biológica (art. 322), al desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, organismos genéticamente modificados, de la misma forma que la introducción de residuos nucleares (art. 15), entre otros enunciados cuyo objetivo es el asegurar el respeto integral a la existencia de la naturaleza y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales (art. 71).

Entre las obligaciones constitucionales encontramos a las siguientes: recuperar y conservar la naturaleza así como mantener un medio ambiente sano y sustentable (art. 276.4), la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales (art. 281.6), el establecimiento de una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza (art. 283), el respeto a los límites biofísicos de la naturaleza (art. 284), la promoción de formas de producción que aseguren el buen vivir y el desincentivo de aquellas que atenten contra los derechos de la naturaleza (art. 319), la protección de la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico (art. 389), la promoción de desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables (art. 413), la adopción de medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático (art. 414), el impulso a la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera (art. 416.13), las que se constituyen mandatos de hacer, que siendo responsabilidad del

Estado, necesariamente requieren para su efectiva consecución del involucramiento y participación de la ciudadanía.

Como bien lo destaca Ramiro Ávila (2012):

La Constitución de Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano.

(...) No es suficiente la creación de la categoría “derechos de la naturaleza” sino que se tiene que, algún momento, superar estas distinciones que, al dividir, debilitan la concepción holística de la existencia, de la vida, del universo.

(...) Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales (pp.142-146).

Lo que denota que, otorgar a la naturaleza la categoría de sujeto de derechos ha constituido un hito en el campo jurídico que debe necesariamente estar acompañado de un proceso de ruptura y reconstrucción del pensamiento. Ello implica el superar la concepción de utilidad y dar un sitio privilegiado a la importancia decisiva que tiene la naturaleza en la preservación de la vida de humanos y no humanos. Consecuentemente, no es un aventurismo del constituyente el haber efectuado este reconocimiento, era una necesidad en la lucha por la continuidad de la vida en el planeta.

Como corolario cabe señalar que el articulado que ha sido relevado permite evidenciar el cambio de visión constitucional de nuestro país, que superó las concepciones tradicionales y demandó de procesos de organización social y económica que permitieran la satisfacción de las necesidades actuales, en armonía y respeto con la naturaleza y sus ciclos vitales, así como la garantía de provisión para las generaciones futuras, lo que hoy significa el enorme reto de alcanzar el equilibrio entre el derecho de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano y los derechos de la naturaleza a su conservación y preservación.

Derecho a la restauración

Entre los temas de mayor preocupación del sistema jurídico ambiental internacional encontramos a las formas de reparación de los daños que se ocasionan a la naturaleza, principalmente, por los niveles de degradación y agotamiento de los recursos naturales. Ello ha motivado la construcción de tratados e instrumentos internacionales así como su adopción en los sistemas jurídicos internos con el objeto de precautelar los recursos naturales de las generaciones presentes y futuras.

A decir de Martínez (2011):

El telón de fondo sobre el que nacen los Derechos de la Naturaleza es, en gran medida, la emergencia planetaria frente a la destrucción de ecosistemas enteros. Emergencia que es el resultado de visiones y prácticas que consideran a la Naturaleza fuente inagotable de riquezas o depósito de desechos (p.7).

Postura a través de la cual la autora pone de manifiesto que la visión de uso y goce de la naturaleza, fundamentada en una concepción antropocéntrica, se ha agotado toda vez que los recursos naturales son finitos y cada día es más evidente su escasez y deterioro, por tanto, llama a la reflexión sobre la necesidad de cambios de actitud y paradigmas.

En este marco debe destacarse lo que el texto constitucional define como derecho a la restauración en su artículo 72 que reza:

La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Ante lo cual es menester acotar lo que la real academia española precisa como concepto del término *restaurar*: “reparar, renovar o volver a poner algo en el estado o estimación que antes tenía” lo cual implica, que aquello que fue afectado podrá ser reparado, por consiguiente, conservado en el tiempo. Así como la misma

fuentes señalan que el vocablo *daño* significa: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, maltratar o echar a perder algo” lo que podría equivaler a una pérdida parcial o total.

Por tanto, se establece en el ordenamiento constitucional la obligación de la restauración integral, diferenciándola de aquella económica que se precisa como “indemnización”, relevando que deberán ser implementadas las acciones necesarias para reparar los recursos afectados a costo del operador de la actividad o de forma subsidiaria a través del Estado, así como serán sujetos de pago aquellas personas que hubieren sido perjudicadas. Aquí, el Estado tiene responsabilidad directa respecto de las acciones dañosas de terceros, por la relevancia que el constituyente otorgó a la naturaleza, habiendo instrumentado para ello mecanismos para la garantía y reparación de sus derechos.

En palabras de Ávila (2010), lo antes mencionado puede resumirse de la siguiente forma:

La naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración (p.12).

Lo que el autor reclama con acierto y que representa la situación actual de agotamiento y detrimento de los recursos naturales por la acción del hombre, que hoy, debe situar su acción en la protección de lo que ha dejado y en la demanda de reparación y restauración, hasta que la naturaleza se regenere por sí misma.

En relación a la indemnización por daños ambientales, el autor Gudynas (2009) ha señalado:

Sin dejar de negar la importancia de proteger a las personas, y compensarlas en caso de daño, esa perspectiva debilita el compromiso biocéntrico y regresa la restauración al campo antropocéntrico clásico. Para superar esa limitación, deberían precisarse nítidamente dos campos de acción donde la reparación corresponde al ámbito de los derechos y garantías de las

personas, mientras que la restauración debería enfocarse sobre los ecosistema (p.39).

Lo que destaca la necesidad de claridad en los conceptos para un verdadero cambio de paradigma, en el cual se respete el derecho a la existencia de los seres vivos y los ecosistemas, y por tanto, se asegure su restauración, así como se garanticen los derechos de las personas y se efectivice su derecho a la reparación.

Por tanto, es indudable lo imperativo del desarrollo del derecho a la restauración en el ordenamiento jurídico nacional, toda vez que pretender una reparación integral, que no podrá devolver a la naturaleza a su situación inicial -esto es, antes del daño o la afectación producida-, así como reducir esa reparación a un concepto monetario -de pago-, resta importancia a los derechos de la naturaleza como sujeto con valor.

Esa concepción circunscribe a la naturaleza a una dimensión utilitarista y no a aquella que refiere los servicios ambientales tales como el paisaje, la fotosíntesis o los hábitat de especies, el ciclo hidrológico o los valores culturales y religiosos de los elementos naturales y seres vivos, como sujetos y objetos de valoración, por ser parte esencial de la naturaleza y por ende, también con derecho a ser restaurados.

Derecho a la existencia, mantenimiento y regeneración

La Constitución de Montecristi cambió la concepción antropocéntrica de los derechos al consagrar a la naturaleza como sujeto de ellos, demandando de la construcción de nuevo orden jurídico para su tutela y ejercicio pleno. Así, encontramos desarrollados en el texto constitucional derechos, principios y garantías que tienen como objetivo el logro de una coexistencia armónica entre los hombres y la naturaleza.

Para Alberto Acosta (2010) la relación de la naturaleza y el hombre podría ser definida así:

Para empezar la humanidad no está fuera de la Naturaleza. La visión dominante, incluso al definir la Naturaleza sin considerar a la humanidad como parte integral de la misma, ha abierto la puerta para dominarla y manipularla. Se le ha transformado en recursos o en “capital natural” a ser explotados. Cuando, en realidad, la Naturaleza puede existir sin seres humanos.

El autor ha resaltado la importancia que reviste la naturaleza para el hombre, cuya vida se desarrolla y sustenta en ella, a diferencia del significado que tiene para la naturaleza el que los hombres vivan por su provecho. Esto se constituye en una declaración indiscutible de la ruptura de paradigma y de la concepción jurídica de los derechos que necesariamente debe dejar de ser antropocéntrica.

Siendo ésta, presumiblemente, una de las razones por la cuales el constituyente habría consagrado en los incisos primero y tercero del artículo 71 de la Constitución de Montecristi lo siguiente:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

(...) El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Este derecho, así como los demás incorporados en el texto constitucional, en palabras del mismo Acosta (2011) deben ser comprendidos conforme se señala a continuación:

Estos derechos no defienden una naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo a dejar de tener cultivos, pesca o ganadera. Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Se puede comer carne, pescado y granos, por ejemplo, mientras se asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas (p.1).

Enunciado a través del cual el autor subraya la importancia de la coexistencia entre la naturaleza y los seres humanos, toda vez que es ella la que permite esa existencia y provee lo necesario para la vida, por lo que toda actividad o aprovechamiento debe ser planificado y debidamente determinado como impacto para el diseño de medidas de prevención y mitigación ambiental, en forma previa a su ejecución.

En forma adicional, el autor destaca la necesidad de una “nueva ética para organizar la vida misma” siendo un paso clave que los objetivos económicos estén “subordinados a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana y la mejoría de la calidad de vida de las personas” (Acosta, 2010, p.1).

De lo que se puede colegir que, no son excluyentes los objetivos de respeto integral de la existencia de la naturaleza -cuyo incentivo es una obligación estatal o un compromiso devenido de un instrumento internacional-, o el efectuar un aprovechamiento sustentable para la supervivencia humana, siempre y cuando, se respeten las leyes de la naturaleza y se alcance el buen vivir a través de una coexistencia equilibrada.

Medidas de precaución y restricción de actividades vulneradoras de derechos

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituyó un hito para el ordenamiento jurídico nacional, así como también significó la necesidad de reforma de los contenidos infra constitucionales, en razón de lo dispuesto en el artículo 424 de la Carta Política que reza: “Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

Ante ello y en razón de los postulados constitucionales que reconocen derechos humanos relativos a recursos naturales como el agua (art. 12) o refieren limitaciones para el desarrollo de actividades como la minería (art. 407) tal como ha sido ya enunciado, la normativa ambiental y en especial, los principios de precaución y prevención ambiental, cobran una importancia preponderante en el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos de la naturaleza y la observancia plena de la norma suprema (arts. 11.4, 11.8, 85.2 y 424).

De esta forma, el Código Orgánico de Ambiente -CODA- que tiene por objetivos la garantía del derecho de las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza para la realización del buen vivir (art. 1), regula lo pertinente a los derechos, deberes y garantías ambientales contenidos en la Constitución. Sin embargo, el segundo inciso de su artículo 2 dispone lo siguiente:

La regulación del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables y de todas las actividades productivas que se rigen por sus respectivas leyes, deberán observar y cumplir con las disposiciones del presente Código en lo que respecta a la gestión ambiental de las mismas.

Dejando establecido que, el desarrollo de toda actividad en el territorio nacional, relacionada con recursos naturales no renovables -como el petróleo o los minerales- así como todas las actividades productivas, deberán observar lo determinado en esta norma orgánica para su gestión ambiental.

Por tanto, siendo la responsabilidad ambiental del Estado y de todas las personas naturales y jurídicas sin distinción, amplia y de tipo objetivo (CODA, arts. 10 y 11) se establece como herramienta para la determinación y regulación de los principios, normas, procedimientos y mecanismos para la prevención, control, seguimiento y reparación de la contaminación ambiental, al Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA) (CODA, art. 160) cuyo rector es el Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica (MAATE) que actúa en calidad de Autoridad Ambiental Nacional (AAN).

Como primera medida de prevención ambiental este Código establece la obligatoriedad para que “todo proyecto, obra o actividad, así como toda ampliación o modificación de los mismos, que pueda causar riesgo o impacto ambiental” cumpla con las disposiciones y principios que rigen al SUMA (art. 162), siendo que, a la luz de este postulado y en consideración de que cualquier actividad genera impacto, el vocablo “todo” incluye a cualquier actividad que se desarrolle en el territorio nacional.

Se determina también como obligatorio el contar con una autorización ambiental para la ejecución de “proyectos, obras y actividades públicas, privadas y mixtas, en función de las características particulares de estos y de la magnitud de sus impactos o riesgos ambientales” (art. 172), permiso que demanda del cumplimiento de un procedimiento administrativo denominado “regularización ambiental” que, de conformidad a lo determinado al respecto por el artículo de marras, prevé lo siguiente: “el impacto ambiental se clasificará como no significativo, bajo, mediano o alto. El Sistema Único de Información Ambiental (SUIA) determinará automáticamente el tipo de permiso ambiental a otorgarse”.

Lo que necesariamente significa que, cada actividad cuenta con una clasificación previamente determinada por la AAN, establecida en función de los potenciales impactos que ocasionaría al ambiente (art. 174), misma que definirá el tipo de autorización a obtener por parte del operador así como los requisitos que deben ser cumplidos para ello.

En caso de actividades determinadas como de impacto ambiental no significativo la observancia de las denominadas “guías de buenas prácticas ambientales” dictadas por la AAN es facultativo (art. 178), así como no es requisito que se regularicen. En ellas constan medidas ambientales tales como la disposición adecuada de residuos, la reducción y optimización de uso de energía, el uso de detergentes bio degradables, entre otros.

Las actividades categorizadas como de bajo impacto ambiental deberán regularizarse mediante “un plan de manejo ambiental específico, de conformidad con la normativa secundaria que se expida para el efecto” (art. 178) siendo que, para aquellas denominadas de mediano y alto impacto o riesgo, deberán elaborarse estudios de impacto ambiental (EIA) “para una adecuada y fundamentada evaluación, predicción, identificación e interpretación de dichos riesgos e impactos” (art. 179).

El mismo artículo señala que el contenido de estos estudios corresponderá al siguiente detalle:

Descripción de la actividad, obra o proyecto, área geográfica, compatibilidad con los usos de suelo próximos, ciclo de vida del proyecto, metodología, herramientas de análisis, plan de manejo ambiental, mecanismos de socialización y participación ciudadana, y demás aspectos previstos en la norma técnica.

Cabe señalar además que, la norma en mención establece la responsabilidad solidaria de los estudios, planes de manejo y demás documentos ambientales en “la persona natural o jurídica que desea llevar a cabo una actividad, obra o proyecto, así como la que elabora” dichos documentos, por la veracidad y exactitud de sus contenidos (art. 180). Lo cual se constituye en una medida preventiva adicional, frente a posible entrega de información incompleta, inexacta o errada.

Para efectos de la presente investigación es necesario además referir lo relativo al plan de manejo ambiental (PMA), que siendo un instrumento de cumplimiento obligatorio para el operador de una actividad:

Comprende varios subplanes, en función de las características del proyecto, obra o actividad. La finalidad del plan de manejo será establecer en detalle y orden cronológico, las acciones cuya ejecución se requiera para prevenir, evitar, controlar, mitigar, corregir, compensar, restaurar y reparar, según corresponda. Además, contendrá los programas, presupuestos, personas responsables de la ejecución, medios de verificación, cronograma y otros que determine la normativa secundaria (art. 181).

Detalle de contenidos que permite colegir la diferencia sustancial que existe entre el plan de manejo ambiental y el estudio de impacto ambiental, mismo, que de forma adicional a la evaluación de impacto ambiental (procedimiento técnico científico de determinación de impactos) cuenta con un plan de manejo ambiental que deviene de ella y es sometido a un proceso de participación ciudadana, por lo que, los permisos ambientales obtenidos de ambos procedimientos se denominan: Certificado Ambiental -antes Ficha Ambiental- del primero y Licencia Ambiental del segundo.

Es pertinente referirse ahora tanto a la Ley de Minería como a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA) en virtud de lo que prevén para el desarrollo de las actividades materia de su esencia, con relación a los principios de prevención y precaución ambiental y lo pertinente a la garantía de los derechos de la naturaleza.

La Ley de Minería en su artículo 78 consagra la obligación de los titulares de derechos mineros de:

Previamente a la iniciación de las actividades, deberán elaborar y presentar estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades; estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental.

Lo que es concordante con lo establecido en el CODA y responde al conocimiento previo de afectación al ambiente por el desarrollo de actividades mineras, por lo que se exige un estudio de impacto ambiental y la obtención de una licencia ambiental en forma previa al inicio de sus operaciones.

Siendo que el mismo artículo en su inciso final establece lo siguiente:

Una vez que los titulares de derechos mineros, cumplan de manera satisfactoria con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, la aprobación de los documentos, estudios o licencias ambientales, deberán otorgarse en el plazo máximo de seis meses contados a partir de su presentación. De no hacerlo en ese plazo, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras (art. 78).

De lo que se desprende que, si los tiempos de trámite de emisión de licencias ambientales del MAATE superan los plazos y términos otorgados en la norma de la materia -conforme es de conocimiento público y notorio-, las actividades mineras habrían estado y estarían operando sin éste instrumento de cumplimiento obligatorio que determina las medidas de prevención, precaución y control ambiental para la disminución de los potenciales efectos dañinos sobre la naturaleza.

Complementariamente, la misma norma dispone en su artículo 84 que: “las actividades mineras en todas sus fases, contarán con medidas de protección del ecosistema, sujetándose a lo previsto en la Constitución y la normativa ambiental vigente”, por lo que estaría debidamente previsto, tanto en la norma ambiental como en aquella sectorial, lo pertinente a la necesidad de implementar medidas de prevención y precaución conforme lo dispuesto al efecto en la Constitución, exista o no un permiso ambiental expedido para el efecto.

Otro elemento de protección ambiental que debe ser destacado, en razón del uso del recurso natural agua para el desarrollo de las actividades mineras es el siguiente:

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 (Ley de Minería, art. 79).

De lo que se desprende la materialización del principio precautorio para la actividad minera toda vez que, a través de este artículo se demanda de la implementación de medidas de prevención y control durante la ejecución de esta actividad para el cuidado del recurso agua, así como de aquellas de mitigación, que de ser el caso, deban ser implementadas para poder devolver a su condición original o en atención a los límites permisibles, el agua a su cauce. Para ello, será necesario conocer a detalle los potenciales impactos de cada sub actividad a ser ejecutada, facilitando así el diseño de las medidas ambientales, que de forma oportuna y efectiva, permitan toda prevención de ocurrencia de daño, lo que se traduce en la necesidad de contar con un estudio de impacto ambiental.

Paralelamente a lo antes relevado, la LORHUAA en su artículo 110 establece que las actividades mineras deberán contar con:

La autorización de aprovechamiento productivo de las aguas que se utilicen, que será otorgada por la Autoridad Única del Agua, de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en esta Ley y su Reglamento (...)

Al efecto, coordinará con la Autoridad Ambiental Nacional.

Por lo que queda establecida de esta forma la coordinación que deben efectuar las instituciones del Estado que ostentan la rectoría en materia ambiental y en lo pertinente a la gestión del recurso agua para la emisión de autorizaciones que requieran del uso de éste recurso, lo que determina un régimen de control adicional para que la actividad minera pueda hacer uso del líquido vital.

No obstante es preciso señalar que a la fecha, la Autoridad Única del Agua y el Ministerio del Ambiente fueron fusionados mediante el Decreto Ejecutivo No. 1007 de 04 de marzo de 2020, con motivo de la optimización institucional conforme se desprende de su texto, lo que debería haber redundado en mejoras en la coordinación de estas dos áreas para la expedición de permisos ambientales y de uso y aprovechamiento del agua.

Por consiguiente, todas las actividades que puedan generar impactos ambientales, en forma previa a su ejecución, deberán contar con un permiso

ambiental del que deviene un plan de manejo ambiental que contiene medidas de prevención y mitigación de impactos de cumplimiento obligatorio. Esto representa la materialización de los principios de prevención y precautorio consagrados en la norma suprema que, por un lado, prohíbe el desarrollo de actividades altamente contaminantes y por ende, vulneratorias de derechos humanos y de la naturaleza, en áreas protegidas o declaradas intangibles, y por otro, busca regular todas aquellas cuyos impactos son previsibles y susceptibles de medidas de prevención y/o mitigación, para que al finalizar la ejecución de dichas actividades, los recursos puedan ser restituidos en su misma o mejor condición original o en su defecto, esperar el resultado de sus procesos de regeneración natural.

Protección de los derechos de la naturaleza mediante la acción pública de inconstitucionalidad

Otro elemento destacado de la Constitución del 2008 y al que debe hacerse referencia fue el establecimiento de la Corte Constitucional como el “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (art. 429), habiéndose determinado entre sus atribuciones el constituirse como “la máxima instancia de interpretación de la Constitución” (art. 436) para “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado” (*ibid.*)

En este contexto, Ramiro Ávila (2009) ha señalado lo siguiente:

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. (...) La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una asamblea constituyente, reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los

conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales (pp.778-779)

De donde se desprende que la norma suprema, a más de ser aplicación directa, somete a todos los actos públicos y privados. Asimismo, el autor destaca que es la Corte Constitucional la que ostenta la facultad de control de dichas manifestaciones, para la garantía de su adecuación al texto constitucional, la expulsión del ordenamiento jurídico de aquello que fuera contrario y, la tutela de los derechos consagrados en su contenido. Lo antes señalado redundaría en el reconocimiento de la norma suprema como el fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Ramiro Ávila también se refiere a la legitimidad de la Carta Política que se afianza en su origen democrático, lo cual se irradia a los órganos que habrían sido creados a través de ella.

Por tanto, toda vez que el principio de supremacía de la Constitución “descansa, indefectiblemente, en la existencia de un sistema de control de constitucional” (Oyarte, 2021, p.33) es menester destacar lo que el mismo autor habría referido en relación a dicho control: “el control constitucional busca el mantenimiento de los principios de supremacía constitucional y de regularidad del ordenamiento jurídico, impidiendo que las normas inferiores alteren o contradigan las disposiciones constitucionales (Oyarte, 2019, p.11).

Lo antedicho permite colegir que, toda vez que es la Constitución donde se crean los diferentes poderes del Estado, así como se define su forma y se establecen sus atribuciones y límites, constituye una consecuencia natural que se la haya ubicado en la cúspide del ordenamiento jurídico (CRE, art. 424) así como, que todas las leyes y actos que devienen del poder estatal, estén debidamente sometidos a ella. Consecuentemente, otorgar la facultad de control a un poder independiente y autónomo de aquel del Estado (CRE, art. 430) hace posible que todas las instituciones y poderes de éste, sean sometidos a los mandatos de la Constitución, como garantía de los derechos constitucionales y del orden democrático.

En relación a la facultad de la Corte Constitucional de “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad” (CRE, art. 436.2) Pamela Aguirre (2019) ha puesto de manifiesto lo siguiente:

El alcance de esta acción pública de inconstitucionalidad se hace extensiva dentro del marco constitucional ecuatoriano, a los actos normativos de carácter general emitidos por órganos o autoridades del Estado y contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; de ahí que el primer alcance que tiene este control abstracto es su carácter general respecto de las normas o actos administrativos imputados como inconstitucionales.

(...) Otra característica de esta forma de control está dada por su carácter abstracto, es decir, que la contradicción de la norma con el texto normativo no está direccionado hacia una persona o grupo de personas en particular, sino que la afectación se la hace a toda la sociedad; en otras palabras, no existe un sujeto determinado de afectación, sino que ha de entenderse como el sujeto afectado a toda la colectividad, asegurándose de esta manera la supremacía de la Constitución (p.174).

Ante lo cual se puede afirmar que, todas las normas y actos del ordenamiento jurídico podrían ser declarados inconstitucionales por parte de la Corte mediante la acción pública de constitucionalidad. Esta, en ejercicio de sus atribuciones, efectúa un control abstracto que debe ser entendido como aquel que prevé la garantía de adecuación del ordenamiento jurídico al texto constitucional, siendo que la Corte no deberá referirse a un caso en concreto, toda vez que el cuestionamiento a dichas disposiciones se efectúa de forma general.

Por consiguiente, al ser la norma suprema la que ha reconocido a la naturaleza como sujeto de derechos así como ha desarrollado tales derechos en su articulado, deberá ser la Corte Constitucional quien mediante el ejercicio de su potestad de control abstracto de constitucionalidad, garantice que todas las normas y actos del poder público que tengan relación con el goce, restricción o demanda de los derechos de la naturaleza estén acordes con lo que el texto constitucional ha consagrado en su favor, esto es, el respeto integral a su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales (art. 71) y, la restauración (art. 72).

Objeto del control abstracto de constitucionalidad

Con motivo del desarrollo de la presente investigación, se hará mención únicamente a dos tipos de control constitucional: Por el órgano que ejerce dicho

control, donde encontramos a los controles concentrado, difuso y mixto y, aquel que refiere la forma de demandar la constitucionalidad, que se subdivide en control concreto y control abstracto.

Control concentrado. Consiste en la existencia de un órgano especializado encargado de la garantía de la supremacía constitucional así como de su interpretación, tal y como consta en el artículo 429 de la Constitución y en el caso ecuatoriano corresponde a la Corte Constitucional. Este procedimiento supone la demanda de inconstitucionalidad de una norma o acto devenido de los poderes públicos porque contravendría el ordenamiento constitucional.

Lo que en palabras de Néstor Pedro Sagüés (2012) sería atribuible a lo siguiente:

El control de constitucionalidad se propone tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso). Asume dos papeles principales: a) un rol saneador, o exclutorio, preventivo o reparador según los diferentes sistemas, tendiente, con variables muy significativamente distintas en función del derecho constitucional nacional al que hagamos referencia, a inaprobar, inaplicar o abolir al proyecto de norma o a la norma subconstitucional violatoria de la constitución. Este trabajo se consuma por todos los jueces (en los regímenes difusos o desconcentrados) o solamente por algunos (en los dispositivos de control especializado, o concentrado, generalmente a través de cortes y salas constitucionales, pero también, llegado el caso, por una corte suprema) (p.2).

De lo que se colige que el control constitucional efectuado por un órgano constitucional, que también puede denominarse “especializado” no solo se circunscribe a la expulsión o permanencia de normas en el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino que además, permite la garantía de la supremacía constitucional.

Control difuso. Que habiendo sido implementado por primera vez en el marco del bien conocido caso *Madbury vs. Madisson* (1803), se refiere a la existencia de un proceso judicial en el cual es cuestionada la aplicación de una

norma que se reviste de fundamental importancia para la resolución de ese caso. Esto está debidamente previsto en el artículo 428 del texto constitucional.

A decir de Pamela Aguirre (2013): “el control difuso de constitucionalidad, permite que cualquier jueza o juez del sistema de justicia de un país pueda conocer, de oficio o a petición de parte, la posible contradicción de una disposición normativa respecto de la Constitución” (p.294).

Definición de la autora que permite señalar que, los juzgadores de instancia tienen la potestad de suspender la tramitación de una causa en curso y a su cargo, para someter a consulta a la Corte Constitucional respecto de la aplicación o no al caso concreto, de esa norma que se presume inconstitucional.

Control mixto. Que tal y como su nombre lo indica, surge como la combinación de los sistemas de control antes esbozados, el concentrado y el difuso, y donde, por un lado operaría el control concentrado otorgado al órgano concentrado y con potestad constitucional y, por el otro, obraría el control difuso otorgado a los jueces de instancia.

Control concreto. Que refiere el análisis de constitucionalidad que realiza el juez de instancia el momento en el que debe aplicar la ley a un caso concreto sometido a su conocimiento.

Oyarte (2019) en relación al control concreto ha señalado que:

Este tipo de control se da por la vía de la excepción, pues para invocar la inconstitucionalidad del precepto cuya revisión se pretende, es necesario que se lo esté aplicando a un caso concreto ante un juez o tribunal. De este modo, la revisión de constitucionalidad interviene de manera incidental en el proceso, pues en la causa lo principal, es decir, sobre las pretensiones del actor y las excepciones del demandado, a través de una sentencia (p.1005).

El autor ha señalado que, este tipo control garantizaría la constitucionalidad de aplicación de las normas en los procesos judiciales, de conformidad a la que sea la decisión de la causa por parte del juzgador que habría avocado conocimiento u otro al que se la remitiría para su decisión. Así, se prevé la posibilidad de verificar la compatibilidad de las normas infraconstitucionales con la Constitución, dentro de un caso concreto.

Control abstracto. La finalidad del control abstracto de constitucionalidad está definida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional -en adelante LOGJCC- como la garantía de la “unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico” (art. 74), de la misma forma que sus principios y reglas generales (art. 76).

Entre los principios tenemos al control integral, la presunción de constitucionalidad, el *in dubio pro legislatore*, la interpretación conforme, la configuración de la unidad normativa, entre otros.

En palabras de Juan Francisco Guerrero (2012):

El control abstracto no es otra cosa que la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma, sin hacer referencia a un caso concreto o individualizado que haya llegado a conocimiento de un juez o tribunal por el litigio entre las partes, lo cual no implica, como ha quedado anotado, el hacerlo en abstracto de todo supuesto de hecho; es la potestad de ejercer una actividad en la que se cuestiona la norma de manera general y abstracta sin alusión a un litigio *inter partes*.

A cuyo respecto es importante señalar que tal y como lo enuncia el autor, ese tipo de control estaría dirigido contra la norma cuya inconstitucionalidad se acusa, para su eliminación del ordenamiento jurídico, decisión que tendrá efectos generales.

Consecuentemente y conforme lo antes expuesto, el objeto de control abstracto de constitucionalidad refiere la facultad de la Corte Constitucional de efectuar el control de una norma, contrastándola con el texto constitucional, de forma independiente a su aplicación a un caso concreto, es decir, sin tomar en cuenta elementos fácticos de éste. Esta potestad de la Corte, que refiere necesariamente la emisión de una decisión vinculante con efectos generales respecto de normas que se presumirían inconstitucionales, otorga a este organismo un significativo poder frente a las demás instancias que conforman el Estado, además de permitirle que garantice la supremacía de la norma suprema tal y como corresponde a sus competencias constitucionales.

En virtud de las competencias otorgadas por la norma suprema a la Corte Constitucional (art. 436), en el ámbito del control constitucional abstracto se destacan el control *a priori* y el control *a posteriori*. Siendo que el primero es el que se efectúa por las cortes constitucionales (o tribunales) en forma previa a la entrada en vigencia de una norma -aplicable por ejemplo a la suscripción de los Tratados Internacionales-, mientras que el segundo se realiza cuando la norma se encuentra ya en vigencia -tal es el caso de la acción pública de inconstitucionalidad-

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en su sentencia No. 007-15-SIN-CC ha puesto de manifiesto lo siguiente:

Le corresponde a esta Corte Constitucional, conforme lo determina el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con lo previsto en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ejercer el control constitucional de las normas que hayan sido impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad. Dicho control consiste en revisar, verificar y comprobar que las normas del sistema jurídico estén en armonía con los preceptos constitucionales tanto en el fondo como en la forma; para ello, se debe efectuar el control abstracto de constitucionalidad, mismo que permite someter a la norma que se presume inconstitucional, a una valoración, independientemente de cualquier acto específico de su aplicación, una vez que la norma ha entrado en vigencia. Por medio de dicho análisis, se examina la norma en cuestión frente a los valores, principios y reglas establecidos en la Constitución de la República, para así impedir que cualquier norma promulgada, ya sea por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas, entren en contradicción con la norma suprema (p.10).

Decisión emitida en el contexto de una demanda de inconstitucionalidad de normas en donde, desde el punto de vista formal, la Corte determinará si durante el proceso de formación de las normas se habría cumplido con el procedimiento establecido en la Constitución y lo pertinente señalado en la ley, de la misma manera que, al efectuar el control por el fondo, este organismo analizará si su

contenido vulnera derechos, principios o reglas que hubieran sido debidamente previstas en el texto constitucional.

Finalmente, es preciso señalar que el sistema de control constitucional en el país es el concentrado, toda vez que los jueces de instancia no están facultados a inaplicar una norma que se estima contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos -deben elevarlo a consulta a la Corte Constitucional bajo prevención de destitución-, a pesar de lo que estuviera debidamente previsto en el artículo 426 de la misma norma suprema que requiere de la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de “todas las personas, autoridades e instituciones que están sujetas a la Constitución”, lo que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de celeridad de las partes procesales en una causa.

Control formal y control material

Tal como ha sido relevado en líneas anteriores, la Constitución, como norma superior del ordenamiento jurídico, es suprema materialmente porque en su contenido desarrolla los principios y valores que deben regir en las instituciones que ha determinado como formas de organización del Estado, que goza de supremacía formal toda vez que establece los mecanismos para la creación, modificación o derogatoria de leyes y, así como dictamina además, lo pertinente a sus posibles reformas.

Igualmente, el texto consitucional demanda de la adecuación formal y material de las leyes y demás cuerpos normativos “a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades” (art. 84). Lo que significa que, el proceso de sanción de toda ley observará lo previsto al efecto -creación, modificación o derogatoria-, para su legitimidad y garantía de la supremacía del texto constitucional, así como su contenido deberá prever todo aquello dispuesto en dicho texto -unidad- para su validez.

Al respecto se debe citar a García Enterría (1979) cuando menciona lo siguiente:

La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las “normas de producción”, la *norma normarum*, la fuente de fuentes.

(...) Pero la idea llevará también al reconocimiento de una “superlegalidad material” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento (...). Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa (p.229).

Donde el autor destaca que la norma suprema determina los procedimientos y límites de contenido de aquello que conformará el ordenamiento infraconstitucional toda vez que, a través de éste, se desarrollan los derechos, garantías y procedimientos para el ejercicio pleno y/o demanda de todo lo consagrado en el texto constitucional. Por consiguiente, una formulación adecuada y un proceso de generación y sanción acordes a lo previsto en la Constitución, redundará en la validez y legitimidad de las leyes y demás normas jurídicas.

De manera complementaria, la Corte Constitucional en su jurisprudencia devenida de la sentencia No. 018-15-SIN-CC, ha puesto de manifiesto:

Esta modalidad de control de constitucionalidad puede realizarse tanto de la forma como del fondo de la norma. Así, en el control abstracto formal, se verifica que el proceso de formación que dio origen al precepto normativo haya cumplido con el procedimiento previsto en la Constitución y en la ley; mientras que, en el control abstracto del fondo, se examina la compatibilidad del contenido de la norma con las disposiciones constitucionales. Dentro de un control integral, esta Corte Constitucional procede a realizar un control formal y material de la norma jurídica acusada de inconstitucionalidad (p.8).

Ello, toda vez que es competencia de la Corte la detección de incompatibilidades entre las normas infraconstitucionales y la Constitución, mediante el control abstracto de la norma, esto es, sin que al efecto medie un caso concreto, para la garantía de armonía del ordenamiento jurídico -en unidad y coherencia-.

En el mismo orden de ideas cabe mencionar que la LOGJCC ha determinado que el control formal de constitucionalidad comprenderá la verificación de la unidad de materia, que la Corte efectuará precautelando que: (1) Todas las disposiciones de una ley se refieran a una sola materia, (2) La totalidad del contenido del proyecto corresponda con su título; y, (3) Para determinar la conexidad entre las disposiciones legales, se deberá tener en cuenta la exposición de motivos y las variaciones entre los textos originales y los definitivos (art. 116).

Así como también ha previsto que, en relación al control material en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme reza en el artículo 118 *ibid.*: “para realizar el control material la Corte Constitucional tendrá en cuenta los principios generales de la justicia constitucional y los métodos de interpretación establecidos en esta Ley”.

Por lo que, es posible afirmar que la inobservancia del control constitucional podría devenir en una afectación a la supremacía material de la Constitución toda vez que éste procedimiento ha sido previsto para la tutela de los derechos constitucionales y su efectivización a través de la Corte Constitucional.

El principio *iura novit curia* en procesos de control abstracto

Este principio ha sido positivizado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 4.13 de la LOGJCC al determinar que, el juzgador “podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”. Esta obligación de emplear la norma que sea adecuada al caso en curso, no implica la posibilidad de ir más allá de lo requerido, sino que demanda de la observancia del derecho y su sujeción el momento de dictar una decisión, toda vez que se presume que el “juez conoce el derecho”.

Además, tiene estrecha relación con la tutela judicial efectiva, cuando por iniciativa de una de las partes se promueve la causa, y el juzgador estaría facultado a asistir a ambos sujetos procesales para una garantía de justicia expedita que podría

verse afectada por la invocación de normas erradas -o su omisión-. Sin embargo, esto no significa que la autoridad judicial pueda, en su aplicación del *iura novit curia*, vulnerar el derecho a la defensa toda vez que es necesario el anuncio expreso y motivado de su adopción, previniendo que las partes en litigio puedan pronunciarse al respecto en igualdad de condiciones.

Lo antes referido, no faculta al juzgador a la realización de enmiendas en una demanda, ya que estaría previsto para “las omisiones o deficiencias de los argumentos legales de las partes y aplicar la regla que considere correcta” (Nieto, 2014, p.3). El autor ha señalado con debida claridad cuáles son los límites de este principio, en aras de la tutela del sistema de justicia así como de los derechos constitucionales de las partes procesales.

Por tanto, al no ser un principio de carácter absoluto, sus límites estarían dados por lo siguiente, toda vez que la LOGJCC dispone que: “se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional” (art. 4.14):

Congruencia. Que es un principio procesal que prevé la correspondencia entre las pretensiones de las partes en el proceso y la decisión que el juez emita al respecto. Echandía (1985) en relación a ello ha señalado lo siguiente: “se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes” de lo que se infiere que, es deber del Estado constitucional de derechos y justicia, el tutelar aquello referido a la acción y contradicción así como asegurar que sea emitida una decisión cuyo alcance y contenido corresponda a las pretensiones de las partes.

Imparcialidad. Que refiere al principio de aplicación de justicia conforme ley, respetando los principios de igualdad y equidad. Esto precautela la independencia que el juzgador debe garantizar tanto al proceso, como a la causa y a las partes procesales.

Al respecto Oyarte (2014) ha señalado:

Si algo legitima al juez en una causa es, precisamente, esa falta de interés en el proceso, a diferencia de las partes que se legitiman, por lo contrario,

sea porque reclaman el derecho que, dicen, les corresponde o porque pueden contradecir esa pretensión (p.812).

Lo que en palabras del autor ratifica la protección que, en relación a la garantía del derecho a la defensa, aporta este principio procesal toda vez que su vulneración acarrearía la falta del juzgador de administrar justicia de conformidad a lo debidamente consagrado en la Constitución.

Contradicción: Que se circunscribe en el derecho de las partes procesales a defenderse, en condiciones de igualdad, a través de cualquiera de los medios previstos en las normas y en la Constitución -posibilidad de alegar y probar en el momento procesal oportuno-, y donde la aplicación del principio *iura novit curia* se verá materializado cuando las partes, en ejercicio de este principio, puedan contradecir a la parte contraria, proporcionando al juez su versión de los hechos a más de la prueba de sus alegaciones, lo cual permitirá además al juzgador, la emisión de una decisión adecuada, basada en un debate de contradicción y prueba (CRE, art. 168.6).

De esta manera y conforme se desprende del Código Orgánico de la Función Judicial -en adelante COFJ-:

La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 140).

Lo que evidencia la regulación que ha sido prevista por las normas infraconstitucionales en relación a la aplicación de este principio y su alcance, que en su esencia supone la tutela de los derechos y limita la acción del juzgador en virtud de la posible subjetividad que podría influir en su decisión.

En este marco, conviene relevar lo que la Corte Constitucional en su sentencia No. 164-15-SEP-CC ha expuesto en relación a lo antes desarrollado:

En la tarea de análisis y revisión de constitucionalidad de los procesos ordinarios y constitucionales, el juez tiene la obligación de someterse a los

principios procesales que gobiernan la justicia constitucional, entre ellos, y para efectos de análisis y resolución del caso sub júdice, es pertinente remitirse al principio del *iura novit curia*. Aquel principio lo consagra el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador, cuya traducción es “el juez conoce el derecho”. Este principio consiste en que el juez constitucional a partir de la activación de una garantía jurisdiccional está facultado para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales, aun cuando las partes procesales no las invoquen de forma expresa (p.7).

Enunciado de la Corte a través del cual se destaca la potestad del juzgador de analizar y emitir criterio respecto de aspectos que no habiendo sido objeto de pronunciamiento por las partes, podrían constituir vulneraciones de derechos constitucionales. Ello corresponde al Estado garantista que ha radicado competencia constitucional en todos los jueces de instancia para el conocimiento de las garantías jurisdiccionales -a excepción de aquellas que se tramitan en forma directa ante la Corte Constitucional-.

Ahora bien, al relacionar el principio de marras con lo pertinente a la acción pública de inconstitucionalidad, encontramos lo que Oyarte (2021) ha enunciado a dicho respecto:

En virtud de la regla *iura novit curia*, el análisis de constitucionalidad o legitimidad corresponde al juez constitucional. Con la petición de inconstitucionalidad o la activación de las garantías constitucionales, el juez constitucional no se somete a lo que las partes le señalan (p.88).

Siendo que el autor ha advertido que, es la petición de inconstitucionalidad la que da competencia al juez constitucional, que no podrá sobrepasar aquello que ha sido alegado o impugnado por los accionantes, sin embargo, al referir de forma expresa una solicitud contra una norma o acto, por presumirse contrario al texto constitucional, esa autoridad podrá basar su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, aunque éste no haya sido invocado.

Lo que se complementa con lo señalado por la Corte en su sentencia No. 003-11-SIN-CC, que en el marco de una acción pública de inconstitucionalidad, manifestó en su oportunidad:

En cuando a la forma, el legitimado activo no demanda su inconstitucionalidad; sin embargo, corresponde a esta Corte realizar un control integral de la constitucionalidad de los actos normativos de carácter general impugnados, para lo cual se consideran los siguientes elementos (...) (pp.16-17).

Donde se deja establecido que, la Corte está facultada no solo a pronunciarse respecto del acto que hubiera sido impugnado, sino que además, en virtud del principio *iura novit curia*, puede analizar a profundidad lo pertinente a la adecuación de la norma al texto constitucional a pesar de no haber alegación al respecto por parte del accionante, por lo que si hubiere error u omisión, este se podrá subsanar de conformidad a las competencias de éste organismo, como máximo administrador de justicia constitucional (CRE, art. 429).

Como corolario cabe poner de relieve que el principio *iura novit curia* tutela los derechos de procesados y accionantes, frente a errores u omisiones de alegación de normas o derechos vulnerados, siendo que la misma Constitución lo ha limitado para impedir la primacía de la subjetividad del juzgador en la decisión de las causas a su cargo; es decir que, este principio cumpliría con roles supletorio y correctivo. Por tanto, este es un principio de garantías que demanda además del cumplimiento de elementos procesales previstos en las normas infraconstitucionales para su efectiva materialización y sobre todo, para la garantía de los derechos de las partes tanto en procesos judiciales como en aquellos constitucionales.

Sobre el caudal ecológico en la Constitución y la normativa infraconstitucional

Es menester destacar la importancia que tienen los ríos en los ecosistemas, para poder dimensionar la magnitud de las afectaciones que posibles usos del agua pueden ocasionar en este recurso natural sino se observa lo pertinente a los derechos de la naturaleza y otros elementos de prevención y precaución que han sido debidamente previstos en la Constitución.

A decir de Encalada (2010) en su estado natural, los ríos:

Cumplen diversas funciones ecosistémicas como provisión de agua para los seres humanos, autopurificación, control de inundaciones y sequías, mantenimiento de hábitat para peces, aves y otra vida silvestre, mantenimiento de los flujos de sedimento, nutrientes y salinidad de

estuarios. Los ríos reciben, almacenan y transportan el agua lluvia y este caudal, tanto en riachuelos de montaña como en grandes planicies de inundación, fluctúa de acuerdo a ciclos naturales y a la estacionalidad de cada región. La diversidad y abundancia de formas de vida en los ecosistemas lóticos, o ríos, reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal (p.42).

Siendo que tal y como se desprende de lo mencionado por la autora, queda en evidencia la importancia determinante que tiene el líquido vital en la reproducción de la vida y el tiempo que ha tomado la consolidación de su riqueza natural, por tanto, su deterioro pondría en riesgo no solo la salud de los ecosistemas y el equilibrio de todo lo que conocemos, sino también la salud de los seres humanos que, conforme las prelación establecidas en la ley, efectuamos el uso y aprovechamiento de este recurso.

Ahora bien, tal y como fue mencionado en líneas precedentes, el Informe de Brundtland (1992) significó el cambio de concepción de la relación entre el desarrollo y el ambiente, toda vez que fue declarado que éstos no eran contrarios y, ya que se reconoció la obligación de los estados de asegurar un medio ambiente adecuado para las presentes y futuras generaciones. Esto constituyó un paso importante hacia la consecución de un desarrollo duradero, que fue denominado a partir de allí como desarrollo sustentable.

Asimismo la Conferencia de Río (1992) afianzó el concepto de desarrollo sustentable y destacó como factor adicional que era el agua el elemento que permitía la conexión entre el hombre y el medio ambiente en su objetivo por alcanzar ese anhelado desarrollo.

Fue en el 2007, en la ciudad australiana de Brisbane, donde políticos y técnicos de al menos cincuenta países definieron por consenso el término caudal ambiental, en el marco de la Conferencia Internacional de Caudales Ecológicos. Se acordó y declaró al mundo que el recurso agua era esencial para la salud de los ecosistemas y el bienestar humano.

En consecuencia, fue diseñada una “Agenda de Acción Global” que permitiera proteger los ríos a nivel mundial. Entre sus elementos más destacados encontramos que, por el ritmo acelerado del cambio climático, debía prestarse

especial atención a los caudales ambientales para el mantenimiento de los ecosistemas, en coexistencia con las actividades agrícolas, industriales, etc. así como fue advertida la necesidad de generar regulaciones estatales y políticas públicas para obras de infraestructura como represas, embalses, etc. a la luz de lo antes relevado.

De esta forma, Brisbane (2007) definió al caudal ambiental tal y como se cita a continuación: “es la cantidad, régimen y calidad del caudal que se requiere para sostener los ecosistemas de agua dulce y de estuarios y los medios de subsistencia y bienestar de la población que dependen de esos ecosistemas”.

Lo que refiere de forma inequívoca al volumen necesario del recurso vital para que en él se desarrolle la vida que allí se alberga -procesos de las especies en el ecosistema- así como permita a los seres humanos efectuar su uso y goce.

De manera complementaria, es menester señalar la definición de la real academia española sobre caudal ecológico que determina que es aquel que “contribuye a alcanzar el buen estado o potencial ecológico en los ríos o en las aguas de transición y mantiene, como mínimo, la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar allí, así como su vegetación de ribera”.

Dicho concepto destaca el aporte decisivo de los cuerpos hídricos en el desarrollo y la conservación de la vida -cantidad mínima-, lo que permite establecer la diferencia del denominado caudal ambiental, cuya acepción refiere a la variación del volumen por unidad de tiempo del agua que mantiene a los ecosistemas y sus beneficios -incluidos los usos humanos del agua- que, compitiendo entre ellos, deben combinarse para resguardar su capacidad de regulación natural. Cabe mencionar además que, el manejo de los caudales tiene entre sus objetivos el mantener los ecosistemas en su integralidad y restaurarlos, lo que obliga a que exista un consenso entre las demandas sociales y económicas con aquellas ambientales.

La Constitución del 2008 incluyó en su artículo 318 lo siguiente:

(...) El 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.

Lo que consagró en el texto constitucional la prelación de usos del recurso agua, habiéndose priorizado el consumo humano, seguido por la alimentación,

desde la lógica de la producción familiar campesina, para llegar al caudal ecológico como fuente de desarrollo de los ecosistemas, ello, una vez satisfechos los dos usos anteriores.

Enunciado que además se complementa con lo determinado en el artículo 411 *ibid.* ya mencionado y que hace referencia la necesidad de regulación de las actividades que pondrían en riesgo la calidad, cantidad del líquido vital o los ecosistemas, toda vez que al ser el caudal ecológico una parte del caudal ambiental, que incluye todos los usos, se constituye en una suerte de acuerdo socio-económico y ambiental lo pertinente a su definición, donde el ecosistema y sus requerimientos, estarían representados por el Estado.

Debe llamarse la atención en esta oportunidad a la diferencia de prelación que se precisa en este artículo, misma que pondría en el mismo nivel a la sustentabilidad de los ecosistemas y, al consumo humano -en ese orden- frente a lo dispuesto en el 318 antes citado.

Por otro lado en el país, la primera mención a caudal ecológico se efectúa en el 2007 mediante el Acuerdo Ministerial No.155 del MAE (a esa fecha Ministerio de Ambiente del Ecuador), que fue elaborado como regulación para el sector hidro energético y, determinó:

Es el caudal de agua que debe mantenerse en un sector hidrográfico del río, para la conservación y mantenimiento de los ecosistemas, la biodiversidad y calidad del medio fluvial y para asegurar los usos consuntivos y no consuntivos del recurso, aguas abajo en el área de influencia de una central hidroeléctrica y su embalse, donde sea aplicable. El caudal ecológico debe ser representativo del régimen natural del río y mantener las características paisajísticas del medio.

Definición que en lo principal diferencia los usos del agua frente a la necesidad de conservar y mantener este recurso, anteponiendo a los ecosistemas y la biodiversidad e incorporando además, un servicio ambiental que es el paisajístico, lo cual denotaba claramente la tendencia de las políticas públicas del momento en lo que se refería a la protección ambiental y el turismo, en el marco de la campaña nacional denominada “La vida en estado puro”.

Con la emisión de la Ley Orgánica de Recurso Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua -en adelante LORHUAA- (2014) se introdujeron conceptos y disposiciones relacionadas con el caudal ecológico y las áreas de protección hídrica, con énfasis en lo que esta norma denomina como “garantías preventivas”, tal y como se destaca a continuación:

El caudal ecológico es la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época, y frecuencia del caudal específico y la calidad de agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema (art. 76)

De lo que se colige que, eran necesarias precisiones para el cálculo tanto de la cantidad como de la calidad del recurso vital para la garantía de supervivencia de los hábitat naturales que allí se desarrollan. En forma adicional, se destacó en ese enunciado, el concepto de “salud en el ecosistema” por ser la base del desarrollo humano y, toda vez que su sobrevivencia y su condición de (bio) diversidad, dependían de muchos factores que necesariamente debían constar en la ley de la materia, conforme lo debidamente previsto en el artículo 133.2 del texto constitucional.

Lo antes destacado se complementa con lo determinado en los artículos 77 y 93 *ibid.* que declaran como intangible al caudal ecológico de los cursos permanentes de agua y, determinan que todas las actividades productivas deberán respetar dicho caudal así como contar con las autorizaciones administrativas que hubiere a lugar.

Sin embargo, el inciso tercero del artículo 77 reza: “El caudal ecológico definido no es susceptible de autorización para su uso o aprovechamiento productivo, a excepción de aquellos usos que no tenga como consecuencia la afectación en la calidad ni en cantidad del caudal ecológico” estableciendo la responsabilidad por los daños que devengan de la inobservancia de éste acápite a la “la autoridad administrativa que contravenga esta disposición”.

De ello se desprende que el legislador habría limitado el uso de esta porción del cuerpo hídrico denominada caudal ecológico, para asegurar la supervivencia de los ecosistemas que allí se albergan, aplicando los principios preventivo y

precautorio, estableciendo en el Estado la responsabilidad de su tutela y, velando por la garantía de los derechos de la naturaleza previstos en la Constitución (art. 71) desde la normativa infraconstitucional.

Asimismo, la Ley de Minería, en relación a la autorización para el aprovechamiento del agua, establece lo siguiente:

Los concesionarios mineros que obtengan el permiso para el aprovechamiento de la autoridad única del agua deberán presentar ante el Ministerio sectorial el estudio técnico que justifique la idoneidad de los trabajos a realizarse y que han sido aprobados por la autoridad de aguas competente. Las aguas alumbradas durante las labores mineras podrán ser usadas por el concesionario minero, previa autorización de la autoridad única del agua, con la obligación de descargarlas, observando los requisitos, límites permisibles y parámetros técnicos establecidos en la legislación ambiental aplicable (art. 61).

Siendo que se desprende la obligatoriedad del operador minero de informar respecto de las actividades que pretende realizar y sobre las cuales habría obtenido su autorización de uso de agua, con el fin de que cada institución pueda efectuar las acciones de control que le corresponda en virtud de sus competencias.

Esta norma sectorial ha sido prevista además, como parte del empleo de agua para el desarrollo de sus actividades, lo necesario para su posterior reintegro al cuerpo hídrico, esto es, la realización de un tratamiento previo que cumpla con los parámetros mínimos determinados en la ley -una vez recuperada su calidad-, lo cual, es concordante con lo dispuesto en el artículo 112 de la LORHUAA.

En materia ambiental y en relación a la devolución del agua utilizada a un cuerpo hídrico, la misma ley del sector minero señala:

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.

(...) La reutilización del agua, a través de sistemas de recirculación es una obligación permanente de los concesionarios (art. 79).

De lo que se colige que, las actividades de prevención ambiental para el uso adecuado del líquido vital son una obligación permanente del concesionario minero, así como lo pertinente a la obtención de permisos por parte de la autoridad única del agua y la autoridad ambiental nacional como requisitos previos para el inicio de las operaciones de minería artesanal. Además, el operador deberá reportar las actividades que habrían permitido la emisión de su permiso de uso y aprovechamiento del agua al Ministerio del ramo.

Cabe señalar que, la minería artesanal y de sustento debe entenderse como aquella que:

Se efectúa mediante trabajo individual, familiar o asociativo, es autorizada por el Estado y se caracteriza por la utilización de herramientas, máquinas simples y portátiles destinadas a la obtención de minerales, cuya comercialización en general sólo permite cubrir las necesidades básicas de la persona o grupo familiar que las realiza y que no hayan requerido una inversión superior a las ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas (Ley de Minería, art. 134).

Definición que arroja los siguientes elementos básicos: volumen de procesamiento y producción, monto de las inversiones y, maquinaria o condiciones tecnológicas, sin hacer mención al área de concesión, en el entendido de que esta actividad se efectuaría como modo de subsistencia. Aquí, es imperativa la siguiente reflexión: ¿cuál sería la fuente de financiamiento para la implementación de medidas de prevención, tales como la reutilización del agua o el tratamiento previo descarga a un cuerpo hídrico, así como las demás necesarias para evitar los posibles impactos ambientales generados por esta actividad, si los beneficios a ser generados alcanzarían un monto que solo podría ser destinado a satisfacer las necesidades de auto consumo de los operadores? Interrogante que el legislador debió haber absuelto antes de prever las condiciones para la emisión de autorizaciones en materia minera que hoy constan en la ley de minas.

En este contexto y en relación a las necesarias limitaciones que el marco legal aplicable a la actividad minera establece para el uso de los recursos hídricos

debemos resaltar la siguiente contenida en el Reglamento denominado como Ambiental de Actividades Mineras -en adelante RAAM-, que en sus artículos 86 y 136 especifica lo que a continuación se detalla:

En el caso de que el proyecto minero requiera el desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, la Autoridad Ambiental competente solicitará el pronunciamiento de la Autoridad Única del Agua, dicho pronunciamiento será acogido dentro de la evaluación ambiental, dentro de sus competencias en gestión ambiental. Sin perjuicio de la aprobación de los Estudios Ambientales, los titulares mineros, previo a la ejecución de las actividades mencionada en este artículo, deberán obtener la autorización de la Autoridad Única del Agua (art. 86).

Texto que viabilizaría la modificación o alteración de los cursos de agua, por necesidad de las actividades mineras, a través de la emisión de una autorización administrativa de la Autoridad del Agua. Esta facultad no está prevista en las leyes que en materia ambiental, de recursos hídricos o minería han sido analizadas en el presente acápite, menos aún en la Constitución. Sin embargo, como ha quedado evidenciado, la acción de desvío de un cuerpo hídrico repercute en forma directa en los derechos de la naturaleza, por tanto, la posibilidad de su regulación deberá observar lo que la norma suprema dispone al efecto, y ello no es su ordenamiento a través de un Reglamento sectorial.

Ahora bien, el artículo 136 *ibid.* en relación a la minería artesanal, añade a lo antes referido lo siguiente:

En el caso de que la actividad de minería artesanal de aluviales, metálicos, no metálicos y materiales de construcción requiera el cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua, la ficha ambiental será aprobada luego de obtener el permiso correspondiente por parte de la Autoridad Única del Agua.

Siendo que, para que la actividad de marras -sin restricción de tipo- pueda realizar desvíos de cursos de agua, se vincula a dos instituciones del Estado con competencias complementarias, hoy integradas en un solo Ministerio -MAATE- y, condiciona esta acción a la obtención de una ficha ambiental, que como ya se

expuso en líneas precedentes, es el permiso que se concedía para actividades de bajo o mediano impacto ambiental, obligando al operador al cumplimiento de un plan de manejo mínimo, que contenía medidas generales de prevención y mitigación de impactos -a la fecha correspondería un Registro Ambiental-.

Ello significa que, se faculta inclusive al “estancamiento de cuerpos de agua”, esto es, a la interrupción del curso natural del agua, mediante la emisión de una autorización ambiental simple que no se reviste de ningún elemento técnico y/o científico para su otorgamiento. Esta facultad tampoco estaría prevista en la ley o en la norma suprema, a pesar de afectar en forma directa derechos constitucionales.

A manera de corolario es necesario destacar los siguientes elementos que tienen relación con el caudal ecológico y su regulación en la normativa infraconstitucional ecuatoriana:

- La definición de este elemento natural ha permitido resaltar la importancia de su adecuado manejo y conservación para la garantía del equilibrio de los ecosistemas, el logro del desarrollo sustentable y, la tutela de los derechos de la naturaleza.
- La prelación constitucional de usos del agua establece como prioridad la satisfacción del consumo humano, seguido por el riego para la garantía de la soberanía alimentaria y, el caudal ecológico. Esta jerarquía determina la concesión o no derechos de aprovechamiento de agua para la ejecución de proyectos y actividades.
- Las leyes en materia de recursos hídricos, minería y ambiente han previsto lo pertinente a la obtención de permisos en forma previa a la consecución de actividades de minería artesanal, que por las actividades que ejecuta, requiere del uso del líquido vital así como de su desvío temporal o modificación de los cursos de agua.

Para ello, cada entidad estatal, de conformidad a sus competencias, ha establecido en su normativa requisitos que redundan en lo siguiente: la necesidad de reporte a todas las autoridades -por parte del concesionario minero-, de las actividades que desarrollará y, la implementación de medidas ambientales de prevención para precautelar la calidad del líquido vital, previa su descarga o devolución a su cauce natural.

- Las concesiones mineras requieren de la emisión de al menos dos autorizaciones administrativas para el uso del agua en la ejecución de su actividad: una emitida por la autoridad ambiental nacional y otra por la autoridad única del agua. Estos permisos facultarían a sus beneficiarios, inclusive, al desvío o estancamiento del curso natural.
- En el caso de la minería artesanal, la ley de esa materia prevé la necesidad de obtener una ficha ambiental, que obliga al concesionario a la implementación de un plan de manejo mínimo, que sin contar con información técnica o científica, permitiría la ejecución de medidas de prevención y mitigación de impactos.

Sin embargo, esta actividad por definición, correspondería a una que permite la generación de recursos en un monto que únicamente permitiría la satisfacción de necesidades de auto consumo, a pesar de que estaría previsto (autorizado) para su ejecución, el “cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua”.

Asimismo esta actividad faculta al operador a la explotación de aluviales (material y piedras de río), metálicos y no metálicos (como oro) y materiales de construcción, cuyo requerimiento de agua es vital para unos casos así como la afectación de la ribera de los ríos inminente casi todos.

- La facultad de autorizar el desvío del curso de un cuerpo hídrico está prevista en un Reglamento Ambiental y se efectuaría a través de un acto administrativo (permiso). Ello no consta en ninguna ley menos aún en la norma suprema, a pesar de tener relación con la afectación y restricción de derechos constitucionales, los de la naturaleza.

Hasta aquí se ha abordado la figura jurídica de la reserva de ley desde sus inicios hasta su consagración en el ordenamiento jurídico nacional, así como se ha referido lo pertinente a la naturaleza en su calidad de sujeto de derechos y, los principios ambientales que han sido previstos en el texto constitucional para su protección.

Asimismo ha sido expuesto el control de constitucionalidad como mecanismo de protección de los derechos a través de la acción de inconstitucionalidad, el principio *iura novit curia* y su incidencia en la justicia constitucional y, los elementos más destacados del caudal ecológico conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico interno. Estos elementos permitirán entender la sentencia No. 32-17-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana y en especial, la injerencia que en ella tuvo el principio de reserva de ley en la tutela de los derechos de la naturaleza.

CAPÍTULO SEGUNDO: RESERVA DE LEY Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA QUE REALIZA LA CORTE CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA SENTENCIA No. 32-17-IN/21

En el segundo capítulo se analiza sentencia No. 32-17-IN/21 de la Corte Constitucional ecuatoriana, refiriendo al respecto los antecedentes, el procedimiento, los problemas jurídicos planteados y los argumentos centrales utilizados por este organismo. Estos elementos permitirán el desarrollo del análisis crítico de esta decisión, así como la construcción de la propuesta de voto concurrente, como aporte a la solución del caso de estudio.

Temática a ser abordada

El caso No. 32-17-IN/21 versa sobre una acción pública de inconstitucionalidad que impugna por el fondo los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM) que inobservarían el principio de precaución, vulnerarían los derechos de la naturaleza, lo pertinente dispuesto sobre la protección de los caudales ecológicos y, la jerarquía normativa establecida en la Constitución. La Corte Constitucional (CCE), en ejercicio de sus competencias y en virtud del principio *iura novit curia*, reconduce los argumentos de los accionantes y los analiza en el marco de la reserva legal.

Al respecto es menester señalar que, el país cuenta con un desarrollo jurisprudencial incipiente en relación a la tutela de los derechos de la naturaleza, lo cual no ha permitido su verdadero ejercicio, su exigencia, el dotar de contenido a esos derechos, o en su defecto, disponer de cuerpos normativos -leyes orgánicas- actualizados y coherentes con la realidad nacional, por tanto esta construcción de la Corte Constitucional es imperativa.

Consecuentemente, el que estuvieran regulados derechos constitucionales mediante un Acuerdo Ministerial es contrario al texto de la norma suprema, por ello, la decisión de la Corte a ser analizada redundaría en disposiciones de cumplimiento obligatorio que permitirán la subsanación de lo antes relevado, además de la garantía de unidad del ordenamiento interno y de la supremacía del texto constitucional, de la misma forma que la tutela de los derechos de la naturaleza.

Puntualizaciones metodológicas

Para el análisis de la sentencia No. 32-17-IN/21 se utilizó el método deductivo puesto que en forma primera se identifica lo pertinente a la institución jurídica de la reserva de ley, conforme la doctrina y jurisprudencia nacional, para continuar con la categoría de la naturaleza de sujeto de derechos, los conceptos, desarrollo e importancia del control de constitucionalidad y, la evolución del concepto del caudal ecológico en los instrumentos internacionales y normativa infra constitucional.

Estos análisis se efectuaron en base al estudio de varios autores que abordaron los temas referidos, así como lo pertinente a las líneas jurisprudenciales de la Corte a través de las cuales se ha reconocido la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza. Cada criterio enunciado fue contrastado con la figura jurídica o institución a la que se hacía mención, permitiendo avanzar en la construcción de ideas fuerza desde lo general a lo particular.

En segundo capítulo se efectúa un análisis de caso a través de un estudio estático del precedente constitucional mediante la ubicación de los antecedentes de la acción pública de inconstitucionalidad contenidos en la demanda de la causa en estudio, la ubicación de los principales problemas jurídicos expuestos por la Corte, así como las razones de su decisión. Finalmente, se realiza el análisis crítico de la sentencia emitida por el máximo órgano de administración de justicia constitucional del país, así como se realiza la construcción de una propuesta de solución del caso misma que se plantea como un voto concurrente.

Antecedentes del caso concreto

Con fecha 30 de junio de 2017, varios accionantes interpusieron una acción pública de inconstitucionalidad, por el fondo, en contra de los artículos 86 y 136

del Reglamento Ambiental de Operaciones Mineras -en adelante RAAM- expedido por el Ministerio del Ambiente, MAE -hoy Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica, MAATE- mediante Acuerdo Ministerial No. 37 de fecha 24 de marzo de 2014.

Entre las alegaciones de los legitimados activos encontramos las siguientes:

- Que, se vulnera el principio precautorio cuando se efectúa la desviación o modificación de los cursos de agua para la ejecución de actividades de minería en el lecho de los ríos. Además, estas acciones deberían contar con estudios independientes que establezcan las posibles afectaciones tanto en el ambiente como en las comunidades aledañas.

En la demanda es alegado que este es un principio rector en las obras o proyectos que se ejecuten en el territorio nacional, ya que en relación al desvío o modificación del cauce de un río debe considerarse que podría producirse un “desequilibrio ecológico o incluso un desastre ambiental” (Demanda, 2017, p.9) por lo que, este enunciado se constituiría en un elemento fundamental del desarrollo sostenible, en especial, por su vinculación con las disponibilidades ambientales de las generaciones futuras.

Los accionantes destacan además que, la incertidumbre que deviene de las acciones de desvío -en relación a los posibles riesgos o peligros que se ocasionarían- exigen de conductas de “cuidado, diligencia y cautela el momento de tomar un (sic) decisión que pueda repercutir de forma adversa en el medio” (*ibid.*, p.10). Por ende, subrayan lo enunciado en los tratados internacionales que han recabado en sus textos este principio para la protección del medio ambiente, señalando que ello, torna en obligatoria su observancia así como la adecuación de las normas internas para su exigencia en el ordenamiento jurídico interno.

- Que, se vulneran los derechos de la naturaleza cuando con una autorización administrativa se faculta el desvío de cursos de agua. Siendo que además esta acción podría: (1) alterar la composición química de este recurso, pudiendo afectar a las especies que allí habiten o se desarrollen; (2) reducir la capacidad de transporte de materiales

sólidos de los ríos, ocasionando su acumulación en el lecho, afectando además su equilibrio ecosistémico y su profundidad.

Mediante este argumento se subraya la relación que existe entre el caudal del río y, la porción que sería objeto de desvío. A través de esta consideración se afirma que, la alteración del curso de un volumen significativo podría afectar de forma irreversible el equilibrio ecosistémico de ese cuerpo hídrico, alterando su calidad y características del agua donde se desarrolla la vida.

En relación a las potenciales variaciones químicas se alega que estas afectarían no solo a los ecosistemas presentes en dicho cuerpo hídrico, sino además, se estaría poniendo en riesgo a las zonas de influencia -recorrido-, lo cual se agravaría si se considera la pérdida de capacidad de transporte de materiales y, la alteración de la profundidad, toda vez que ambas, constituyen funciones principales de un cuerpo hídrico y su interacción, tiene un sentido propio en la naturaleza.

- Que, es necesario efectuar un estudio denominado: hidrogramas anuales, durante al menos 30 años, para poder planificar el desvío de un curso hídrico sin afectar de forma severa sus ecosistemas u orillas.

Esto, toda vez que los datos históricos de un río permiten el conocimiento de su comportamiento en el tiempo -frente a la ocurrencia de fenómenos naturales estacionales principalmente-, lo cual proporcionaría la información necesaria para determinar los límites permisibles de alteración de un caudal, sin perjudicar o afectar la vida que en él se desarrolla.

En tal sentido, la necesaria consideración de información estadística del caudal reduce los riesgos y permite que no se afecte de forma irreversible la cantidad y la calidad del agua, por tanto, se podría tender con mayor eficacia a la protección de los ecosistemas “acuáticos y orillas” que de él dependen.

- Que, las autorizaciones para el desvío de cursos hídricos se contraponen a lo previsto en el artículo 283 de la Constitución que refiere la necesidad

de que el sistema económico social y solidario del país guarde armonía con la naturaleza.

Argumento fortalecido con los postulados constitucionales enunciados en la demanda que destacan la obligatoriedad del Estado y sus funcionarios de aplicar en forma directa e inmediata todo aquello establecido en la norma suprema, además de la garantía de progresividad de los derechos, la necesaria aplicación e interpretación de las normas que más favorezcan su vigencia así como la interdependencia e igual jerarquía de esos derechos que además, son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes.

Así, los accionantes fundamentan este argumento en los preceptos garantistas de la Constitución, que, habiendo previsto la calidad de sujeto de derechos para la naturaleza, exigen la necesaria tutela del Estado en su ejercicio en ámbitos tales como el económico y el social, superando así la esfera ambiental de la conservación y destacando la necesaria integralidad de las visiones de sustentabilidad y sostenibilidad que además, hacen posible la consecución de derechos humanos.

- Que, la Autoridad Única del Agua no es competente para autorizar la modificación o desvío de los cursos de agua, así como acentúa la importancia de los caudales ecológicos consagrada en la Constitución. A decir de los accionantes, esta autorización administrativa estaría considerando al desvío del curso natural de un cuerpo hídrico como una “actividad común/simple de un proyecto minero” -que no se reviste de dificultad alguna o genera consecuencia destacable-, cuando ella es vulneratoria de derechos.

Por tanto, esta pretendida “normalización” atenta contra lo debidamente previsto en el texto constitucional por la afectación -empíricamente comprobada- de derechos constitucionales y ello, exige de la existencia expresa de competencias y atribuciones para la emisión de permisos, así como de elementos normativos de regulación. Así, la superación del mero trámite administrativo devendrá, tanto de la prevención -autorización- como del control -norma-.

- Que, por principio de jerarquía constitucional ninguna norma infra constitucional -Acuerdo Ministerial- podrá oponerse al texto de la Carta Política del país.

Lo cual se sustenta en la demanda desde la coherencia y unidad que se alega debe existir en el ordenamiento jurídico nacional, no solo por lo debidamente previsto en la Constitución respecto de su supremacía, sino además, por haber sido consagrada la justicia constitucional como una herramienta eficaz e idónea para la garantía de los derechos, entre ellos los de la naturaleza.

De la misma forma, los legitimados activos señalaron que lo antes referido permitiría la prevalencia del principio democrático y, especialmente, el poder efectuar el control de los poderes públicos y sus actuaciones.

En dicho marco y en relación al artículo 86 impugnado, la Corte consideró para su análisis el texto del artículo 21 del Acuerdo Ministerial No. 69 de publicación en el Registro Oficial No. 795 de 12 de julio de 2016, que lo habría reemplazado al momento del análisis y que correspondió al detalle inserto a continuación:

Art. 86.- Modificaciones de cursos de agua.- En el caso de que el proyecto minero requiera el desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, la Autoridad Ambiental competente solicitará el pronunciamiento de la Autoridad Única del Agua, dicho pronunciamiento será acogido dentro de la evaluación ambiental, dentro de sus competencias en gestión ambiental.

Sin perjuicio de la aprobación de los Estudios Ambientales, los Titulares Mineros previo a la ejecución de las actividades mencionada (*sic*) en este artículo, deberán obtener la autorización de la Autoridad Única del Agua.

Si por efecto de la autorización emitida por la Autoridad Única del Agua, el proyecto necesita realizar una modificación, el titular minero deberá coordinar con la Autoridad Ambiental competente lo establecido en el Art. 31 de este Reglamento.

La Autoridad Única del Agua informará a la Autoridad Ambiental Nacional las autorizaciones emitidas.

Enunciado que permite colegir que, a través de un pronunciamiento o permiso administrativo es posible efectuar el “desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos”. Asimismo, se establece que los permisos administrativos emitidos por las dos autoridades en mención -agua y ambiente- serían vinculantes, por lo que se establecería la necesaria coordinación interinstitucional para que los operadores mineros los obtengan en base a la misma información y estos sean coherentes entre sí. Sin embargo, se faculta la alteración de un caudal natural previo cumplimiento de trámites administrativos y en sujeción a medidas de prevención ambiental mínimas y predeterminadas, es decir, sin que medie su necesaria definición de conformidad a la que sea su especificidad.

Asimismo, el texto del artículo 136 del RAAM impugnado correspondió a lo siguiente:

Art. 136.- Desvíos de cursos de agua.- En el caso de que la actividad de minería artesanal de aluviales, metálicos, no metálicos y materiales de construcción requiera el cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua, la ficha ambiental será aprobada luego de obtener el permiso correspondiente por parte de la Autoridad Única del Agua.

Texto que pone de relieve lo que en líneas precedentes ya ha sido señalado y que se refiere a que, en el régimen de minería artesanal, de cualquier tipo -sin restricción-, se podrá efectuar el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico a través de una ficha ambiental y “un plan de manejo ambiental simplificado” lo cual circunscribiría a un supuesto volumen y formas de explotación, la posibilidad de estancar o cambiar la trayectoria un río.

Sin embargo, el desarrollo de esta actividad con fines de “subsistencia” o “emprendimiento” -tal y como corresponde a su definición- no prevé lo pertinente y que ha sido destacado a través de la presente investigación respecto de la información técnica y científica, conocimientos y costos que necesariamente son requeridos para poder hacer una intervención ambiental oportuna y eficaz de prevención o mitigación de impactos ambientales en un cuerpo hídrico.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

La acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos en análisis fue interpuesta por nueve accionantes, quienes comparecieron por sus propios y personales derechos y demandaron el 30 de junio de 2017 ante la Corte Constitucional del Ecuador la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 86 y 136 del RAAM.

Con fecha 11 de enero de 2018, la Sala de Admisión de dicha Corte signó esta acción con el número 32-17-IN. En febrero de 2018, tanto la Procuraduría General del Estado como el Ministerio del Ambiente presentaron escritos argumentando la improcedencia de la acción y solicitando su rechazo.

La Procuraduría da inicio a sus alegaciones destacando las competencias ministeriales consagradas en la Constitución que tienen relación con la expedición de regulaciones y políticas públicas en sus ámbitos de acción. Con relación a la que denomina “presunta vulneración de los derechos de la naturaleza” señala que, al ser el Estado el responsable de la consecución del régimen de desarrollo -en todas sus etapas- y, al ser los sectores estratégicos parte de las competencias exclusivas del Gobierno, existiría una “correcta y beneficiosa interacción entre el derecho al desarrollo económico de la nación y los derechos de la naturaleza” (Escrito PGE, 2018, p.4).

Adicionalmente, acorde con el criterio proporcionado a la Corte por la PGE, los accionantes no habrían aportado elementos probatorios relacionados con la vulneración de derechos que se producirían por los artículos impugnados del RAAM, así como fue puesto de manifiesto que, la Autoridad Única del Agua estaría facultada a autorizar el desvío de un curso de agua siempre que se cumpla con los requisitos previstos al efecto en la ley, para que dicho caudal regrese a su cauce original previo tratamiento.

A decir de la PGE, esto es posible ya que “ni el constituyente ni el legislador (*sic*), han manifestado su intención de prohibir o impedir que la Autoridad Única del Agua o la Autoridad Ambiental Nacional, puedan autorizar la modificación el curso de un río (*sic*)” (Escrito PGE, 2018, p.7).

Ante ello deben ser resaltados dos elementos de preocupación, el primero relacionado con la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental, que

estando consagrada en el artículo 397 de la norma suprema, en forma indiscutible y evidente obligaba al Estado a aportar con la carga probatoria acerca de la constitucionalidad de lo impugnado y no así a los accionantes.

La segunda alegación, justificada en la cita sin contexto de dos artículos de la LORHUAA (arts. 76 y 77), a la luz de lo previsto en los artículos 411 (garantía de la conservación del agua y regulación de actividades que afecten la calidad o cantidad de este recurso) y 412 (definición de la Autoridad Única del Agua) de la Constitución, pretendería dar legitimidad a la actuación de estas dos autoridades en mención, adoleciendo de argumentos sustentados así como de un análisis mínimo, que al menos, genere duda respecto de lo planteado por los accionantes.

Por su parte, el Ministerio del Ambiente -MAE a esa fecha- sostiene que los artículos impugnados no contravienen el ordenamiento jurídico, sino que se “acoplan” (Escrito MAE, 2018, p.6) ya que de ser requerido el desvío del curso de un río, debería observarse prelación de usos del agua prevista en la Constitución (art. 318). Además, pone de manifiesto lo siguiente: “no podría existir una modificación del curso natural de un cuerpo hídrico, sino se respeta el mantenimiento del caudal ecológico” (Escrito MAE, 2018, p.7).

Ante ello es necesario acotar que, siendo que el orden de distribución del líquido vital no tiene relevancia respecto de la alegación efectuada por los accionantes, así como dar por hecho que, la modificación de un cauce respetará el caudal ecológico por el mero cumplimiento de lo previsto en las normas infra constitucionales para la obtención de permisos -ambientales y de la autoridad única del agua-, es evidente que lo manifestado por el MAE en esta oportunidad se circunscribe a un análisis formalista y superficial, que no toma en cuenta las alegaciones constantes en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta así como conduce a conclusiones sin fundamento que no aportan al análisis de la Corte.

Adicionalmente, el MAE cuestiona la motivación de los demandantes toda vez que estas se basarían en “meras suposiciones de hecho” (*ibid.*, p.7) sin aportar elementos de sustento o pruebas de que el Estado sí “aplica medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de las especies, la destrucción de los ecosistemas o la alteración permanente de ciclos naturales” (*ibid.*), es decir que, lo argumentado por la Autoridad Ambiental Nacional

nuevamente incurre en la inobservancia de lo dispuesto en el texto constitucional que tiene relación con la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

Asimismo, fueron interpuestos cinco escritos de impulso por parte de los accionantes, a través de los cuales se solicitó en forma adicional a lo ya requerido, la realización de un peritaje o estudio técnico que permitiera evidenciar el impacto y consecuencias de aquello impugnado como inconstitucional.

Conforme sorteo efectuado el 09 de julio de 2019, la jueza ponente conoció la causa y dispuso su continuidad mediante notificación a las partes. Tal y como se desprende de la sentencia, esta autoridad no consideró necesaria la ejecución del peritaje requerido por los accionantes, por lo que dio continuidad a la tramitación de la causa.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

En primer término y para la determinación de los problemas jurídicos, la Corte establece que los accionantes se habrían centrado “únicamente en la presunta vulneración del principio de precaución, los derechos de la naturaleza, la protección de caudales ecológicos y la jerarquía constitucional” (sentencia No. 32-17-IN/21, prr.30).

Sin embargo, en razón de la carga argumentativa que debe ser proporcionada en toda acción pública de inconstitucionalidad, así como en virtud de las disposiciones normativas referidas al contenido mínimo de las sentencias de control abstracto (LOGJCC, a. 91.2.c), a criterio de la Corte, el argumento de los accionantes guardaría relación con la presunta inobservancia del principio de reserva de ley y no con la supuesta incompatibilidad de las normas impugnadas como inconstitucionales toda vez que éstas, autorizarían el desvío de los cursos de agua para la realización de proyectos mineros, lo cual, no habría estado previsto en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA), y razón por la que se habrían vulnerado derechos e inobservando la Constitución.

En consecuencia, la Corte, en aplicación del principio *iura novit curia* reconduce lo argumentado y requerido por los accionantes para proceder con el análisis de la presunta incompatibilidad de los artículos y lo siguiente:

- Los derechos de la naturaleza,

- El principio precautorio,
- La protección de los caudales ecológicos y,
- La reserva de ley.

Sobre los derechos de la naturaleza.

La Corte se pronuncia respecto de la relación de los derechos de la naturaleza, consagrados en los artículos 71 y 72 de la norma suprema y, los permisos o autorizaciones emitidas por el Estado para que las actividades mineras o de minería artesanal efectúen el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico.

En forma primera se destaca que el objetivo de dichos permisos debe ser la tutela de los derechos, por lo que determina como fundamental, el “anticipar la responsabilidad que podría implicar” (sentencia No. 32-17-IN/21, prr.73) su otorgamiento sin haberse previsto lo pertinente.

El fallo en análisis señala además que, la autorización de la Autoridad Única del Agua no debería constituirse en un mero trámite administrativo por las posibles consecuencias que derivarían de la falta de implementación de medidas preventivas o de mitigación al producirse el desvío o alteración del curso del agua.

Al respecto debe señalarse lo siguiente:

Siendo la naturaleza sujeto de derechos, la consideración de su integralidad demanda de un análisis más profundo respecto de las posibles afectaciones derivadas del otorgamiento de un permiso ambiental toda vez que, las acciones de “desvío” o “estancamiento” que refiere la Corte, podrían tener varias implicaciones, a saber:

- a. Contaminación por: falta de tratamiento adecuado en la fuente -en ese tramo-, filtraciones que afecten el suelo circundante o los cauces y depósitos subterráneos -dependiendo del nivel freático- así como la integridad del cuerpo hídrico si la calidad o los parámetros mínimos aceptables para su reincorporación no son los óptimos;
- b. Alteración de los ecosistemas presentes en el área de desvío, aguas abajo y en las riveras del curso natural;
- c. Afectación a usuarios de agua en la parte baja del curso hídrico desviado o estancado;

- d. Riesgo para las especies animales y vegetales del área de intervención y de aquellas que se encontraren aguas abajo.

Por tanto, es evidente que no es solo un tema de prevención ya que la protección de los derechos de la naturaleza, por la acción de la actividad minera - artesanal o no-, demanda de la elaboración de estudios técnicos y científicos que permitan determinar los potenciales riesgos y daños, para en base a ellos, diseñar medidas oportunas y eficaces de prevención, mitigación y reparación. Esto, no es posible cuando el operador minero deba obtener una ficha ambiental -hoy registro ambiental- sin importar o ser determinante la escala a la que desarrolle su actividad, el tiempo que decida ejecutarla o dónde lo haga -no es lo mismo colindar con un bosque que estar a pocos metros de un centro poblado-.

En consecuencia, deberá elaborarse un estudio de impacto ambiental (EIA) con su correspondiente plan de manejo para el diseño e implementación de medidas de control efectivas y oportunas, tanto de prevención como de mitigación de impactos, donde la profundidad del análisis sea determinado por la Autoridad Ambiental Nacional -conforme características y condiciones de los lugares de intervención de las actividades mineras- y lo cual, además, contribuirá a la efectividad de las medidas de control del Estado respecto de la ejecución de estos instrumentos.

La acción del Estado -responsabilidad- no debe limitarse a la expedición de permisos, ya que la garantía de los derechos de la naturaleza debe efectuarse desde la prevención y el control -conforme el caso en análisis-.

De la misma forma, de la lectura del fallo se podría colegir que, el contar con un permiso para el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico sería suficiente para “alterar la naturaleza” ya que se habría cumplido con los elementos previstos en una norma infraconstitucional para su otorgamiento. Esta concepción errada y nociva requiere de una reglamentación clara -conforme lo dispuesto al efecto en la norma suprema- y su observancia por parte de los operadores de minería artesanal, por los riesgos que representa para la naturaleza el mal uso o el abuso de permisos que responden a un mero trámite administrativo.

En relación a la categorización ambiental, como ha sido mencionado en líneas precedentes, ella tiene sentido cuando clasifica las actividades que afectan al

ambiente, para que, desde sus especificidades, se diseñen medidas de prevención o mitigación que permitan minimizar los impactos que se producirían en la naturaleza con su ejecución y se disminuyan los tiempos de trámite para la obtención de dichas autorizaciones. Este criterio de actuación estatal previa, responde además, a los principios constitucionales de prevención, precaución, participación activa, sostenibilidad, etc. que siendo mandatos de ejecución, fueron previstos por el constituyente para el cuidado de la naturaleza en forma complementaria a los derechos que le hubiera reconocido.

Por tanto, reducir la responsabilidad del Estado en la tutela de los derechos de la naturaleza a la expedición de permisos administrativos no se adecúa al espíritu del constituyente consagrado en la norma suprema, así como demanda de una regulación orgánica que prevea el núcleo esencial de esos derechos y, la determinación del alcance de las limitaciones, para que el establecimiento de los aspectos operativos, de control, de sanción, entre otros, sea previsto desde la normativa infra constitucional ordinaria.

Sobre el principio precautorio.

La Corte inicia su análisis desde la alegación de los accionantes referida a que el desvío de un curso hídrico, para la ejecución de actividades mineras, vulnera el principio precautorio, en razón de la falta de estudios científicos y técnicos sobre los potenciales efectos de esta acción en el ambiente, mismos que permitirían la implementación de medidas de prevención o mitigación de impactos, así como la emisión de una autorización o permiso conforme lo determinado en la ley al respecto.

Los criterios señalados en la decisión refieren, en abstracto, a que la exigencia de un permiso constituye una medida de restricción o control por parte de las autoridades estatales y, en concreto, a que conforme las particularidades de cada caso “deberá evaluarse, con información técnica y científica, si el principio de precaución es o no aplicable y, de ser procedente la autorización o el permiso deberá garantizarse el principio de prevención” (Sentencia No. 32-17-IN/21, prr.79). Ello, evidencia cómo la Corte ha establecido la prelación a ser observada frente a la existencia de incertidumbre de daño, para la emisión de los permisos que pudieran

involucrar el desvío de cursos hídricos, toda vez que dicha falta de certeza, constituye la base que diferencia los principios complementarios enunciados.

Asimismo, en el fallo se destacan dos elementos que constan en la norma ambiental infraconstitucional y que tienen relación con la elaboración de estudios técnicos que gocen de rigurosidad técnica y jurídica, así como sea garantizada su elaboración independiente (CODA, art. 180). Sin embargo, esto opera cuando los que se construyen son estudios de impacto ambiental (EIA), que como se señaló en líneas precedentes, son exigibles para actividades de mediano y alto impacto o riesgo, toda vez que actividades como la minería artesanal, se acogen a un plan de manejo ambiental mínimo -ya definido y específico (CODA, art. 178)- por corresponder a la categoría definida como de bajo impacto.

Consecuentemente, la rigurosidad de las medidas previstas en los planes de manejo ambiental para las actividades de minería artesanal dependerá del contenido que el MAATE determine para ellos, así como su implementación estará supeditada a las acciones de control que se efectúen respecto de su cumplimiento. Es decir que, la efectividad de la prevención recae de forma fundamental en el Estado.

Otro elemento que debe ser relevado es el énfasis que la Corte pone en la exigencia de un permiso o autorización para la garantía del principio de prevención y la tutela de los derechos de la naturaleza. Señala que, la necesaria emisión de un permiso, no resta responsabilidad a las instituciones del Estado de efectuar acciones de control, para que el uso del líquido vital, que signifique el desvío o estancamiento de su cauce natural- se efectúe sin afectaciones, lo cual a criterio de la Corte, debe necesariamente constar en una ley.

Es evidente que, al mencionar la necesidad de regular la acción estatal, para la garantía de los derechos de la naturaleza, frente a potenciales afectaciones devenidas de actividades cuyos impactos pueden o no contar con información que determine su certidumbre o no de daño, la Corte se refiere a la expedición de una ley orgánica (o su inclusión en ella), tal y como la Constitución lo ha determinado (CRE, art. 313 numerales 1 y 2).

Sobre la protección de los caudales ecológicos.

A este respecto la Corte centra su análisis en dos elementos fundamentales, a saber: las competencias de la Autoridad Única del Agua en relación a la emisión

de autorizaciones para el desvío de cursos naturales del líquido vital y, la incidencia de la acción de desvío en el caudal ecológico de un río.

En relación al primero se señala que, entre las facultades de la entidad en mención como “responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos” (Sentencia No. 32-17-IN/21, prr.87) no se encuentra “la potestad de autorizar la modificación o el desvío de cursos de agua” (*ibid.*, prr.84) ya que esta se circunscribiría únicamente a la emisión de un permiso de uso con fines productivos o aprovechamiento.

Así, la Corte diferencia a la actividad aprovechamiento del agua de aquella denominada desvío por sus implicaciones en el caudal ecológico de un cuerpo hídrico, entendido como aquel que permite como mínimo mantener la vida que de forma natural allí habitaría, y ya que este “se encuentra constitucionalmente protegido” (Sentencia No. 32-17-IN/21, prr.88) conforme reza en el artículo 411 de la norma suprema. Por tanto, se enfatiza y reitera la necesidad de que la facultad de autorizar el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico conste de forma expresa en una ley para la garantía de “conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico” (*ibid.*).

Finalmente, se hace una mención expresa al “trasvase de un cuerpo hídrico”, que siendo una actividad que modifica el curso natural de un río, su autorización es una competencia de la Autoridad Única del Agua conforme se desprende del literal u) del artículo 18 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA).

Como síntesis de los problemas jurídicos planteados por la Corte y en virtud de los elementos antes expuestos, se colige lo siguiente:

- El objetivo de los permisos que emita el Estado para que las actividades mineras efectúen el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico debe ser la tutela de los derechos de la naturaleza.
- Estos permisos no deben constituirse en un mero trámite por los riesgos que implicaría para la naturaleza la falta de implementación de medidas de prevención y mitigación, cuyo control es deber del Estado.

- Para una adecuada, oportuna y efectiva determinación de medidas de prevención y mitigación de potenciales impactos ambientales devenidos de la actividad minera -artesanal o no- se deberá contar con estudios de impacto ambiental y planes de manejo elaborados de forma técnica, científica e independiente.
- Debe constar en una ley orgánica lo pertinente a la potestad de emisión de autorizaciones para actividades que impliquen el desvío o modificación de cuerpos de agua, desde la óptica de su esencia que es, la potencial vulneración de los derechos de la naturaleza
- Aquello referido a las medidas de control que permitan prevenir y mitigar potenciales afectaciones, así como lo pertinente a los trámites y demás elementos de forma que correspondan a las autorizaciones, deberán constar en una ley ordinaria.

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación al derecho objeto de análisis

En relación al principio de reserva de ley, objeto central de análisis de la presente investigación, la Corte en su sentencia No. 32-17-IN/21 ha señalado lo siguiente:

Primeramente, fue reiterado aquello resaltado en otras decisiones que reza “el principio de reserva de ley busca asegurar la protección de los derechos y garantías encargando la regulación de su ejercicio a una norma de carácter general emanada del órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido” (Sentencia No. 32-17-IN/21, prr.50) por lo que, se procede con la determinación de existencia de restricciones de derechos en el desvío de cursos naturales de agua así como con la verificación de previsión de esta facultad en una ley orgánica, toda vez que ambas cuestiones constan en los artículos 86 y 136 del RAAM impugnados.

Siendo el caudal ecológico un elemento natural cuya conservación, recuperación y manejo integral están constitucionalmente protegidos (art. 411) y, toda vez que existe evidencia científica de su importancia e injerencia en los ecosistemas -tal como ha sido debidamente destacado en líneas precedentes-, las

acciones de desvío o estancamiento de un curso natural, a criterio de la Corte, tienen injerencia en derechos de seres humanos y de la naturaleza.

En tal sentido, subrayando los potenciales efectos que podrían derivarse de cambios en los cursos del agua, así como su incidencia directa en los derechos constitucionales, se determina que esta posibilidad debe estar prevista en una ley orgánica, lo cual prevé, tanto la facultad de autorización como la determinación de los límites a los derechos de la naturaleza.

Respecto de la potestad para la emisión de tales autorizaciones, la Corte encuentra que, a pesar de la diferencia que existe entre uso del agua y desvío del caudal para el desarrollo de actividades mineras, es la complejidad que existe en la predicción los efectos que pudieran ocasionarse con su ejecución, la que hace necesaria que ésta última actividad sea regulada por ley.

En razón de que los artículos del RAAM impugnados habrían incluido en su texto que es la Autoridad Única del Agua, la que previa aprobación de una ficha ambiental por parte del Ministerio competente, podría autorizar el desvío de un cuerpo hídrico y, siendo que en la norma infraconstitucional no consta de forma expresa esta competencia, esto resulta contrario al principio de reserva de ley consagrado en la norma suprema en virtud de su incidencia directa en la limitación de derechos constitucionales.

Lo antes señalado obedece a la importancia de aquello relacionado con los derechos de la naturaleza para el Estado y los ciudadanos, así como a la garantía de que su desarrollo sea progresivo -al igual que aquel de los derechos humanos-, por tanto, toda restricción de esos derechos demanda de la existencia de consensos y procedimientos de aprobación de mayoría absoluta por parte del legislativo para su sanción, como salvaguarda de la democracia y la representatividad, así como en forma especial, por respeto irrestricto al texto constitucional.

Se reviste de especial importancia además, la garantía de legitimidad de las restricciones o limitaciones que sean dispuestas a los derechos de la naturaleza por su estrecha e interdependiente relación con los derechos humanos sobre el ambiente. Así, estas decisiones deberán corresponder a procesos donde todos los ciudadanos -políticamente representados- participen en la construcción y discusión de lo que posteriormente, será una ley orgánica devenida de la voluntad popular.

De la misma forma, la decisión en análisis destaca la obligación de las instituciones del Estado de adecuar formal y materialmente las leyes y normas del ordenamiento jurídico conforme a lo establecido en el texto constitucional (CRE, art. 84), por lo que aquello dispuesto en la LORHUAA así como en la Ley de Minería y el RAAM deberá estar acorde con aquello consagrado en la norma suprema, así como prever lo pertinente a los mecanismos para su exigencia ya que esto redundará en la protección material de tales derechos conforme los límites dispuestos en la Constitución, en especial, aquellos referidos a los ámbitos de competencia de los legisladores.

Por lo que, de conformidad a los elementos expuestos en la sentencia en análisis, se puede colegir que:

- La regulación de los elementos previstos en los artículos del RAAM impugnados como inconstitucionales mediante una ley orgánica permitiría la observancia del texto constitucional así como la garantía de su supremacía, de la misma forma que se coadyuvaría a la limitación del poder estatal en la emisión de autorizaciones para el desvío de un curso de agua natural.
- Como garantía del orden democrático, la sanción de una ley orgánica que prevea lo pertinente al contenido esencial de los derechos de la naturaleza, conforme lo dispuesto al respecto en la Constitución, así como los mecanismos para su exigencia, dotará a estas disposiciones de la rigidez necesaria frente a potenciales actuaciones de los poderes de turno.
- Una adecuada definición de las competencias del Estado en materia ambiental, específicamente en aquello que tiene injerencia con los derechos de la naturaleza -a través de una ley orgánica- facilitará la consecución de acciones de prevención y control, mismas que se efectuarán de forma legítima y obligatoria, así como serán sujetas de control político y social por parte de las instancias debidamente previstas en el texto constitucional.
- Al haber sido consagrados los derechos de la naturaleza y su calidad de sujeto de ellos como parte del modelo garantista del Estado ecuatoriano,

el cumplimiento de mecanismos democráticos para la sanción de una ley orgánica, a través de un organismo representativo que goza de legitimidad para la limitación o restricción de derechos, se constituye en una garantía para su ejercicio y exigencia, toda vez que su tutela es obligación primera de dicho Estado.

Análisis crítico a la sentencia constitucional

Una vez analizada la sentencia No. 32-17-IN/21 de control abstracto de constitucionalidad de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM), que permitían la modificación de cursos naturales de agua por parte de proyectos mineros, a continuación se procederá con el análisis crítico de la misma, destacando en forma primera la importancia que reviste esta decisión en el sistema de justicia constitucional del país y, continuar con lo propio, respecto de los argumentos esgrimidos por la Corte. Posteriormente, se hará mención a los métodos que habrían sido empleados por el organismo emisor para la solución de lo impugnado por los accionantes y, finalizar este acápite con una propuesta de solución del caso, planteada a través de un voto concurrente.

Importancia del caso en relación al estudio constitucional ecuatoriano.

La importancia de la sentencia analizada radica en la aplicación del principio de reserva de ley en la tutela de los derechos de la naturaleza, específicamente, en relación a los cursos de los ríos y su caudal ecológico, lo cual obedece al análisis integral que efectúa la Corte, que, superando la lógica formalista, incorpora en sus consideraciones varios elementos que permiten la garantía de esos derechos constitucionales.

Desde la lógica formal, el análisis pudo haberse centrado en la existencia de las competencias de las Autoridades Única del Agua y Ambiental Nacional para la emisión de autorizaciones que permitieran la atención de los requerimientos de la actividad minera -uso del agua-, así como en la determinación de la compatibilidad de dichas normas con el texto constitucional. Una evaluación así hubiera podido arrojar un resultado diferente al generado a través de la decisión signada con el número 32-17-IN/21.

Por tanto, que la Corte haya incluido en sus consideraciones, a más de la reserva de ley, lo pertinente a los derechos de la naturaleza, el principio precautorio

y el caudal ecológico -desde su importancia ecosistémica-, significa un cambio de paradigma en la generación de jurisprudencia referida a la naturaleza en su condición de sujeto de derechos.

Adicionalmente, que el máximo organismo de interpretación constitucional haya establecido que los permisos ambientales no deben constituirse en “mero trámite” refuerza aquello establecido en la norma suprema que tiene relación con los deberes del Estado respecto de la naturaleza, el ejercicio de los derechos y garantías consagradas en la Constitución así como lo pertinente a la necesidad de fortalecimiento de las acciones de control, no solo para las actividades mineras sino para todas aquellas que puedan afectar a los recursos naturales, en virtud de la observancia de los principios de prevención y precautorio.

Consecuentemente, los compromisos internacionales asumidos a través de la suscripción de tratados internacionales relacionados con temas ambientales deben traducirse no solo en la adecuación de la normativa interna, sino además en las decisiones que emanan de la Corte Constitucional, que permiten el desarrollo del contenido esencial de los derechos -de la naturaleza- así como la expulsión del ordenamiento jurídico de todo aquello contrario al texto constitucional así como a aquello devenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En ese ámbito, al ser la naturaleza sujeto y objeto de derechos, tanto en cuanto goza por sí misma de derechos constitucionales, así como es parte de los derechos humanos -p.e. vivir en un medio ambiente sano- su tutela integral demanda de adecuaciones del derecho y sus fuentes, es decir, que es necesaria una evolución normativa que permita a las futuras generaciones, hacer uso y goce de lo que hoy disfrutamos y que es vulnerable por la acción humana.

Claramente, la decisión analizada constituye un precedente fundamental en la construcción de lo necesario para el ejercicio y exigencia de los derechos de la naturaleza, así como pone de relieve además, la tendencia garantista de la conformación de la Corte responsable de su emisión.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional.

Los fundamentos que la Corte utiliza para la emisión de su decisión priorizan la defensa de los derechos de la naturaleza toda vez que:

- Dan inicio al análisis de lo requerido por los accionantes desde la visión de los derechos consagrados en los artículos 71 y 72 de la Constitución que prevén lo relacionado con el respeto integral a la existencia, la restauración, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, así como a la restauración de la naturaleza, lo cual evidencia el cambio de paradigma del derecho positivista a uno garantista en la Corte Constitucional.
- Utiliza los principios precautorio y de prevención para demostrar la importancia de los estudios ambientales -técnicos, científicos e independientes- aprobados en forma previa a la ejecución de actividades como la minera, cuyas afectaciones potenciales gozan de evidencia empírica suficiente.

Sin embargo, esta autoridad relaja los requerimientos de información ambiental para el desarrollo de actividades de minería artesanal, circunscribiendo sus obligaciones ambientales a un instrumento mínimo como lo era la ficha ambiental, hoy registro ambiental, cuya demanda de acciones de prevención conforme lo dispuesto en el plan de manejo ambiental que les corresponde es mínima.

La oportunidad de extender la responsabilidad ambiental hasta las actividades denominadas como “artesanales” en materia minera era decisiva, sin embargo, esta no fue aprovechada en su totalidad.

- La Corte señala que el control que debe hacer el Estado es igual de importante que la obtención de un permiso u autorización administrativa, toda vez que estos no constituyen un simple trámite a efectuar por parte de los operadores mineros. Aquí, pudo haberse enfatizado en la responsabilidad de los funcionarios públicos de tutelar los derechos de la naturaleza, así como en las acciones de control -desde la planificación hasta la ejecución e inicio de procesos de sanción si hubiere a lugar- toda vez que la información primera de las actividades mineras a desarrollar, cronogramas de ejecución, zonas de intervención, entre otros detalles, son de su conocimiento el momento del inicio de los trámites a su cargo.

La prevención -emisión de permisos- y el control ambiental deben efectuarse con la misma rigurosidad y con frecuencias acordes a la actividad en desarrollo. Consecuentemente, las políticas públicas y las previsiones presupuestarias de todas las instituciones del Estado deben corresponder a las necesidades de los territorios donde se ejecuten actividades que signifiquen riesgo ambiental, para el caso, deberán propender a la tutela de los derechos de la naturaleza.

- En el fallo se reconduce el análisis respecto de lo demandado por los accionantes en virtud del principio *iura novit curia*. La lógica planteada por la Corte permite profundizar en los elementos más sensibles expuestos en la demanda de inconstitucionalidad que refirieron la vulneración de los derechos de la naturaleza por la existencia de dos artículos de un reglamento que se presumían inconstitucionales.

Aquí, la aplicación de este principio permitió efectuar un análisis que superó la concepción antropocéntrica de la naturaleza, dejando de lado los conceptos utilitarios -uso del agua y su prelación en las actividades mineras- para analizar las alegaciones que se hicieran desde una visión garantista de derechos, aquellos de la naturaleza.

Por tanto, en esta oportunidad, que los jueces “conozcan el derecho” y que las meras formalidades no hayan constituido riesgo alguno para la justicia constitucional -en el presente caso, el control abstracto-, evidencia la observancia de lo consagrado en la Constitución por parte de la Corte, así como la aplicación de los principios antes que las reglas en favor de la vigencia de los derechos.

- Cuando la Corte efectúa el análisis del caudal ecológico lo hace desde la óptica de su relevancia para el ecosistema, no solamente a la luz de los usos del agua y su prelación. Esta concepción que supera el ámbito formal permite resaltar la importancia y el riesgo que una acción de “desvío” puede tener en la vulneración de derechos de la naturaleza.

Así, se ha dado contenido a uno de los elementos que forman parte de la naturaleza, lo cual permitirá su exigencia posterior desde una óptica

diferente, desde la visión garantista de la exigencia de derechos que supera aquella utilitarista de antaño.

- Respecto del principio de reserva de ley, la sentencia mantiene de forma constante que es la única vía para la limitación o restricción de derechos constitucionales. Esto supone una garantía para la democracia, así como el respeto irrestricto a la división de poderes del Estado, pero además, se constituye en una evidencia clara de la supremacía constitucional y todo lo que ella implica en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, la Corte como máximo organismo de interpretación constitucional, con facultad para la expulsión del ordenamiento jurídico de aquello que no esté acorde con el texto de la norma suprema, cumple con una de sus funciones principales, que es la garantía de los derechos a través del trámite de una acción de inconstitucionalidad. En esta oportunidad, evidenciando una práctica garantista más que formalista.

Métodos de interpretación.

La Corte utilizó para su decisión varios métodos de interpretación constitucional, siendo que hizo prevalecer aquello relacionado con el sentido más favorable para la vigencia de los derechos constitucionales de la naturaleza, así como lo dispuesto en la norma suprema, de conformidad a lo siguiente:

- De acuerdo al método de interpretación evolutivo o dinámico, la Corte analizó los artículos de la norma impugnados como inconstitucionales a partir de la realidad viva de los elementos de la naturaleza a los que se refería, esto es, el caudal ecológico y su relación con los derechos de la naturaleza, en virtud de su calidad de sujeto de ellos. Esto implicó que, a partir de la definición constante en el texto normativo (LORHUAA) se produjo un nuevo contenido que no se circunscribió en forma expresa y única al texto, sino que dio sentido al espíritu del constituyente cuando dotó contenido a un elemento natural como el caudal de un río, que es parte de la naturaleza.

De esta forma, la Corte concibió al curso natural de un cuerpo hídrico como un organismo que alberga otras formas de vida y que además, contribuye a su desarrollo y supervivencia -incluido el ser humano-,

haciendo primar en su decisión la interpretación de lo que la norma determinaba como “permiso u autorización de desvío” como una acción potencial de vulneración de derechos -cuando su falta de rigurosidad así lo evidencie-, lo que permitió concluir que, al tratarse de una actividad que limitaba derechos, esta debía ser regulada por una ley orgánica, conforme lo dispuesto por la Constitución.

- A través del método de interpretación teleológico, lo dispuesto por los artículos argüidos como inconstitucionales fue analizado desde su fin previsto en su texto de origen, así como lo pertinente constante en el constitucional.

Siendo que los artículos del RAAM impugnados facultaban la emisión de permisos para el desvío o estancamiento de cursos naturales de agua, en el entendido de la ejecución de actividades mineras debidamente reportadas y por ende, autorizadas a través de una autoridad pública -cuyo deber es la garantía del ejercicio de los derechos-, con el presumible fin de protección de los recursos hídricos, en la interpretación de la Corte, primó ese presunto objetivo y no lo siguiente: que la autoridad única del agua no tuviera competencia, que una vez emitido el permiso no se definía lo pertinente a la acción necesaria de control, que a través de un instrumento mínimo -ficha ambiental- se pretendiera prevenir o mitigar los impactos que la actividad minera pudiera generar al agua, entre otros.

En consecuencia, los métodos dinámico y teleológico utilizados por la Corte para la emisión del pronunciamiento analizado permitieron el alejamiento del enfoque positivista tradicional en favor de la generación de una decisión garantista de derechos, que dotó de contenido al elemento natural caudal del río como parte de la naturaleza, dando pie a la creación de jurisprudencia que desarrolla los derechos de ese sujeto en el país.

Propuesta personal de solución del caso: Voto concurrente

1. En observancia a lo dispuesto en el artículo 38 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se presenta el siguiente voto concurrente a la sentencia No.

32-17-IN/21 aprobada por mayoría en sesión de 09 de junio de 2021, que resolvió: (1) aceptar la acción pública de inconstitucional y, (2) declarar que los artículos 86 y 136 del RAAM son inconstitucionales por inobservar el principio de reserva de ley.

2. El criterio emitido a continuación es coincidente con la decisión adoptada por el pleno de la Corte, de la misma forma que con la generalidad de los fundamentos de ella. Sin embargo, se considera necesario poner de manifiesto los siguientes criterios que se apartan del razonamiento de la decisión: (1) Sobre la titularidad de derechos de los elementos que componen la naturaleza, (2) Sobre los principios precautorio y de prevención y, (3) Sobre el derecho a un medio ambiente sano y sustentable.

Sobre la titularidad de derechos de los elementos que componen la naturaleza.

3. Al ser incipiente el desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto de la naturaleza en calidad de sujeto, los elementos que la componen requieren del desarrollo de sus derechos para la garantía de su exigencia, su uso y goce, así como lo pertinente a los niveles de protección.
4. En la sentencia No. 32-17-IN/21 se reconoce la importancia de los caudales ecológicos, sin embargo, el elemento natural río, cuyo caudal permite tanto el ejercicio de los derechos humanos, como aquellos constitucionales de la naturaleza que tienen relación con su existencia integral, el mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales y su restauración, debe ser reconocido como un ecosistema sujeto de derechos, ello, en virtud de su consagración constitucional así como aquella que han efectuado los instrumentos internacionales, por su determinante rol y funciones en los ecosistemas y la vida del hombre. Por tanto, todo lo pertinente a su regulación deberá estar contenido en una ley orgánica ya que esta garantía normativa, faculta la exigencia de los derechos y su tutela tal y como ha sido previsto en la norma suprema.

Sobre los principios precautorio y de prevención.

5. Aunque los principios precautorio y de prevención se refieren en la sentencia como parte de las responsabilidades de los operadores mineros

artesanales de contar con los permisos ambientales determinados en la normativa de materia, se resta importancia a las acciones de control que constituyen deberes del Estado, adicionales a la emisión de autorizaciones y permisos ambientales. Deberá constar en la regulación infra constitucional del MAATE lo pertinente a las acciones de control de las actividades que se regulan mediante registro ambiental, su planificación, ejecución, responsables y aquello que devenga de los hallazgos resultantes de su desarrollo.

6. La legislación ambiental que determinó que las actividades mineras denominadas artesanales debía regularse mediante una ficha ambiental -hoy registro ambiental- debe reconsiderar esta decisión en base a la certeza de daño que ocasionan y, exigir la construcción de estudios técnicos y científicos independientes para la emisión de autorizaciones. Lo propio para aquellas otras actividades cuyo desarrollo requiera del uso del líquido vital. Ello, toda vez que cualquier afectación a este u otros recursos naturales redundará en la vulneración de los derechos de la naturaleza y ya que solamente con exigencias de dicha magnitud, se podría observar a cabalidad lo determinado a través de los principios precautorio y de prevención.
7. El derecho humano al agua prevé el acceso a un recurso de calidad, por lo tanto, la obligatoriedad de las actividades mineras de realizar el tratamiento previo a su descarga y devolución a su curso natural demanda de mayor control por parte de las autoridades públicas en la materia. El control social constituye una herramienta de fundamental importancia para el desarrollo de esta acción en territorios donde el Estado no tiene capacidad de llegar con la frecuencia necesaria. Por tanto, apoyarse y capacitar a la sociedad organizada para efectuar acciones de control, que además están debidamente previstas en la Constitución, coadyuva a la tutela de este derecho humano así como también de aquellos derechos de la naturaleza que tienen relación con ello. Estas acciones deberán estar reguladas en normativa infra constitucional del MAATE.
8. Las garantías constitucionales demandan de la existencia de normas, garantías jurisdiccionales y políticas públicas para la efectividad del

ejercicio y exigencia de los derechos, por tanto, es menester que el Estado y sus instituciones cuenten con directrices claras, acordes con la realidad viva del país y el estado de sus recursos naturales así como con presupuestos que les permitan cumplir a cabalidad con sus competencias. Asimismo, deberán reformularse las políticas públicas vigentes de modo que estas permitan hacer efectivos los derechos de la naturaleza y aquellos de los seres humanos relacionados con ella.

Sobre el derecho a un medio ambiente sano y sustentable.

9. La Constitución ha reconocido el derecho humano a “vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir” (art. 14) sin embargo, el desarrollo de actividades contaminantes, que ostentan permisos laxos y que no cuentan con adecuados mecanismos de control, vulnera este derecho toda vez que los daños que se producen a los ecosistemas no son subsanables en su totalidad, por eso se habla en la normativa ambiental de prevención, reparación, mitigación de impactos y compensación.
10. Toda vez que el logro del buen vivir no es posible en un ambiente degradado y cuyo equilibrio ha sido afectado, es menester que el Estado a través de sus instituciones y conforme a sus competencias, revise y actualice su regulación en materia ambiental, así como desarrolle al control como una herramienta de protección de los derechos de la naturaleza, debiendo ser ello extensivo a todos los elementos que la componen.
11. Las autorizaciones que emita el Estado en materia ambiental deben dejar de constituir un “mero trámite” ya que el respeto y la tutela de los derechos de la naturaleza es responsabilidad de todos los ecuatorianos (CRE, art.83.6) pero en forma primera, es un deber primordial del Estado (CRE, art.3.7). En tal sentido, la información que deba ser proporcionada y de la que depende el diseño de las medidas de prevención a ser ejecutadas en las actividades y proyectos, debe ser consignada de forma proba y responsable. Esto conllevará la necesaria y obligatoria verificación por parte de las autoridades públicas con competencia para el efecto, así como el inicio de las causas que hubiere a lugar.

12. Asimismo, ante las evidencias científicas de daño, es necesario que la Autoridad Ambiental Nacional revea la categorización de las actividades que constan en su catálogo como de “bajo impacto ambiental” de modo de actualizar aquello que, debiendo contar con autorización para su ejecución, cumpla con los parámetros constitucionales, así como aquellos técnicos suficientes para que la prevención se constituya en una verdadera herramienta de tutela de la naturaleza y sus derechos.
13. El logro de lo antes señalado permitirá aplicar en forma oportuna y eficiente las 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” (CRE, art. 406) ya que la tutela de los derechos de la naturaleza demanda de la intervención conjunta del Estado, a través de todas las instituciones que lo conforman y, la sociedad civil.

A manera de conclusión debe manifestarse lo siguiente:

14. Por las razones antes expuestas se considera que la decisión de expulsión del orden jurídico los artículos del RAAM es acertada, así como aquella que refiere que, desviar el curso natural de un cuerpo hídrico debe estar consagrado en una ley orgánica. Sin embargo, cuando la sentencia no reconoce a los ríos como sujetos de aquellos derechos constitucionales de la naturaleza, de la misma forma que cuando se hace mención al sentido que deben observar las regulaciones a ser expedidas en relación a las autorizaciones o permisos ambientales, se dejan grandes vacíos que deben ser cubiertos para la efectiva tutela de los derechos de la naturaleza y los elementos que la componen, toda vez que esta era, sin lugar a dudas, una inmejorable oportunidad.

CONCLUSIONES

Conforme se ha expuesto en la presente investigación, es mucho aún lo que debe desarrollarse en relación a los derechos de la naturaleza en el país, sin embargo a través de la jurisprudencia de la Corte así como en virtud del ejercicio de sus competencias constitucionales -control abstracto-, debe relevarse el cambio de

paradigma en las decisiones que obran en favor de su reconocimiento, de la misma forma que la intención de dotar de contenido a dichos derechos.

Una vez destacados esos elementos en el presente trabajo, a continuación se expondrán las conclusiones a las que se ha arribado en esta investigación:

1. Al haberse determinado en la sentencia No. 32-17-IN/21 que los derechos de la naturaleza deben ser regulados mediante ley orgánica, al igual que aquellos de los demás sujetos, estos han sido tutelados por el máximo organismo de control e interpretación constitucional del país, ya que al ser titular de derechos constitucionales, estos deben ser protegidos mediante garantías normativas idóneas.
2. El principio de reserva de ley enunciado en el texto constitucional ecuatoriano respeta aquello consagrado desde su origen y que se refiere a la representación legítima del soberano para la construcción de una ley que desarrolle derechos fundamentales -garantía del orden democrático-, así como a la necesaria limitación del poder que ostenta el Estado. La reserva de ley constituye la esencia de la legitimidad democrática de un Estado y, siendo el deber prioritario del ente estatal la tutela de los derechos consagrados en la norma suprema y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, todos los derechos deben ser protegidos normativamente mediante ley orgánica.
3. El control abstracto de constitucionalidad es una de las competencias de la Corte Constitucional que permite la expulsión del ordenamiento jurídico de aquello que fuera contrario a lo debidamente dispuesto en la norma suprema. Ello permite la tutela de los derechos constitucionales y su efectivización a través de la Corte Constitucional tal y como se desprende de la decisión de la sentencia analizada.
4. La aplicación del principio *iura novit curia* para la reconducción de lo requerido por los accionantes, cuyo fundamento era la contradicción de normas infra constitucionales -principio de jerarquía constitucional-, habiendo respetando aquello introducido en la demanda, permitió la tutela los derechos de los legitimados activos, así como observó el principio de congruencia consagrado en la Constitución -debido

proceso-. En consecuencia, la Corte efectuó el análisis de los argumentos de los accionantes en el marco del principio de reserva de ley, lo cual permitió además, la protección de los derechos de la naturaleza, resultando la exigencia de su desarrollo o limitación mediante ley orgánica y, expulsando del ordenamiento jurídico aquello que se evidenció contrario al texto constitucional.

5. Cuando la decisión analizada reconoce los aportes integrales del caudal ecológico al entorno así como la importancia de los ríos, más allá de los usos que garantizan los derechos de los seres humanos, evidencia un cambio de paradigma en los procesos de construcción del derecho que se efectúan desde la Corte Constitucional, en la lógica del necesario desarrollo de los derechos de la naturaleza, su contenido y limitaciones.
6. Es evidente que los permisos ambientales y aquellos expedidos por la Autoridad Única del Agua en favor de las actividades de minería artesanal eran vulneratorios de derechos y se constituían en un mero trámite. A partir de la emisión de la decisión en análisis, esto deberá cambiar en el ordenamiento jurídico nacional, obligando al Estado a cumplir con sus deberes constitucionales de tutela de los derechos de la naturaleza, así como aquellos que corresponden a los derechos humanos sobre ella.
7. No es una falacia considerar que, el nivel actual de agotamiento y deterioro de los recursos naturales constituye un riesgo significativo para que las futuras generaciones no conozcan o disfruten de todo aquello que hoy conocemos como naturaleza. Por tanto, el cambio antes relevado es determinante para que dicho riesgo sea al menos atenuado.
8. Es evidente la necesidad de desarrollo de los derechos de la naturaleza a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no solo por la urgencia de definición de los derechos de todos los elementos que la componen, sino además, por las imperativas precisiones que son requeridas respecto de aquello que tiene relación con sus niveles de protección.

9. El fallo analizado hizo importantes avances respecto a los ríos y el caudal ecológico, en especial, en relación a su importancia ecosistémica. Sin embargo, la necesidad de revisión y reforma de los contenidos infra constitucionales en materias ambiental y minera, demandan en forma primera del reconocimiento del Estado de su deficiente labor hasta la presente fecha, al combinar la gestión de estas materias.
10. Sin desconocer la importancia que reviste la actividad minera en la generación de ingresos para el Estado, no es justificable el daño que se ocasiona al ambiente y que hoy, se reviste de evidencia científica suficiente. En consecuencia, ha debido corresponder a la Corte Constitucional, el imperativo señalamiento de la necesidad de, mediante ley orgánica, tutelar los derechos de la naturaleza.
11. La tutela de los derechos de la naturaleza, en virtud de sus características y en especial, por el sin número de elementos que la componen, obliga al Estado a salvaguardar su respeto integral y la regeneración de sus ciclos vitales, tal y como actuaría en procura de los derechos de cualquier ser humano, es decir, mediante la activación de las garantías constitucionales: normativas, de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana e inclusive, mediante la propuesta de garantías jurisdiccionales en calidad de representante de la naturaleza, en virtud de la imposibilidad de esta de demandar sus derechos por sí misma.
12. Esta acción de representación sería más efectiva si se reconociera a la naturaleza una calidad similar a la que en su momento se dio a las personas jurídicas, es decir como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (Código Civil, artículo 564). Ello permitiría mayor agilidad y efectividad en la demanda de sus derechos constitucionales.
13. La tutela de los derechos de la naturaleza desde las instituciones que conforman el Estado no solo demanda de normativas que observen lo debidamente previsto en la norma suprema, sino que además, es necesario el desarrollo de normativa infra constitucional que prevea que

los permisos y autorizaciones que sean emitidas no vulneren sus derechos, así como incluyan la protección de todos los elementos que la conforman, ello, en base a la certidumbre de daño por demás conocida en el país, así como mediante acciones de prevención y control debidamente reglamentadas.

14. Finalmente, es necesario destacar lo que Ramiro Ávila señala en su voto concurrente constante en la sentencia analizada que reza: “Hay que proteger y celebrar a la naturaleza, la Pacha Mama, porque “es vital para nuestra existencia” [...]” (pr. 41) toda vez que de esta decisión se colige que, el respeto a los derechos de la naturaleza redunde de forma obvia en el ejercicio de los derechos humanos sobre ella. Consecuentemente, su tutela, su cuidado y en especial, el reconocimiento de esa dimensión permitirá que se de un necesario cambio de mentalidad en todos los seres humanos, que devenga en cambios de comportamiento y actitud, ya que hasta hoy, ha fallado inclusive el denominado instinto “auto protección” toda vez que continuamos vulnerando de los derechos de nuestra única naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, A. (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Recuperado de: <http://naturerightswatch.com/hacia-la-declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-naturaleza/>
- Acosta, A. (2011). Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. Recuperado de: <https://vlex.ec/vid/derechos-naturaleza-lectura-existencia-515952590>
- Acosta A. (2014). La Naturaleza como sujeta de derechos. Recuperado de: <http://www.ecologiasocial.com/biblioteca/AcostaNaturalezaDerechos.htm>
- Acosta A., Martínez E. (2011). De la filosofía a la política. Recuperado de: <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjT1peH9Ov1AhVeVTABHSSxBy4QFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fomegalfa.es%2Fdownloadfile.php%3Ffile%3Dlibros%2Fla-naturaleza-con-derechos-de-la-filosofia-a-la-politica.pdf&usg=AOvVaw1P3x0cijVBJAF57it7pbco>

- Acuerdo Ministerial No.155 (2007, 14 de marzo). Recuperado de:
https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-09/Documento_Normas-ambientales-Sectores-Elctrico-Telecomunicaciones-Transporte.pdf
- Acuerdo Ministerial No.37 (2014, 24 de marzo). Recuperado de:
<https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/06/Reglamento-Ambiental-de-Actividades-Mineras.pdf>
- Acuerdo Ministerial No.69 (2016, 12 de julio). Recuperado de:
<https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/Acuerdo-80.pdf>
- Aguirre, P. (2019). El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico. Recuperado de:
<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7107>
- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Recuperado de:
<http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Alexy, R. (1996). *Derecho y razón*. Recuperado de:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-65862014000200015
- Atienza Rodríguez, M. (2019). Interpretación Constitucional. Recuperado de:
https://www.venice.coe.int/CoCentre/Atienza_Rodriguez_Interpretacion_Constitucional_2019.pdf
- Àvila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. Recuperado de:
<https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjupfnN0f31AhWZRDABHcupCrsQFnoECAMQAAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fanoario-derecho-constitucional%2Farticle%2Fdownload%2F3900%2F3428&usg=AOvVaw3imsMH1aSdZiLNwRav1Ytn>

- Àvila Santamaría, R. (2012). El derecho de la naturaleza: fundamentos. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/Ávila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>
- Bedón R. (2019). *Aplicación de los derechos de la naturaleza en Ecuador*. Recuperado de: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/handle/123456789/984>
- Bedón R. y Suárez S. (2019). *Derechos de la naturaleza en Ecuador y otras tendencias a nivel internacional*. Recuperado de: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/handle/123456789/1095>
- Chalco, J. (2014). *El freno al poder político desde el principio de reserva de ley*. Recuperado de: <https://vlex.ec/vid/freno-poder-politico-principio-682234761>
- Código Orgánico de Ambiente (2018, 21 de agosto). Recuperado de: <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Codigo-Organico-del-Ambiente.pdf>
- Constitución Quiteña (1812, 15 de febrero). Recuperado de: <http://repositorio.casadelacultura.gob.ec/bitstream/34000/364/3/FR1-F-000357.01-Quito-Constitucion.pdf>
- Constitución del Estado del Ecuador (1830, 23 de septiembre). Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf
- Constitución Política de la República del Ecuador (1835, 13 de agosto). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf
- Constitución Política de la República del Ecuador (1843, 1 de abril) Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1843.pdf
- Constitución de la República del Ecuador (1845, 3 de diciembre). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1845.pdf
- Constitución Política de la República del Ecuador (1851, 25 de febrero). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1851.pdf
- Constitución de la República del Ecuador (1852, 6 de septiembre). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1852.pdf

Constitución de la República (1861, 10 de abril). Recuperado de:
https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1861.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1878, 6 de abril). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1878.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1884, 13 de febrero).
 Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1897, 14 de enero). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1897.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1906, 23 de diciembre).
 Recuperado de: https://derechoecuador.com/Files/Noticias/constitucion_1906.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1945, 6 de marzo). Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf

Constitución de la República del Ecuador (1967, 25 de mayo). Recuperado de: https://derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1967.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1979, 27 de marzo). Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf

Constitución Política de la República del Ecuador (1998, 11 de agosto). Recuperado de: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf

Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008, 20 de octubre). Recuperado de: <http://web.oas.org/mla/es/paginas/countries.aspx?ISO=ECU>

Convención Americana de Derechos Humanos [CADH] (1969, 7 al 22 de noviembre). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Constitucional (2011, 21 de junio). Sentencia No. 003-11-SIN-CC. Caso No.0002-11-IN. Recuperado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesS>

[tore/967f93c6-9ef9-4ab6-a47e-44ec26bbb9b2/0002-11-in-scc-sent.pdf?guest=true](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=967f93c6-9ef9-4ab6-a47e-44ec26bbb9b2/0002-11-in-scc-sent.pdf?guest=true)

Corte Constitucional para el período de transición (2012, 11 de julio). Sentencia No. 017-12-SIN. Caso No. 0033-10-IN. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=017-12-SIN-CC>

Corte Constitucional del Ecuador (2014, 14 de agosto). Sentencia No.002-14-SIN-CC. Caso No. 0056-12-IN y No.0003-12-IA. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=002-14-SIN-CC>

Corte Constitucional del Ecuador (2015, 30 de abril). Sentencia No.007-15-SIN-CC. Caso No.0009-13-IN. Recuperado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c99524b7-1330-4298-82c8-8d7631fef250/0009-13-in-sen.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador (2015, 20 de mayo). Sentencia No.164-15-SEP-CC. Caso No.0947-11-EP. Recuperado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/02669e35-9983-4464-a64a-1bd73e849429/0947-11-ep-sen.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador (2015, 03 de junio). Sentencia No.018-15-SIN-CC. Caso No.0009-11-IN. Recuperado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/dbeb9bf8-2415-4f7a-bf35-cf18f8db91bb/0009-11-in-sen.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador (2015, 24 de junio). Sentencia No.166-15-SEP-CC. Caso No. 0507-12-EP. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=166-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador (2015, 21 de septiembre). Sentencia No.218-15-SEP-CC. Caso No. 1281-12-EP. Recuperado de:

<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=218-15-SEP-CC>

Corte Constitucional del Ecuador (2016, 27 de enero). Sentencia No.007-16-SIN-CC. Caso No. 0029-13-IN. Recuperado de: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=007-16-SIN-CC>

Corte Constitucional del Ecuador (2018, 16 de mayo). Sentencia No.010-18-SIN-CC. Caso No.0010-18-TC y 0014-09-IN Acumulados. Recuperado de: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2Nhc nBldGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonOWNkYjFhZjAtNDAXNS00MT FkLTlhN2UtOTNmNGVzMWRiZGEzLnBkZid9

Corte Constitucional del Ecuador (2019, 13 de diciembre). Sentencia No.38-13-IS/19. Recuperado de: [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ff1a5119-1645-491d-b7f7-8285ee5b6a89/0038-13-is_y_0039-13-is_\(acumulados\)-sen.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/ff1a5119-1645-491d-b7f7-8285ee5b6a89/0038-13-is_y_0039-13-is_(acumulados)-sen.pdf?guest=true)

Corte Constitucional del Ecuador (2021, 5 de mayo). Sentencia No.33-20-IN/21. Caso No. 33-20-IN. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=33-20-IN/21>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Cuadernilo de Jurisprudencia No.22. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (2019). Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Opinión Consultiva OC-23/17 (2017). Medio Ambiente y Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf

Declaración de Brisbane (2007, 03 a 06 de septiembre). Recuperado de: https://icid.org/brisbane_decl_sp.pdf

Declaración de Estocolmo (1972, 16 de junio). Recuperado de: <https://www.sib.gob.ar/portal/wp-content/uploads/2019/02/Declaración->

[de-la-conferencia-de-las-Naciones-Unidas-sobre-el-medio-humano-Estocolmo-1972.pdf](#)

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789, 27 de agosto).

Recuperado de: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992, 16 de junio).

Recuperado de: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Decreto Ejecutivo No.1630 (2009, 1 de abril). Recuperado de:

<https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/Reglamento-Ambiental-de-Actividades-Hidrocarbur%C3%ADferas.pdf>

Defensoría del Pueblo (2014). *Manual de normas y jurisprudencia de derechos de la naturaleza y ambiente*. Recuperado de:

<http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/105>

Demanda de la Causa No.32-17-IN/21 (2017, 30 de junio). Recuperado de:

http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/32648ec5-e05e-4c36-86ed-ebc99ec7b3cf/demanda_0032-17-in.pdf?guest=true

Encalada, A. (2010). *Funciones ecosistémicas y diversidad de los ríos: Reflexiones sobre el concepto de caudal ecológico y su aplicación en el Ecuador*.

Recuperado de: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/polemika/article/view/370>

Echandía D. (1985). *Teoría General del Proceso*. Recuperado de:

https://www.academia.edu/37045340/TEORÍA_GENERAL_DEL_PROCESO_Devis_Echandia

Escrito Ministerio del Ambiente (MAE) (2018, 19 de febrero). Recuperado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2Nhc nBldGE6J3RyYW1pdGU nLCB1dWlkOic1YTE1NjJiMi03OTdmLTRkN GQtYjIxMy00M2U2NzFhOTdkMTcucGRmJ30=

Escrito Procuraduría General del Estado (PGE) (2018, 16 de febrero). Recuperado de:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2Nhc nBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic3OTMwNzljZiliYWYxLTQxNmMtYmJhOC05MGIwMWQ4ZjhmOTQucGRmJ30=

Estupiñán, L., Storini, C., Martínez Dalmau, R.y De Carvalho, F. (2019). La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Recuperado de:

<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload866.pdf>

García de Enterría, E. (1979). La Constitución como norma jurídica. Estudios Monográficos. Recuperado de:

https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiIp8_Bmv_1AhXdSjABHSCBHPgQFnoECAgQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F1980319.pdf&usg=AOvVaw0vyDmMveyPFMjCo86vfeaX

García de Enterría, E. (1997). La democracia y el lugar de la ley. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=297673>

Gavara de Cara, J.C. (2007). La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2520346>

Guerrero, J.F. (2012). Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. En Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo. Tomo 3. Recuperado de:

http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_3/Apuntes_derecho_procesal_Montana_t3_1ra_reimp_2012.pdf

Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. Recuperado de:

<http://www.scielo.org.co/pdf/res/n32/n32a03.pdf>

Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nuestro Futuro Común. (1987). Recuperado de:

http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LLECTU

[RE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf](#)

Ley de Minería (2020, 28 de julio). Recuperado de:
<https://www.derechoecuador.com/ley-de-mineria->

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC] (2020, 03 de febrero). Recuperado de:
https://www.ces.gob.ec/lotaip/Anexos%20Generales/a2/Reformas_febrero_2020/LEY%20ORGANICA%20DE%20GARANTIAS%20JURISDICCIONALES%20Y%20CONTROL%20CONSTITUCIONAL.pdf

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua [LORHUAA] (2014, 06 de agosto). Recuperado de:
<http://www.regulacionagua.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/Ley-Organica-de-Recursos-H%C3%ADdricos-Usos-y-Aprovechamiento-del-Agua.pdf>

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial [LOFJ] (2020, 8 de diciembre). Recuperado de:
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/ley%20reformatoria%20al%20COFJ.pdf>

Locke, J. (1644). Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. (p.38, prr.212). Recuperado de:
http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

Melero Alonso, E. (2016). *La flexibilización de la reserva de ley*. Recuperado de:
<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6184>

Montaño, C. (2011). *El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008*. Recuperado de:
<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/395>

Moscoso Martínez, A. (2020). *La Incorporación de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Análisis Del Caso “Mar-Meza” (STC No.0507-12-EP)*. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7251626>

- Nieto, R. (2014). La aplicación del principio *iura novit curia* por los órganos del Sistema Interamericano de derechos humanos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf>
- Oyarte Martínez, R. (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y comparado*. (Primera Edición). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Oyarte Martínez, R. (2019). *Derecho Constitucional*. (Tercera Edición). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Oyarte Martínez, R. (2021). *Acción de Inconstitucionalidad*. (Primera Edición). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976, 23 de marzo). Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Reglamento al Código Orgánico de Ambiente (2019, 21 de junio). Recuperado de: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-09/Documento_RCOA%20RO%20507.pdf
- Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional (2021, 22 de junio). Recuperado de: https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/_lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf
- Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM) (2016, 12 de julio). Recuperado de: <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/Reglamento-Ambiental-Actividades-Mineras-MAE.pdf>
- Reglamento de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (2015, 21 agosto). Recuperado de: <http://www.regulacionagua.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/03/Reglamento-a-la-LORHUyA.pdf>
- Sagüés N. P. (2012). Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “Constitución convencionalizada”. Recuperado de: <http://www.ajp.org.py/archivos/materiales/20170504075425.pdf>

- Silva Hernández, F. (2019). *Principio precautorio en materia ambiental*. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102019000200006&script=sci_abstract
- Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008. Recuperado de: <https://vlex.ec/vid/as-constitucionales-fundamentales-ecuatoriana-515871882>
- UNESCO (2005). Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio. Recuperado de: http://depa.fquim.unam.mx/amyd/archivero/Principio_precautorio_UNESCO_Grupo_expertos_Marzo_2005_13695.pdf
- Zaffaroni, E. (2011). La Pachamama y el humano. Recuperado de: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20180808_02.pdf

ANEXO

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 32-17-IN/21.



Sentencia No. 32-17-IN/21
Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

Quito, D.M., 09 de junio de 2021

CASO No. 32-17-IN

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

SENTENCIA No. 32-17-IN/21

Tema: La Corte Constitucional resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (RAAM) y declara que las normas impugnadas son contrarias al principio de reserva de ley (arts. 132 y 133 de la Constitución).

1. Antecedentes y procedimiento

1. El 30 de junio de 2017, Fred Larreátegui Fabara, María Alejandra Zambrano Torres, Andrea Cristina Bravo Aguilar, Cristina Burneo Salazar, Ana Cristina Basantes Puebla, Jaqueline Guanami Suárez, Pedro Emilio Manosalvas Paredes, Luis Felipe Quizhpe Querido y Nathalia Paola Bonilla Cueva (en adelante, “los accionantes”), por sus propios y personales derechos, presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (en adelante, “RAAM” o “normas impugnadas”), expedido por el Ministerio del Ambiente mediante Acuerdo Ministerial No. 37 de 24 de marzo de 2014, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 213 de 27 de marzo de 2014 (en adelante, “acuerdo impugnado”).
2. La acción fue signada con el No. 32-17-IN. Mediante auto de 11 de enero de 2018, la Sala de Admisión, conformada por los entonces jueces constitucionales Wendy Molina Andrade, Pamela Martínez Loayza y Manuel Viteri Olvera, resolvió admitirla a trámite.
3. El 16 de febrero de 2018 y el 19 de febrero de 2018, la Procuraduría General del Estado y el Ministerio del Ambiente, respectivamente, presentaron escritos defendiendo la constitucionalidad de la norma impugnada.
4. El 22 de febrero de 2018, 2 de abril de 2018, 14 de marzo de 2019, 26 de marzo de 2019 y 15 de julio de 2019, los accionantes presentaron escritos de impulso en los que solicitaron, además, que se realice un peritaje o estudio técnico con la finalidad de establecer el impacto y las consecuencias ambientales de la norma impugnada¹.
5. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, el Pleno de la Corte Constitucional efectuó el sorteo para la sustanciación de la presente causa el 9 de julio de 2019, que correspondió a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, quien avocó conocimiento de la causa el 19 de marzo de 2021.

2. Competencia

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

¹ Por considerar que para resolver la causa no se requiere el peritaje solicitado por los accionantes, la jueza sustanciadora continuó con la tramitación del caso.

3. Normas impugnadas

7. La presente acción impugna la constitucionalidad por el fondo de los artículos 86 y 136 del RAAM, expedido por el Ministerio del Ambiente mediante Acuerdo Ministerial No. 37; expedido el 24 de marzo de 2014 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 213 de 27 de marzo de 2014. Las normas impugnadas prescriben lo siguiente:

***Art. 86.- Modificaciones de cursos de agua.-** En el caso de que el proyecto minero requiera el desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, la Autoridad Ambiental Competente solicitará el pronunciamiento de la Autoridad Única del Agua, dicho pronunciamiento será acogido dentro de la evaluación ambiental, dentro de sus competencias en gestión ambiental.*

Sin perjuicio de la aprobación de los Estudios Ambientales, los Titulares Mineros previo a la ejecución de las actividades mencionada [sic.] en este artículo, deberán obtener la autorización de la Autoridad Única del Agua.

Si por efecto de la autorización emitida por la Autoridad Única del Agua, el proyecto necesita realizar una modificación, el titular minero deberá coordinar con la Autoridad Ambiental Competente lo establecido en el Art. 31 de este Reglamento².

La Autoridad Única del Agua informará a la Autoridad Ambiental Nacional las autorizaciones emitidas.³

***Art. 136.- Desvíos de cursos de agua.-** En el caso de que la actividad de minería artesanal de aluviales, metálicos, no metálicos y materiales de construcción requiera el cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua, la ficha ambiental será aprobada luego de obtener el permiso correspondiente por parte de la Autoridad Única del Agua.*

4. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

4.1. Fundamentos de la acción y pretensión

8. En el literal A) de la sección IV de su demanda, los accionantes manifiestan que los artículos 86 y 136 del acuerdo impugnado infringen los siguientes artículos constitucionales: 3 numeral 7; 11 numerales 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 9; 10; 11; 71; 73; 82; 83 numeral 6; 84; 277 numeral 1; 283; 411; 413; 424; 425; y, 426.
9. Sin embargo, en el desarrollo de sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de los artículos impugnados del RAAM, los accionantes únicamente se enfocan en la presunta inobservancia del principio de precaución (**arts. 73 y 313 de la**

² El artículo 31 del RAAM fue derogado por disposición derogatoria segunda de Acuerdo Ministerial No. 109, publicado en Registro Oficial Suplemento 640 de 23 de noviembre del 2018.

³ Cabe señalar que el texto actual (e impugnado) de este artículo fue introducido a través del artículo 21 de Acuerdo Ministerial No. 69, publicado en Registro Oficial 795 de 12 de Julio del 2016. Antes de dicha reforma, el texto del artículo era el siguiente: **Art. 86.- Modificación de cursos de agua.-** En el caso de

Constitución), los derechos de la naturaleza (**arts. 71 y 72 de la Constitución**), la disposición constitucional sobre la protección de los caudales ecológicos (**art. 411 de la Constitución**) y la jerarquía constitucional (**arts. 424 y 425 de la Constitución**), por las razones que se exponen en las subsecciones siguientes.

4.1.1. Principio de precaución

- 10.** Los accionantes alegan que la modificación o el desvío del curso de un río para realizar actividades mineras en su lecho afecta la sostenibilidad ambiental y vulnera el principio de precaución (**arts. 73 y 313 de la Constitución**). Además, argumentan que, en virtud de este principio, todos los proyectos que se lleven a cabo en el territorio nacional deben contar con estudios independientes sobre los efectos que puedan tener en el medio ambiente y en las comunidades cercanas, lo cual no está contemplado por los artículos 86 y 136 del RAAM.

4.1.2. Derechos de la naturaleza

- 11.** Los accionantes sostienen que los artículos 86 y 136 del acuerdo impugnado vulneran los derechos de la naturaleza (**arts. 71 y 72 de la Constitución**), por requerir únicamente la autorización administrativa por parte de la Autoridad Única del Agua para la modificación o el desvío de cursos de agua. Específicamente, alegan que un desvío significativo del curso de un río puede implicar daños irreversibles a los ritmos estacionales y al régimen hidrológico del mismo. Aclaran que el proyecto minero requiera el desvío, embalse o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, el estudio ambiental deberá considerar los efectos que éstos produzcan en la composición del medio biótico y las medidas correspondientes para su protección. La viabilidad técnica de la modificación de cursos de agua, será previamente avalada por la Autoridad Competente. Además que las modificaciones de los cursos pueden alterar la composición química del agua, lo que tendría un impacto en la concentración de especies que habitan el río.
- 12.** Argumentan que el desvío del curso de un río puede reducir su capacidad de transporte de materiales sólidos, ocasionando que éstos se acumulen en su lecho, aguas abajo del desvío ocasionado. Sostienen que esto, a su vez, afecta significativamente los equilibrios ecosistémicos que existen entre la fauna y la flora del río. Adicionalmente, alegan que la modificación del curso de un río reduce la profundidad del agua, lo que puede generar la migración de especies o la desaparición de ecosistemas acuáticos existentes aguas abajo del desvío ocasionado.
- 13.** Los accionantes enfatizan que es necesario un estudio de hidrogramas anuales, durante al menos treinta años, para planificar el desvío del curso de un río evitando que afecte severamente los ecosistemas acuáticos o sus orillas. No

obstante, sostienen que la mayoría de las cuencas hidrográficas del Ecuador no cuentan con este estudio.

14. Añaden que las disposiciones sobre el desvío o la modificación de cursos de agua vulneran a su vez el artículo 283 de la Constitución, pues se oponen a que el sistema económico guarde armonía con la naturaleza.

4.1.3. Protección de los caudales ecológicos

15. Sobre la protección de los caudales ecológicos (**art. 411 de la Constitución**), los accionantes sostienen que la Autoridad Única del Agua debe actuar conforme a sus facultades constitucionales, por lo que no tiene la potestad para autorizar la modificación o el desvío de cursos de agua. Además, manifiestan que los caudales ecológicos permiten mantener las características naturales de los ríos y su funcionalidad como elemento esencial de la naturaleza, por lo que deben ser respetados por todas las actividades productivas.

4.1.4. Jerarquía constitucional

16. Los accionantes también alegan que los artículos 86 y 136 del RAAM vulneran la jerarquía constitucional (**arts. 424 y 425 de la Constitución**). Al respecto, argumentan que un acuerdo ministerial no puede contravenir disposiciones constitucionales y calificar como “simples actividades” la modificación o el desvío de cursos de agua, oponiéndose expresamente al artículo 411 de la Constitución. Sostienen además que las modificaciones del curso de un río no se encuentran contempladas en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (en adelante “LORHUAA”), por lo que a su juicio el acuerdo impugnado no respeta la jerarquía establecida en el artículo 425 de la Constitución.

4.1.5. Pretensión de la acción

17. Sobre la base de los argumentos expuestos, los accionantes solicitan se declare la inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 86 y 136 del RAAM, sin perjuicio de que la Corte Constitucional determine normas conexas no impugnadas que también resulten inconstitucionales.

4.2. Argumentos del Ministerio del Ambiente

18. En su contestación, el Ministerio del Ambiente ofrece una exposición del marco normativo que sirvió como antecedente para la expedición de la norma impugnada. Establece que:

1. El artículo 78 de la Ley de Minería consagra la obligación de los titulares de derechos mineros de “*elaborar y presentar estudios o documentos ambientales, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos*”

ambientales y sociales derivados de sus actividades; estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental”.

2. El artículo 79 del mismo cuerpo normativo establece que “[l]os 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”.
 3. El artículo 110 de la Ley de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua establece que “[l]as actividades mineras deberán contar con la autorización de aprovechamiento productivo de las aguas que se utilicen, que será otorgada por la Autoridad Única del Agua, de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en esta Ley y su Reglamento, para lo que se respetará estrictamente el orden de prelación que establece la Constitución, es decir, consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas. Al efecto, coordinará con la Autoridad Ambiental Nacional”.
19. En este contexto, el Ministerio del Ambiente alega que los artículos 86 y 136 del RAAM, al referirse al desvío de cursos hídricos, tienen por objeto viabilizar las disposiciones de la Ley de Minería, pues es esta la que en su artículo 79: **1)** contempla la posibilidad del uso de aguas para trabajos y procesos inmiscuidos en las actividades mineras, y; **2)** establece que si dichos trabajos y procesos incluyen la modificación del curso natural de un cuerpo hídrico, se requerirá autorización de la Autoridad única del Agua.
20. Añade que el artículo 86 del RAAM no contraviene el ordenamiento jurídico nacional por cuanto “*de ser necesario la modificación del curso natural de un cuerpo hídrico, siempre por norma constitucional deberán primar el consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y por ultimo las actividades productivas; y de conformidad con los artículos expuesto anteriormente, para que se otorgue la autorización de la Autoridad única del Agua, es indispensable que se respete este orden de prelación*”.
21. Con respecto al artículo 136 del RAAM, el Ministerio del Ambiente alega que los accionantes desconocen que para realizar el cambio de un curso hídrico “*es necesario el permiso otorgado por la autoridad ambiental, el mismo que deberá respetar las normas tanto constitucionales como legales antes citadas*”.

22. Añade que los accionantes basan su argumentación en meras suposiciones. A su criterio, *“no podría existir una modificación del curso natural de un cuerpo hídrico si no se respeta el mantenimiento del caudal ecológico; esto de conformidad con los artículos 318 de la Constitución; 31, 64b, 76, 86 y 110 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, llegando incluso a ser sancionada la Autoridad Administrativa que contravenga estas disposiciones legales”*.
23. Finalmente, el Ministerio del Ambiente alega que los artículos 86 y 136 del RAAM, *“de ninguna manera contravienen norma legal alguna menos aun constitucional, por el contrario se complementa, ya que la modificación del curso natural de un cuerpo hídrico y su eventual aprobación obedecen a una serie de estudios, los mismos que permitirán prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de las actividades mineras”*.
24. En suma, el argumento del Ministerio del Ambiente se centra en que las normas impugnadas responden al contenido de la normativa jerárquicamente superior y, además, no inobservan las disposiciones constitucionales que los accionantes alegan vulneradas, pues cualquier modificación del curso natural de un cuerpo hídrico deberá hacerse con autorización y en observancia de las normas constitucionales.
25. Sobre la base de los argumentos expuestos, el Ministerio del Ambiente solicita que se rechace la demanda planteada.

4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

26. La Procuraduría General del Estado alega que *“la legislación infraconstitucional ha previsto disposiciones claras y específicas para el adecuado manejo ambiental, de tal manera de precautelar el desarrollo de la nación en armonía con los derechos de la naturaleza”*. Específicamente, se refiere a que la Ley de Minería establece normas concretas en materia ambiental, que se encuentran diseñadas para la protección del ambiente en proyectos mineros y que otorgan a la Autoridad Ambiental la competencia exclusiva y excluyente en materia de evaluación ambiental.
27. Alega que los accionantes *“concluyen que el desvío de un río genera impactos en la naturaleza, en sus ciclos vitales, estructura, funciones y que se ha demostrado que la modificación del curso natural constituye la destrucción de su ecosistema”*. Sin embargo, considera que *“los accionantes no han aportado elementos probatorios que permitan concluir que lo que afirman ocurrirá o la probabilidad de que ocurra para considerar que el RAAM es una norma que viola los derechos de la naturaleza”*.

28. Por otro lado, añade que ni el constituyente ni el legislador han prohibido que la Autoridad Única del Agua o la Autoridad Nacional Ambiental “*puedan autorizar la modificación del curso de un río, siempre que se cumplan con los requisitos exigidos en la ley y se regrese a su cauce original*”. Para sustentar este argumento, la Procuraduría General del Estado cita las normas de la LORHUAA, que se refieren a esta materia en los siguientes términos:

1. El artículo 76 establece que:

Art. 76.- Caudal ecológico. Para los efectos de esta Ley, caudal ecológico es la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia del caudal específico y la calidad de agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema.

La Autoridad Única del Agua en coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional establecerá reglamentariamente los criterios, parámetros y metodologías para la determinación del caudal ecológico de acuerdo con las condiciones y las características de los cuerpos de agua, que serán considerados dentro de la planificación hídrica nacional.

Toda resolución de la Autoridad Única del Agua por la que se otorgue autorización para uso o aprovechamiento productivo del agua deberá establecer y considerar el caudal ecológico que fue determinado para ello, conforme con los criterios de la planificación hídrica nacional.

2. El artículo 77 establece que:

Art. 77.- Limitaciones y responsabilidades. El caudal ecológico de los cursos permanentes de agua en toda cuenca hidrográfica es intangible.

Es responsabilidad de la Autoridad Única del Agua, de las instituciones y de todas las personas, sean usuarios o no del agua, el respetar la cantidad y calidad requerida que proteja la biodiversidad acuática y los ecosistemas aledaños.

Todas las actividades productivas respetarán el caudal ecológico.

El caudal ecológico definido no es susceptible de autorización para su uso o aprovechamiento productivo, a excepción de aquellos usos que no tenga como consecuencia la afectación en la calidad ni en cantidad del caudal ecológico.

La autoridad administrativa que contravenga esta disposición, será responsable por los daños ambientales que genere y por el pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados a terceros afectados o al patrimonio natural del Estado; además será sancionado

de conformidad con la Ley, sin perjuicio de la nulidad de la autorización concedida.

Únicamente en el caso de declaración de estado de excepción, podrá autorizarse el uso del caudal ecológico para consumo humano, hasta tanto se adopten las medidas emergentes para garantizar nuevamente el abastecimiento.

29. Sobre la base de los argumentos expuestos, la Procuraduría General del Estado solicita que se rechace la demanda planteada.

5. Problemas jurídicos identificados

30. Como se desprende de la sección 4.1 *supra*, los accionantes manifiestan que los artículos 86 y 136 del acuerdo impugnado infringen los siguientes artículos constitucionales: 3 numeral 7; 11 numerales 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 9; 10; 11; 71; 73; 82; 83 numeral 6; 84; 277 numeral 1; 283; 411; 413; 424; 425; y, 426. Sin embargo, en el desarrollo de sus argumentos sobre la inconstitucionalidad de los artículos impugnados del RAAM, los accionantes únicamente se enfocan en la presunta inobservancia del principio de precaución (**arts. 73 y 313 de la Constitución**), los derechos de la naturaleza (**arts. 71 y 72 de la Constitución**), la protección de los caudales ecológicos (**art. 411 de la Constitución**) y la jerarquía constitucional (**arts. 424 y 425 de la Constitución**).
31. El artículo 79.5.b. de la LOGJCC, determina que las acciones públicas de inconstitucionalidad son de aquel tipo de acciones donde los accionantes están compelidos a cumplir con cierta carga argumentativa, esto, en tanto que dispone que las demandas de inconstitucionalidad contengan: *“Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa”*. En el mismo sentido, el artículo 91.2.c de la LOGJCC establece que la sentencia de control abstracto debe contener la *“c) Resolución de los problemas jurídicos, **que deberá tener en cuenta todos los argumentos expuestos por las partes involucradas en el proceso**”* [énfasis añadido].
32. Dado que los accionantes no han cumplido con el ofrecimiento de un argumento claro y completo respecto a varias de las normas constitucionales que alegan inobservadas (particularmente, sobre los artículos 3 numeral 7; 11 numerales 1, 3, 4, 5, 6, 8 y 9; 10; 11; 82; 83 numeral 6; 84; 277 numeral 1; 413; y, 426), la Corte no encuentra razones para cuestionar la presunción de constitucionalidad de la norma impugnada con relación a dichas normas constitucionales (art. 76.2 LOGJCC).
33. Por otro lado, los accionantes alegan que las normas impugnadas inobservan la jerarquía constitucional (**arts. 424 y 425 de la Constitución**), porque a su juicio, las modificaciones del caudal de un río no se encuentran contempladas

en la LORHUAA, por lo que el acuerdo impugnado no respeta la jerarquía establecida en el artículo 425 de la Constitución. Además, alegan que las normas impugnadas califican como “*simples actividades*” a la modificación o el desvío de cursos de agua, oponiéndose expresamente al artículo 411 de la Constitución.

34. En una acción pública de inconstitucionalidad, no le corresponde a esta Corte verificar una presunta incompatibilidad entre las normas impugnadas y las leyes vigentes. Sin embargo, a criterio de esta Corte, el argumento de los accionantes, más que versar sobre una contradicción entre normas de rango infraconstitucional (las normas impugnadas y la LORHUAA), guarda relación con la presunta inobservancia de la reserva legal (**arts. 132 y 133 de la Constitución**). Esto en virtud de que todos los argumentos de los accionantes parten de la premisa de que las normas impugnadas **autorizan** el desvío de los cursos de los ríos para la realización de proyectos mineros y no se encuentran contempladas en la LORHUAA, lo que a su juicio deriva en vulneraciones de derechos y en la inobservancia de disposiciones constitucionales. Por lo anterior, en virtud del principio *iura novit curia*, esta Corte reconducirá los argumentos de los accionantes a fin de analizarlos en el marco del principio de reserva legal y no del principio de jerarquía.

35. Por consiguiente, la Corte analizará los cargos sobre la presunta incompatibilidad entre las normas impugnadas y:

1. La reserva legal (arts. 132 y 133 de la Constitución);
2. Los derechos de la naturaleza (arts. 71 y 72 de la Constitución);
3. El principio de precaución (arts. 73 y 313 de la Constitución); y,
4. La protección de los caudales ecológicos (art. 411 de la Constitución).

6. Contexto normativo

36. Para abordar cada uno de los cargos alegados por los accionantes, esta Corte considera pertinente realizar un breve estudio del contexto y los efectos de las normas impugnadas.

37. El RAAM es un cuerpo normativo que contiene las normas y guías técnicas que regulan la gestión ambiental en las actividades mineras en sus fases de exploración inicial o avanzada, explotación, beneficio, procesamiento, fundición, refinación, y cierre de minas; así como también en las actividades de cierres parciales y totales de labores mineras⁴. Tiene por objeto promover el desarrollo sustentable de la minería en el Ecuador, a través del establecimiento de normas, procedimientos, procesos y subprocesos, para prevenir, controlar,

⁴ RAAM, art. 1.

⁵ RAAM, art.2.

mitigar, rehabilitar, remediar y compensar los efectos que las actividades mineras puedan tener sobre el medio ambiente y la sociedad, en todo el territorio nacional⁵.

38. La **primera norma impugnada**, esto es, el **artículo 86 del RAAM**, consta dentro del Capítulo VI, titulado “Disposiciones generales de tipo técnico ambiental”. Esta norma tiene por objeto exigir que, si un proyecto minero requiere el desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, los titulares mineros soliciten la autorización de la Autoridad Única del Agua para realizarlo. Además, busca exigir que la Autoridad Ambiental Competente, al momento de realizar la evaluación ambiental del proyecto, solicite el pronunciamiento de la Autoridad Única del Agua. El pronunciamiento de esta última podría derivar en que se tenga que realizar una modificación al proyecto⁵.
39. El estudio o evaluación ambiental al que se refiere este artículo es aquel consagrado en el artículo 78 de la Ley de Minería que establece que “[l]os titulares de derechos mineros, previamente a la iniciación de las actividades, deberán elaborar y **presentar estudios o documentos ambientales**, para prevenir, mitigar, controlar y reparar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades; **estudios o documentos que deberán ser aprobados por la Autoridad Ambiental competente**, con el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental. El Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, que dictará el ministerio del ramo, establecerá los requisitos y procedimientos para la aplicación de este artículo”. La realización de dichos estudios está a cargo del Ministerio del Ambiente⁶.
40. Por su parte, la **segunda norma impugnada**, esto es, el **artículo 136 del RAAM**, consta dentro del Capítulo XII, titulado ‘Del régimen de minería artesanal’. Esta norma tiene por objeto exigir que, si la actividad de minería artesanal requiere el cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua, previo a que se apruebe la ficha ambiental se deberá contar con un permiso por parte de la Autoridad Única del Agua. Según el glosario que consta como anexo al RAAM a continuación de la disposición final quinta, la ficha ambiental es un documento que “*permite describir de forma general, el marco legal aplicable, las principales actividades de los proyectos, obras o actividades que según la categorización*

⁵ Cabe aclarar que, mediante Decreto Ejecutivo 1007, de 4 de marzo de 2020, el Presidente de la República dispuso la fusión Institucional entre el Ministerio del Ambiente y la Secretaría del Agua en una sola entidad denominada “Ministerio del Ambiente y Agua”.

⁶ Según el ‘Instructivo para la presentación de los estudios ambientales mineros’ (expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 410 de 2 de diciembre de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 724 de 13 de diciembre de 2002), los estudios deberán ser aprobados por la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, mediante Decreto Ejecutivo No. 1630 (publicado en el Registro Oficial No. 561 del 1 de abril del 2009), se transfieren al Ministerio del Ambiente todas las competencias, atribuciones, funciones y delegaciones que en materia ambiental ejercían la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Minas.

ambiental nacional, son considerados de bajo impacto; además se describe su entorno en los aspectos físicos, bióticos y socio-económicos y propone medidas a través de un plan de manejo ambiental para prevenir, mitigar y minimizar los posibles impactos ambientales”.

- 41.** Esta Corte encuentra pertinente referirse a algunas normas de la LORHUAA y la Ley de Minería que se refieren a esta materia. La LORHUAA regula el aprovechamiento del agua en minería. El artículo 93 define al aprovechamiento del agua en los siguientes términos:

***Art. 93.- Definición.** El aprovechamiento productivo del agua lo constituyen actividades como riego para economía popular y solidaria, agro industria, producción agropecuaria o producción acuícola de exportación u otras actividades productivas como turismo, generación de hidroelectricidad, producción industrial; explotación minera y de refinación de minerales; hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos certificados de purificación y calidad; y, otras actividades productivas que impliquen el aprovechamiento del agua.*

Para el aprovechamiento productivo del agua se requerirá de la autorización administrativa que otorga la Autoridad Única del Agua, previa solicitud de conformidad con la planificación hídrica, los requisitos y condiciones que establece esta Ley.

El aprovechamiento del agua para actividades productivas comprende su utilización en actividades no consideradas en la soberanía alimentaria, según la definición de esta Ley, cuando se trate de producción agropecuaria o acuícola.

En las demás actividades productivas que aprovechan el agua, es indiferente el destino de la producción al mercado interno o externo.

La autorización para el aprovechamiento del agua en actividades productivas confiere al titular de esta, de manera exclusiva, la capacidad para la captación, tratamiento, conducción y utilización del caudal a que se refiera la autorización. El titular deberá instalar a su cargo los aparatos de medición del flujo de agua en los términos que defina la Autoridad Única del Agua.

- 42.** El artículo 110 de la LORHUAA se refiere a la obligación de contar con autorización para aprovecharse de las aguas en el desarrollo de actividades mineras, en los siguientes términos:

***Art. 110.-Autorización de aprovechamiento.** Las actividades mineras deberán contar con la autorización de aprovechamiento productivo de las aguas que se utilicen, que será otorgada por la Autoridad Única del Agua, de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en esta Ley y su Reglamento, para lo que se respetará estrictamente el orden de prelación que establece la Constitución, es decir, consumo humano, riego que garantice la soberanía*

alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas. Al efecto, coordinará con la Autoridad Ambiental Nacional.

Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

También deberá obtenerse la autorización de uso del agua para consumo humano en campamentos.

- 43.** Por su parte, el artículo 112 se refiere a la obligación de devolver el agua destinada para actividades mineras al cauce original de donde se la tomó o al cauce más adecuado en condiciones seguras, en los siguientes términos:

Art. 112.-Devolución de las aguas. El agua destinada para actividades mineras, se devolverá al cauce original de donde se la tomó o al cauce que sea más adecuado, con la obligación del usuario de tratarla antes de su descarga y vertido, de acuerdo con lo que establece el permiso ambiental y la Ley, la cual garantizará condiciones seguras que no afecten a los acuíferos de agua dulce en el subsuelo, fuentes de agua para consumo humano, riego, ni abrevadero.

- 44.** En sentido similar, el artículo 79 de la Ley de Minería se refiere a las obligaciones de los titulares de derechos mineros y de los mineros artesanales que requieran utilizar agua para el desarrollo de sus actividades, previa autorización de la Autoridad Única del Agua. En lo principal, la norma establece que deberán 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.

- 45.** Por su parte, el artículo 61 de la Ley de Minería se refiere a la autorización para el aprovechamiento del agua, y establece que “[l]os concesionarios mineros que obtengan el permiso para el aprovechamiento de la autoridad única del agua deberán presentar ante el Ministerio Sectorial el estudio técnico que justifique la idoneidad de los trabajos a realizarse y que han sido aprobados por la autoridad de aguas competente”. Añade que “[l]as aguas alumbradas durante las labores mineras podrán ser usadas por el concesionario minero, previa autorización de la autoridad única del agua, con la obligación de descargarlas, observando los requisitos, límites permisibles y parámetros técnicos establecidos en la legislación ambiental aplicable”

- 46.** Una vez identificado el contexto normativo que rige en torno a las normas que se alegan inconstitucionales en la presente causa, esta Corte procederá a realizar

el respectivo análisis constitucional al amparo de los problemas jurídicos identificados en la sección precedente.

7. Análisis constitucional

7.1. Sobre la reserva legal (arts. 132 y 133 de la Constitución)

47. En decisiones previas⁷, esta Corte ya ha manifestado que el principio de reserva legal se encuentra consagrado en los artículos 132 y 133 de la Carta Constitucional. En estas normas constitucionales se postula qué tipo de asuntos deben ser regulados obligatoriamente mediante ley y, además, se distingue qué asuntos -en específico- deben regularse a través de una ley orgánica.
48. El artículo 132 de la Constitución determina que se requerirá ley en los siguientes casos: (i) regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; (ii) tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes; (iii) crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados; (iv) atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados; (v) modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias; y, (vi) otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.
49. El artículo 133 de la Constitución determina, de forma taxativa, qué asuntos deben ser regulados únicamente por medio de leyes orgánicas, en el entendido que, por su importancia, requieren mayor deliberación y legitimación democrática sometiéndolas a un proceso de formación agravada. En este sentido, se requiere este tipo de regulación cuando verse sobre los siguientes asuntos: (i) la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; (ii) el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; (iii) la organización de competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados, y, (iv) el régimen de partido de políticos y sistema electoral.
50. En este sentido, este Organismo ha resaltado que el principio de reserva legal busca asegurar la protección de los derechos y garantías encargando la regulación de su ejercicio a una norma de carácter general emanada del órgano legislativo -la Asamblea Nacional-, constitucionalmente previsto y democráticamente elegido.⁸

⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 33-20-IN/21 de 5 de mayo de 2021.

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002-14-SIN-CC (Casos No. 56-12-IN y 003-12-IA acumulados), 14 de agosto de 2014. Sentencia No. 33-20-IN/21 de 5 de mayo de 2021.

51. En el presente caso, para determinar si las normas impugnadas inobservan el principio de reserva de ley orgánica, corresponde examinar si las disposiciones contenidas en el RAAM restringen derechos más allá de lo establecido en la Constitución y la ley.
52. Sobre las normas impugnadas en el presente caso, de la sección precedente se desprende lo siguiente:
1. La **primera norma impugnada**, esto es, el **artículo 86 del RAAM**, tiene por objeto exigir que, si un proyecto minero requiere el desvío, trasvase, embalse, o cualquier modificación del curso natural de los cuerpos hídricos, los titulares mineros soliciten la autorización de la Autoridad Única del Agua para realizarlo; y que esta última se pronuncie al momento en el que la Autoridad Ambiental Competente realice la evaluación ambiental del proyecto.
 2. La **segunda norma impugnada**, esto es, el **artículo 136 del RAAM**, tiene por objeto exigir que, si la actividad de minería artesanal requiere el cambio de un curso hídrico superficial natural, o el estancamiento de cuerpos de agua, se obtenga un permiso por parte de la Autoridad Única del Agua previo a la aprobación de la ficha ambiental.
53. De esta forma, esta Corte observa que el objeto de estas normas es regular las actuaciones de las autoridades públicas cuando existen actividades mineras – ya sean derivados de proyectos mineros o de minería artesanal– que requieran de la modificación del curso natural de un cuerpo hídrico.
54. Para identificar si lo anterior constituye una inobservancia del principio de reserva legal, le corresponde a esta Corte determinar si el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico en el marco de actividades mineras reguladas por la autoridad pública podría derivar en una posible restricción de derechos constitucionales y, de ser el caso, si esta posibilidad se encuentra o no consagrada en una ley orgánica.
55. Para el efecto, esta Corte considera necesario realizar ciertas puntualizaciones acerca del concepto de **caudal ecológico** y su relación con los derechos constitucionales. Esto por cuanto los argumentos de los accionantes giran en torno a la importancia del caudal ecológico y se refieren a los potenciales daños irreversibles que el desvío del **curso** natural de un cuerpo hídrico podría causar en él⁹.

⁹ En específico, los accionantes alegan que “*el desvío del curso de un río, cuando tal desvío representa una porción significativa del caudal promedio del río, puede implicar una perturbación irreversible de los equilibrios ecosistémicos aguas abajo de dicho desvío. Así, los ritmos estacionales y el régimen hidrológico del río —y por lo tanto la calidad de sus aguas y sus características físicas— resultarían completamente modificados y afectados. Las especies vivas del propio río tanto como de sus orillas corren el grave peligro de no poder adaptarse a esta nueva*”

56. La LORHUAA, en su artículo 76, ofrece una definición del caudal ecológico en los siguientes términos:

Art. 76.-Caudal ecológico. Para los efectos de esta Ley, caudal ecológico es la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia del caudal específico y la calidad de agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema.

La Autoridad Única del Agua en coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional establecerá reglamentariamente los criterios, parámetros y metodologías para la determinación del caudal ecológico de acuerdo con las condiciones y las características de los cuerpos de agua, que serán considerados dentro de la planificación hídrica nacional.

Toda resolución de la Autoridad Única del Agua por la que se otorgue autorización para uso o aprovechamiento productivo del agua deberá establecer y considerar el caudal ecológico que fue determinado para ello, conforme con los criterios de la planificación hídrica nacional.

57. Sobre la definición de este término, estudios afirman que:

El término caudal ecológico se refiere a la cantidad, calidad y oportunidad del caudal de agua necesario para sostener los ecosistemas y los servicios que proveen a los seres humanos (Dyson et al. 2003; Poff et al. 2010). Se debe hacer una distinción entre el régimen del caudal natural de un río que mantendría los ecosistemas en un estado prístino y un caudal ecológico. Un caudal ecológico tiene el objetivo de asignar suficiente agua a los ecosistemas para mantener un cierto nivel de integridad ecológico basado en una visión de gestión adecuada. Los estándares de caudal ambiental pueden ser umbrales de gestión restrictivos, diseñados para limitar las extracciones de agua, o umbrales de gestión activa, diseñados para controlar las descargas de flujo aguas abajo de las presas (Poff et al. 2010)¹¹. [Traducción propia].

58. Con respecto a la importancia del caudal ecológico, se ha dicho que:

El caudal, es posiblemente la variable más importante de los ríos puesto que define su morfología, estructura, diversidad biológica y las tasas de sus procesos eco sistémicos. La diversidad y abundancia de formas de vida en ríos, reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal¹².

Obras de infraestructura que rompen esta conectividad y el régimen de caudal natural de los ríos tienen consecuencias graves para la biodiversidad y el funcionamiento ecológico de estos ríos [...]¹³.

configuración. —Difícilmente una especie que vive en el agua puede adaptarse a un medio donde ya no hay agua—. Para evitar estos impactos

- 59.** De lo anterior se desprende que el estado del caudal ecológico tiene una incidencia fundamental no solamente en el estado del río sino también en el ecosistema en general, pues de los ciclos naturales del río y de las fluctuaciones del caudal dependen otros ciclos naturales. Diversos estudios explican que:

[l]os ríos son ecosistemas dinámicos, complejos e integradores, con múltiples conexiones con otros ecosistemas: longitudinales (conexión río arriba - río abajo), laterales (conexión con la cuenca hidrográfica y vegetación de la ribera) y verticales (conexión con las aguas subterráneas y la precipitación). Las conexiones longitudinales y laterales se reflejan en uno de los principales procesos eco sistémicos de los ríos, que es el transporte y procesamiento de materiales en suspensión, químicos y otros nutrientes que mantienen los ciclos biogeoquímicos del planeta. Por otro lado, los ríos constantemente reciben material orgánico, ya sea de origen antropogénico (como la basura) o de origen natural (como la hojarasca), y a lo largo de este continuo se da el procesamiento de materia orgánica (o descomposición) principalmente a cargo de organismos heterótrofos acuáticos, como bacterias saprofíticas y hongos. De esta manera, los ríos, a través de su flujo de corriente, turbulencia y procesos de descomposición, tienen la capacidad de autopurificar sus aguas. Así mismo, las complejas redes tróficas en estos ecosistemas son mantenidas por organismos fotosintéticos, la mayoría de ellos microscópicos, como algas perifíticas¹⁴.

- 60.** Asimismo, una serie de estudios enfatizan en la importancia de las funciones que cumplen los ríos en su estado natural:

En resumen, en su estado natural, los ríos cumplen diversas funciones eco sistémicas como provisión de agua para los seres humanos, auto purificación, control de inundaciones y sequías, mantenimiento de hábitat para peces, aves y otra vida silvestre, mantenimiento de los flujos de sedimento, nutrientes y salinidad de estuarios. Los ríos reciben, almacenan y transportan el agua lluvia y este caudal, tanto en riachuelos de montaña como en grandes planicies de inundación, fluctúa de acuerdo a ciclos naturales y a la estacionalidad de cada región. La diversidad y abundancia de formas de vida en los ecosistemas lóticos, o ríos, reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal¹⁰.

- 61.** A la luz de lo anterior, esta Corte advierte que existe evidencia para afirmar que, de modo general, el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico podría derivar en efectos adversos no sólo en el río sino en todo lo que rodea o depende de éste. Esto en virtud de que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico,

¹⁰ Ibid.

¹² Encalada, A. (2010). Funciones ecosistémicas y diversidad de los ríos: Reflexiones sobre el concepto de caudal ecológico y su aplicación en el Ecuador. *Polémika*, 2(5). Recuperado a partir de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/polemika/article/view/370>. P. 40.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

puede derivar en una afectación a su **caudal ecológico**, esto es, en la cantidad, en la magnitud, duración, época y frecuencia del caudal y en los ecosistemas que dependen de dicho caudal. Cabe destacar que el caudal ecológico, por su importancia y su relación con los ecosistemas en general, se encuentra constitucionalmente protegido en el artículo 411 de la Constitución, que establece que “[e]l Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico”. El artículo añade que “[s]e regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua”, y que “[l]a sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.

62. Si bien no le corresponde a este Organismo verificar, a través de la presente acción, afectaciones que puedan ocurrir en casos concretos, ni determinar el grado de afectación que en cada caso pueda tener el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico; debido a la importancia de los caudales ecológicos y a los potenciales efectos que su alteración podría tener en derechos constitucionales, no solo de titularidad de la naturaleza¹¹ sino también de los seres humanos, esta Corte considera que las normas impugnadas regulan asuntos que tienen una incidencia fundamental en los derechos constitucionales. Aún cuando su propósito central es que se cuente con permisos y autorizaciones para desviar el curso natural de un cuerpo hídrico, aquello conlleva, a su vez, una posible restricción de los derechos de la naturaleza y otros derechos conexos reconocidos en la Constitución. Por lo anterior, a criterio de esta Corte, la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico para el desarrollo de actividades mineras u otras actividades reguladas, al incidir de manera directa en derechos constitucionales, debe estar consagrada en una ley orgánica, así como los procedimientos y estándares aplicables a las autorizaciones y permisos que se expidan para el efecto. Esto en virtud de que, al amparo de los artículos 132 y 133 de la Constitución, se requerirá ley orgánica para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
63. Al haberse identificado que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico podría derivar en una posible restricción de derechos reconocidos en la Constitución, le corresponde a este Organismo verificar si esta posibilidad se encuentra o no consagrada en una ley orgánica.
64. Esta Corte encuentra que existen normas de rango legal que se refieren al aprovechamiento de agua para actividades mineras, como:

¹¹ La Constitución reconoce a la naturaleza como titular de los siguientes derechos: **1)** el respeto a su existencia, consagrado en el art. 71; **2)** la mantención y regeneración de sus ciclos vitales, contenido en el art. 71; y, **3)** la restauración, consagrada en el art. 72.

1. El artículo 95 de la LORHUAA, que contempla la posibilidad del aprovechamiento productivo del agua para ciertas actividades, entre las cuales consta la explotación minera y de refinación de minerales. Se refiere a la necesidad de que se otorgue una autorización para el aprovechamiento productivo del agua y las facultades que esta autorización confiere al titular (la capacidad para la captación, tratamiento, conducción y utilización del caudal a que se refiera la autorización).
 2. El artículo 112 de la LORHUAA, que se refiere a la obligación de devolver el agua destinada para actividades mineras al cauce original de donde se la tomó o al cauce más adecuado, en condiciones seguras.
 3. El artículo 79 de la Ley de Minería que establece que los titulares de derechos mineros y mineros artesanales que, con 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.
- 65.** De estas normas se desprende que el legislador ha contemplado la posibilidad de tomar aguas de los cuerpos hídricos para el desarrollo de actividades mineras y devolverlas posteriormente. Es decir, permiten el aprovechamiento del agua que, como se mencionó previamente, consiste en *“actividades como riego para economía popular y solidaria, agro industria, producción agropecuaria o producción acuícola de exportación u otras actividades productivas como turismo, generación de hidroelectricidad, producción industrial; explotación minera y de refinación de minerales; hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos certificados de purificación y calidad; y, otras actividades productivas que impliquen el aprovechamiento del agua”*. El aprovechamiento del agua incluye la captación, conducción y utilización del caudal del cuerpo hídrico al que se refiera la autorización. No obstante, no se desprende que estas normas permitan que se desvíe el curso natural de un cuerpo hídrico. El tomar aguas de un río para el desarrollo de actividades mineras no implica el desvío de su curso natural y, por ende, no tiene la misma potencialidad de derivar en afectaciones al caudal ecológico. Desviar el curso natural de un cuerpo hídrico, específicamente, tiene la potencialidad de impedir el mantenimiento y regeneración de los ecosistemas, sus ciclos vitales, su estructura, sus funciones y sus procesos evolutivos. Los efectos reales de un acto de esta naturaleza difícilmente podrían preverse en su totalidad. De ahí la importancia de que esta actividad en particular se encuentre prevista y regulada en una ley.
- 66.** Las normas impugnadas, como se mencionó, tienen por objeto exigir que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico cuente con autorización de las autoridades competentes y establecer ciertos lineamientos acerca de dichas

autorizaciones (para el caso de proyectos mineros, que se cuente con un pronunciamiento favorable de la Autoridad Única del Agua al momento de realizar la evaluación del proyecto; y para el caso de minería artesanal, que se obtenga un permiso por parte de la Autoridad Única del Agua previo a la aprobación de la ficha ambiental). Sin embargo, las normas impugnadas desconocen que la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico no consta expresamente permitida ni en la Ley de Minería ni en la LORHUAA.

67. En suma, la Corte concluye que el que las normas impugnadas contemplen la posibilidad de que se desvíe el curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal resulta contrario al principio de reserva de ley, en vista de que incide de manera directa en derechos constitucionales, lo que exige que esta posibilidad esté consagrada en una ley orgánica.
68. Ahora bien, esta Corte considera pertinente recordar que, de conformidad con el artículo 84 de la Constitución, la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución. De ahí que las normas jurídicas no pueden atentar contra los derechos que reconoce la Constitución. Por lo anterior, no basta con que la posibilidad de que se desvíe el curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal conste en una ley orgánica, sino que dicha ley, así como la normativa secundaria que se emita con regulaciones específicas sobre la materia, deberá guardar armonía con los derechos que reconoce la Constitución y estar encaminada a su protección.
69. Dado que las normas impugnadas han sido declaradas inconstitucionales por inobservar el principio de reserva de ley, cuestión que guarda relación con su forma, ya no sería necesario que esta Corte se pronuncie respecto a las alegaciones de inconstitucionalidad por el fondo. No obstante, este Organismo considera oportuno pronunciarse sobre los argumentos de fondo de presentados por los accionantes, relativos al contenido de dichas normas, con la finalidad de establecer criterios a ser tomados en cuenta en caso de expedirse una ley sobre la materia.

7.2. Sobre los derechos de la naturaleza (arts. 71 y 72 de la Constitución)

70. Como se desprende de la sección 4.1.2 *supra*, los accionantes sostienen que los artículos 86 y 136 del acuerdo impugnado vulneran los derechos de la naturaleza (**arts. 71 y 72 de la Constitución**), por requerir únicamente la autorización administrativa por parte de la Autoridad Única del Agua para la modificación o el desvío de cursos de agua. Específicamente, alegan que un desvío significativo del caudal de un río puede implicar daños irreversibles a los ritmos estacionales y al régimen hidrológico del mismo. Aclaran además que las modificaciones de los cursos pueden alterar la composición química del

agua, lo que tendría un impacto en la concentración de especies que habitan el río.

71. El **artículo 71** de la Constitución consagra ciertos derechos de los que es titular la naturaleza. El primero es el derecho a que se respete integralmente su existencia y el segundo es el derecho a que se regeneren sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Por su parte, el **artículo 72** de la Constitución consagra el derecho a la restauración. Sobre este último, el artículo 72 añade que “[e]n los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.
72. Sin perjuicio de la conclusión alcanzada en la sección 7.1 *supra* (esto es, que la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico y los procedimientos y estándares aplicables a su autorización deben constar en la ley), a criterio de esta Corte, las normas impugnadas, en la medida en que establecen que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal requiere de una autorización o permiso, respectivamente, no son en abstracto incompatibles con los derechos de la naturaleza a que se respete integralmente su existencia; a que se regeneren sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, o a la restauración. Esto en virtud de que las autorizaciones o permisos referidos deben necesariamente tener por objeto el asegurar que dichos derechos no se vean vulnerados.
73. En este sentido, las autoridades destinadas a emitir estos permisos deben ser garantes de los derechos de la naturaleza y del acceso al agua. Por lo tanto, deben ejercer un estricto control del cumplimiento de requisitos constitucionales, legales e infralegales y anticipar la responsabilidad que podría implicar el emitir autorizaciones que supongan vulneraciones de derechos constitucionales por no haber adoptado las previsiones necesarias.
74. Particularmente, esta Corte reitera que la autorización que emita la Autoridad Única del Agua no puede constituir un mero trámite de carácter administrativo, pues aquello podría derivar en daños irreversibles y en afectaciones a los derechos de la naturaleza. La autorización a la que se refieren las normas impugnadas debe velar por el respeto integral de la naturaleza y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Además, deberá estar encaminada a prevenir impactos ambientales graves o permanentes y asegurar la existencia de mecanismos eficaces de restauración y eliminar o mitigar las potenciales consecuencias ambientales nocivas del desvío del curso natural de un cuerpo hídrico.

75. En conclusión, las normas impugnadas no son en abstracto incompatibles con los artículos 71 y 72 de la Constitución. Sin embargo, esta Corte enfatiza en que la autorización de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico no puede constituir un mero trámite de carácter administrativo; debe velar por el respeto integral de la naturaleza y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y estar encaminada a prevenir impactos ambientales graves o permanentes y asegurar la existencia de mecanismos eficaces de restauración y eliminar o mitigar las potenciales consecuencias ambientales nocivas del desvío del curso natural de un cuerpo hídrico.
76. Ahora bien, toda vez que las normas impugnadas inobservan el principio de reserva legal, lo concluido en la presente sección sobre la conformidad entre las normas impugnadas y los artículos 71 y 72 de la Constitución no habilita a que las normas continúen aplicándose. Este análisis debe ser tomado en cuenta en caso de expedirse una ley sobre la materia.

7.3. Sobre el principio de precaución (arts. 73 y 313 de la Constitución)

77. Como se desprende de la sección 4.1.1 *supra*, los accionantes alegan que la modificación o el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico para realizar actividades mineras en su lecho afecta la sostenibilidad ambiental y vulnera el principio de precaución (**arts. 73 y 313 de la Constitución**). Además, argumentan que, en virtud de este principio, todos los proyectos que se lleven a cabo en el territorio nacional deben contar con estudios independientes sobre los efectos que puedan tener en el medio ambiente y en las comunidades cercanas, lo cual no está contemplado por los artículos 86 y 136 del RAAM.
78. El **artículo 73** de la Constitución establece que “[e]l 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”. Por su parte, el **artículo 313** de la norma suprema establece que “[e]l 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”. Ambas normas consagran al **principio de precaución**, invocado por los accionantes, que deriva en abstenerse de realizar determinadas actividades cuando existe información sobre posibles consecuencias adversas para la salud, el ambiente o la naturaleza o existen altas probabilidades de que ocurran dichas consecuencias aun cuando no haya total certeza; mientras que el artículo 313, además del principio de precaución, también refiere al **principio de prevención**, que implica tomar las medidas necesarias frente a las afectaciones que con certeza se conoce que una actividad conlleva.
79. Como se mencionó, las normas impugnadas establecen que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal requiere de una autorización o permiso, respectivamente, por parte de

la Autoridad Única del Agua. Sin perjuicio de la conclusión alcanzada en la sección 7.1 *supra* (esto es, que la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico y los procedimientos y estándares aplicables a su autorización deben constar en la ley), a criterio de esta Corte, en abstracto, la exigencia de una autorización o permiso, sí constituye una medida de restricción o control. Sin embargo, dichas autorizaciones o permisos deberán garantizar, en cada caso concreto, la aplicación de los principios de precaución y prevención. Particularmente, en cada caso individual deberá evaluarse, con información técnica y científica, si el principio de precaución es o no aplicable y, de ser procedente la autorización o el permiso, deberá garantizarse el principio de prevención.

80. Por ende, la normativa que se refiera a la expedición de las autorizaciones o permisos debe exigir que estas se emitan sobre la base de estudios y análisis **técnicos e independientes** que aseguren que la autorización no conducirá a la extinción de especies, a la destrucción de ecosistemas y a la alteración permanente de ciclos naturales. La normativa deberá garantizar que la autorización que se expida en función de las normas impugnadas no puede, de forma alguna, constituir un mero trámite. Debe, además, consagrar que la autorización sea una cuestión excepcional, esto es, realizada en función a una rigurosidad técnica y normativa en la que se observen los principios de precaución, prevención, sostenibilidad y restauración de los ecosistemas.
81. Así, en observancia de los artículos 73 y 313 de la Constitución, la actuación de la Autoridad Única del Agua no puede limitarse a aprobar o negar, desde una perspectiva netamente administrativa o de conveniencia, la utilización de recursos hídricos para actividades mineras. Por el contrario, es indispensable que esta autoridad realice todas las gestiones necesarias para asegurar que la utilización de recursos hídricos, particularmente aquellas que impliquen el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico, no deriven en las afectaciones antes descritas u otras de carácter similar. En este sentido, esta Corte es enfática en sostener que la sola exigencia de un permiso o autorización no deriva en que se garantice el principio de prevención y los derechos de la naturaleza; por lo que la normativa que regule a las autorizaciones y permisos debe observar los parámetros contenidos en la presente sección.
82. En conclusión, las normas impugnadas no son en abstracto incompatibles con el principio de precaución previsto en los artículos 73 y 313 de la Constitución. Sin embargo, esta Corte enfatiza en que la autorización a la que se refieren las normas impugnadas debe basarse en una aplicación estricta del principio de prevención y la información independiente y técnica con la que debería contar para ello.
83. Ahora bien, toda vez que las normas impugnadas inobservan el principio de reserva legal, lo concluido en la presente sección sobre la conformidad entre las normas impugnadas y los artículos 73 y 313 de la Constitución no habilita

a que las normas continúen aplicándose. Este análisis debe ser tomado en cuenta en caso de expedirse una ley sobre la materia.

7.4. Sobre la protección de los caudales ecológicos (art. 411 de la Constitución)

84. Como se desprende de la sección 4.1.3 *supra*, los accionantes sostienen que la Autoridad Única del Agua debe actuar conforme a sus facultades constitucionales, por lo que no tiene la potestad para autorizar la modificación o el desvío de cursos de agua. Además, manifiestan que los caudales ecológicos permiten mantener las características naturales de los ríos y su funcionalidad como elemento esencial de la naturaleza, por lo que deben ser respetados por todas las actividades productivas.

85. El artículo 411 de la Constitución establece que “[e]l Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua”. El artículo añade que “[l]a sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”. Este artículo, en consecuencia, consagra una obligación estatal de conservar, recuperar y manejar de forma integral los recursos hídricos y menciona, de forma específica, a los caudales ecológicos. Entre las obligaciones estatales, la Constitución menciona expresamente la de regular.

86. Al respecto, esta Corte observa que el artículo 318 de la Constitución, a su vez, establece lo siguiente:

*El 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. [Énfasis añadido]*

87. De lo anterior se desprende que la Constitución consagra la posibilidad de que el Estado autorice el aprovechamiento del agua con fines productivos, de acuerdo con la ley. La ley otorga esta facultad a la Autoridad Única del Agua, como autoridad responsable de la planificación y gestión de los recursos hídricos. Las normas impugnadas, por su parte, dan cumplimiento a la obligación constitucional de regular una actividad de aprovechamiento de agua (el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico para un proyecto minero o para la actividad minera artesanal) que pueda afectar la calidad y cantidad de agua y el equilibrio de los ecosistemas.

88. Ahora bien, como se concluyó en la sección 7.1 *supra*, el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico no es una simple actividad de aprovechamiento del agua. Por el contrario, es una actividad que tiene una incidencia en el caudal ecológico del río que, como se dijo, se encuentra constitucionalmente protegido; y tiene la potencialidad de producir efectos adversos no sólo en el río sino en todo lo que rodea o depende de éste. Por lo tanto, en concordancia con la conclusión alcanzada en la sección 7.1 *supra* (esto es, que la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico y los procedimientos y estándares aplicables a su autorización deben constar en la ley), la facultad a la Autoridad Única del Agua de autorizar el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico debe constar expresamente en la ley.
89. Cabe acotar que la facultad para autorizar el trasvase de un cuerpo hídrico – que es una de las posibles modificaciones al curso natural de un cuerpo hídrico contempladas en las normas impugnadas – sí está expresamente consagrada en la LORHUAA¹². No obstante, esto no ocurre con la autorización de otras modificaciones al curso natural de los cuerpos hídricos.
90. Además, esta Corte enfatiza que dicha competencia, de constar expresamente consagrada en la ley para toda modificación al curso natural de un cuerpo hídrico, debe estar regulada de tal forma que observe de lo prescrito por el artículo 411 de la Constitución, esto es, que tienda a garantizar la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos y priorizar la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano.
91. En conclusión, las normas impugnadas no son en abstracto incompatibles con el artículo 411 de la Constitución, que consagra a la obligación estatal de velar por la protección de los caudales ecológicos. Sin embargo, esta Corte enfatiza en que dicha competencia debe constar expresamente consagrada en la ley y su regulación debe estar encaminada a la protección de los derechos de la constitucionales.
92. Ahora bien, toda vez que las normas impugnadas inobservan el principio de reserva legal, lo concluido en la presente sección sobre la conformidad entre las normas impugnadas y el artículo 411 de la Constitución no habilita a que las normas continúen aplicándose. Este análisis debe ser tomado en cuenta en caso de expedirse una ley sobre la materia.

8. Consideraciones finales

93. En la sección 7.1 de la presente sentencia, este Organismo concluyó que la posibilidad de que se desvíe el curso natural de un cuerpo hídrico para proyectos mineros o para la actividad minera artesanal, así como los

¹² *Art. 18.-Competencias y atribuciones de la Autoridad Única del Agua. Las competencias son: u) Autorizar excepcional y motivadamente el trasvase de agua desde otras demarcaciones hídricas.*

procedimientos y requisitos para autorizarlo, deben constar en una ley orgánica. A lo largo de las secciones 7.2, 7.3 y 7.4 *supra*, esta Corte se ha referido a algunos de los parámetros a tomar en consideración en caso de expedirse una ley que regule la materia.

94. Particularmente, esta Corte resalta lo siguiente:

1. La posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico debe estar consagrada en una ley orgánica;
2. La regulación relativa a esta posibilidad debe estar encaminada a que, en cada caso individual, se evalúe con información técnica y científica, si el principio de precaución es o no aplicable;
3. La regulación relativa a esta posibilidad debe estar encaminada a que, en cada caso individual, exista un permiso o autorización expedido por la autoridad competente;
4. La regulación relativa a esta posibilidad debe estar encaminada a que las autorizaciones o permisos estén fundamentados en información técnica, científica e independiente. La independencia de la información adquiere especial relevancia en el contexto de la fusión Institucional entre el Ministerio del Ambiente y la Secretaría del Agua en una sola entidad denominada “Ministerio del Ambiente y Agua”¹³.
5. La regulación relativa a esta posibilidad debe estar encaminada a que las autorizaciones o permisos no constituyan un mero trámite de carácter administrativo, sino que permitan garantizar el principio de prevención; velar por el respeto integral de la naturaleza y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; prevenir impactos ambientales graves o permanentes; asegurar la existencia de mecanismos eficaces de restauración; y eliminar o mitigar potenciales consecuencias ambientales nocivas;
6. La regulación relativa a esta posibilidad debe estar encaminada a que la autoridad que emita las autorizaciones o permisos ejerza dicha competencia con miras a ser garante la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos y la priorización de la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano.

9. Efectos de la sentencia constitucional

95. El artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “[l]as sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro”. En tal virtud, este Organismo aclara que la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en la presente sentencia, que tiene como efecto expulsar del ordenamiento jurídico a las normas impugnadas, no afecta las situaciones jurídicas que ya se habrían

¹³ Decreto Ejecutivo 1007 de 4 de marzo de 2020.

consolidado en aplicación de dichas normas. Por lo anterior, los permisos y autorizaciones que se habrían concedido al amparo de los artículos 86 y 136 del RAAM con anterioridad a la expedición de la presente sentencia constitucional no pierden vigencia ni validez.

96. En este sentido, cabe recalcar que esta sentencia es expedida en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por lo que no constituye un pronunciamiento sobre vulneraciones de derechos que puedan producirse en casos concretos.

10. Decisión

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

1. **Aceptar** la acción pública de inconstitucionalidad **No. 32-17-IN**.
2. **Declarar** que los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras son inconstitucionales por inobservar el principio de reserva legal.
3. **Notificar** a la Asamblea Nacional del Ecuador para los fines pertinentes.

98. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes

PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, un voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; en sesión ordinaria de miércoles 09 de junio de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni

SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 32-17-IN/21

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Estoy de acuerdo con la argumentación y con la decisión aprobada por mayoría, mediante sentencia N. 32-17-IN/21, a base de un proyecto elaborado por la jueza Daniela Salazar Marín.
2. La acción de inconstitucionalidad que origina la causa se presenta en contra de dos normas del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras expedidas por el Ministerio del Ambiente, que permiten la modificación de cursos de agua y los desvíos de cursos de agua para atender requerimientos de proyectos mineros.¹⁴
3. El caso hace referencias importantes a una comprensión de los derechos que quisiera, desde mi visión jurídica, resaltar. En particular, considero que la sentencia da un paso importante en fundamentar la reserva legal en función de los cauces del río y de su función ecológica.
4. Los derechos de la naturaleza comienzan a tener resonancia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Quiero dimensionar la sentencia aprobada desde mi concepción del derecho transformador y de los derechos de la naturaleza.

El derecho transformador

5. La transformación social mediante el derecho tiene como obstáculo la comprensión del derecho de forma tradicional. El derecho tradicional mira obsesivamente el pasado y el formalismo jurídico es la garantía de su permanencia en el tiempo. No se puede lograr el cambio por razonamientos del tipo “la acción no lo permite”, “estamos atados al precedente”, “la disposición es clara aunque su aplicación sea injusta”, “la norma está vigente y es clara”, “el foro jurídico lo criticaría y no lo aceptaría.”
6. Si viviéramos en una sociedad igualitaria, con democracia profunda y en todos los ámbitos, sin discriminación ni jerarquías, sin violencia, sin concentración de riqueza, sin exclusiones, sin corrupción, con independencia judicial, donde reine una cultura crítica y comprometida con los derechos de las personas y colectivos más vulnerables, entendería la defensa ultranza de un derecho conservador. Una realidad en la que todas las personas y colectivos realizan al máximo sus potencialidades y viven a plenitud, merece ser preservada y cuidada. Lastimosamente no es el caso, la realidad es otra y Ecuador exige un derecho transformador.
7. Quisiera mencionar cinco herramientas jurídicas para dejar de mirar un pasado que impide el cambio y para caminar hacia un derecho transformador: la

¹⁴ Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, artículos 86 y 136.

interpretación finalista, el derecho por principios, las formas jurídicas como garantía de derechos y la perspectiva desde la que se hace y aplica el derecho (el derecho del oprimido).

8. La *interpretación finalista* quiere decir que hay que tener unas metas a alcanzar en el corto y mediano plazo (en lo jurídico esas metas las encontramos en la parte dogmática de una Constitución) y que el derecho, mediante las normas, procedimientos y la interpretación, establece los mecanismos para llegar a esa finalidad.

9. Esas metas, sin duda alguna, son los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y aquellos que se derivan de la dignidad de los sujetos de derechos.¹⁵ Para llegar a esas metas, las normas, los procedimientos, la interpretación y más herramientas jurídicas deben contribuir a su realización. La mirada opuesta, la interpretación meramente literal o gramatical, se queda en el texto y se abstrae de la realidad en la que se aplica el derecho.

10. Lo que afirmo no es ajeno a ciertos tribunales de justicia. Por ejemplo, cuando la Corte IDH invoca el *objeto y fin* de la de las disposiciones normativas para interpretar la Convención Americana, establece que las leyes que se la opongan no deben mermar su contenido y que, en consecuencia, dichas normas carecen de efectos jurídicos.¹⁶ Desde esta interpretación se está adoptando, en gran medida, un derecho finalista.

11. Otra de las estrategias para un derecho transformador es adoptar el *derecho por principios*. El derecho tradicional tiene una fijación en las reglas y mira con sospecha a los principios. Los principios son normas indeterminadas, ambiguas, que establecen mandatos de optimización y permiten un haz de posibilidades.¹⁷ Las reglas, en cambio, son normas que tienen una hipótesis fáctica y una obligación, no suelen permitir una aplicación más allá de lo previsto por quien formuló la regla (están, pues, clavadas en el pasado).

12. Los principios y las reglas no son necesariamente contradictorias. Lo óptimo es que tengan correspondencia entre sí y se complementen. La gran mayoría de las normas constitucionales (no todas) tienen la forma de principios, y la gran mayoría de normas legales y reglamentarias (no todas) tienen la forma de reglas. En general, los derechos tienen forma de principio y, por mandato constitucional⁵, las reglas deben adecuarse a sus preceptos.

¹⁵ Constitución, artículo 11 (7).

¹⁶ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrafo 262; Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 2092, párrafo 339.

¹⁷ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: CEPC, 1993), página 86 y siguientes. ⁵ Constitución, artículo 84.

13. La gran ventaja de los principios es que son tan indeterminados y pueden adaptarse a cualquier situación problemática o violatoria de derechos no prevista al momento de plasmarla por escrito. Otra ventaja es que los principios permiten colmar las lagunas y apreciar las normas injustas. La desventaja es que, si no hay una debida y adecuada argumentación al momento de aplicarlos, puede derivar en arbitrariedades.

14. En estos tiempos de tanta incertidumbre y amenazas, debido a las múltiples crisis que atravesamos a nivel global, los principios pueden dar respuestas a cualquier problema. Esto no sucede con las reglas. Las reglas dependen de la hipótesis definida en el pasado y simplemente no da respuesta a la situación nueva. De ahí la necesidad de priorizar los principios y analizar el derecho a partir de ellos. El derecho tradicional suele solo mirar la regla y prescindir del análisis del principio que la fundamenta o la invalida. En otras palabras, el análisis del sistema jurídico debe partir siempre desde la mirada constitucional.

15. En cuanto a *las formas jurídicas como garantía de derechos*, el derecho tradicional privilegia las formas y los procedimientos por sí mismos. En cambio, en el derecho transformador las formas y los procedimientos son una garantía más para la protección de derechos. Es decir, las formas y los procedimientos tienen sentido si cumplen un fin.

16. Cuando las formas y los procedimientos no cumplen el fin o no son eficaces en cuanto a garantizar derechos, entonces hay que buscar otras formas y otros procedimientos. El derecho se adapta a la realidad.

17. Si en el sistema jurídico se establece constitucionalmente que no se puede sacrificar la justicia por omisión de formalidades¹⁸ y que hay que adecuar las formalidades al logro de los fines⁷, precisamente se reconoce que el fin es más importante que las formas.

18. Finalmente, considero importante, siempre que sea posible, que la Corte mire el derecho desde la perspectiva de la persona o colectivo en situación de vulnerabilidad (a esto he llamado *el derecho del oprimido*). El derecho tradicionalmente ha sido definido y aplicado desde una perspectiva elitista, que lo ha hecho miope y no le ha permitido visibilizar otras necesidades y realidades. La apreciación y la experiencia desde el lado del oprimido suele ser diametralmente diferente. Asumir esa perspectiva, sin que deba implicar el comprometer el deber de imparcialidad, permite interpretaciones renovadas y muchas veces mejor situadas y más justas.

¹⁸ Constitución, artículo 169. ⁷ LOGJCC, artículo 4 (7).

19. La sentencia aprobada por la Corte, en gran medida, es un buen ejemplo de la aplicación de un derecho transformador.

20. Si la sentencia abrazaba la interpretación desde el derecho tradicional, el resultado hubiese sido diferente. Afirmar que las normas impugnadas estaban conformes a la ley que regula la minería y que no contravenía a la Constitución, era retóricamente posible.

Incorporar en el análisis cuestiones propias de los derechos de la naturaleza y arribar a un resultado diferente significa interpretar de forma finalista las normas aplicables al caso.

21. El finalismo aplicado en el caso se aprecia con claridad cuando establece que una autorización para el uso del agua solo tendrá validez si cumple con los fines de garantía:

...la autoridad que emita las autorizaciones o permisos deberá ejercer dicha competencia con miras a ser garante la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos y la priorización de la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano.¹⁹

22. El *derecho por reglas* simplemente hubiese analizado si la autoridad que expide la norma tiene competencia constitucional o legal, si respetó las formas para la expedición de la norma y si existía conformidad entre las normas reglamentarias y las legales. La sentencia analiza cuatro normas que recogen derechos y principios importantes: la reserva legal, los derechos de la naturaleza, el principio de precaución y la protección de los caudales ecológicos. Es decir, supera el mero análisis formal de una causa.

23. Con respecto a *las formas y procedimientos*, como suele pasar con los derechos de la naturaleza, la sentencia pudo haber asumido que la autorización administrativa sobre el uso del caudal de agua, era suficiente para considerar que había protección de derechos. Si así hubiese hecho, caía en el mero formalismo jurídico e ignoraba los derechos de la naturaleza.

24. La sentencia va más allá y condiciona, como siempre debe ser, la forma jurídica:

...las autorizaciones o permisos no pueden constituir un mero trámite de carácter administrativo, sino que deben estar encaminadas a garantizar el principio de prevención; deben velar por el respeto integral de la naturaleza y la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y prevenir impactos ambientales graves o permanentes

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia N. 32-17-IN/21, párrafo 94 (6).

*y asegurar la existencia de mecanismos eficaces de restauración y eliminar o mitigar potenciales consecuencias ambientales nocivas.*²⁰

25. Debe entenderse, entonces, que cuando hay un permiso ambiental y no se garantiza la existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales la estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza, la forma no ha cumplido su fin y ha propiciado una violación de derechos.

26. Finalmente, en cuanto a la perspectiva, la sentencia refleja una particular sensibilidad a los ríos y a la función que cumplen en un ecosistema. Esto, desde mi mirada, es ubicarse en el lado del sujeto más vulnerable en una relación jurídica, ser empáticos. En este caso, la naturaleza.

27. Por lo dicho, la sentencia –y a riesgo que lo que interpreto y afirmo posiblemente no sea compartido por algunos jueces y juezas- tiene elementos importantes de lo que yo concibo como derecho transformador.

Los derechos de la naturaleza y los derechos del río

28. La comprensión y la aplicación de los derechos de la naturaleza solo se puede lograr desde un derecho transformador. Desde el derecho tradicional, que además concibe a muchos elementos de la naturaleza como bienes apropiables y regulados desde el derecho privado (propiedad) y administrativo (recurso natural), es muy difícil materializarlo. Para los derechos de la naturaleza, desde la concepción tradicional, no hay reglas adecuadas, no existen precedentes que hayan desarrollado su contenido y alcance, no hay doctrina de los grandes tratadistas jurídicos que nos den pistas sobre estos derechos.

29. En este terreno árido, esta sentencia es un aire fresco y húmedo, aporta con algunas luces y da unos pasos importantes para la comprensión y desarrollo de los derechos de la naturaleza.

30. Dedicar algunos párrafos para resaltar la importancia del río y los ecosistemas es tan importante ahora como cuando, a principios del siglo pasado, se comenzó a hablar del derecho al voto de la mujer, del derecho a un salario digno de los trabajadores o del derecho a la educación de cualquier persona sin distinción.

31. Aunque la sentencia no lo invoque de forma directa y explícita, el fundamento para la consideración de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas es la consideración de la naturaleza como un sujeto de derechos y los derechos de la naturaleza, a partir de las reflexiones sobre el caudal, el cauce y las funciones del río. Me parece que es la primera vez que la razón principal para determinar la constitucionalidad de una norma jurídica es el contenido de uno de los elementos de los derechos de la naturaleza.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia N. 32-17-IN/21, párrafo 94 (5); véase también los párrafos 74, 75 y 80 de la misma sentencia.

32. La Corte acaba de dar un paso –para muchos podría ser considerado pequeño- muy importante en la consideración de la naturaleza para analizar el sistema jurídico.

33. El derecho es un relato con un poder simbólico enorme que, además, puede utilizar la coacción para alterar la realidad. Ese relato cambia con el tiempo y suele adaptarse a las circunstancias y a las necesidades. La mayoría de las veces la retórica jurídica es una muralla para las innovaciones normativas. Otras veces, como en la presente sentencia, es un puente y un camino.²¹

34. La circunstancia a las que el derecho tiene que adaptarse tiene que ver, entre otras cuestiones, con la crisis ambiental por la que atraviesa la Tierra. Un avance gigante fue el reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Ecuador; otro avance es la reivindicación de estos derechos por parte de la sociedad civil y de los movimientos sociales (demandas en Ecuador ha habido y muchas); otro no menos importante es la jurisprudencia sobre estos derechos. Esta última ha tenido un lento desarrollo.

35. Luego de más de una década de vigencia de la Constitución, es posible afirmar que los jueces y juezas en Ecuador no hemos estado a la altura del reconocimiento constitucional. La sentencia aprobada por la Corte marca el sendero y da unos primeros pasos para seguir caminando por la complejidad de los derechos de la naturaleza.

36. La sentencia no menciona directamente que el río es un sujeto que tiene derechos, que el caudal es un elemento vital de este ser vivo llamado río que se relaciona simbióticamente con muchos otros seres vivos, que los derechos del río tienen que regularse, como cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente, mediante reserva legal. Posiblemente si los mencionaba no hubiese tenido los votos necesarios para aprobarse. De ahí la inteligencia y habilidad de la jueza ponente para mencionar aspectos de la naturaleza en una sentencia y obtener los votos requeridos.

37. Menciono algunas perlas que constan en la sentencia y que merecen masticarse y digerirse para ser apreciadas en su real magnitud:

...el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico en el marco de actividades mineras reguladas por la autoridad pública podría derivar en una posible restricción de derechos constitucionales.

²¹ Acá hay una paráfrasis de un texto de Borges: “La retórica debería ser un puente, un camino; a veces es una muralla, un obstáculo”, en Jorge Luis Borges, *Siete Noches* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997), página 9.

Un caudal ecológico tiene el objetivo de asignar suficiente agua a los ecosistemas para mantener un cierto nivel de integridad ecológico basado en una visión de gestión adecuada.

El caudal es posiblemente la variable más importante de los ríos puesto que define su morfología, estructura, diversidad biológica y las tasas de sus procesos eco sistémicos.

La diversidad y abundancia de formas de vida en ríos, reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal.

Obras de infraestructura que rompen esta conectividad y el régimen de caudal natural de los ríos tienen consecuencias graves para la biodiversidad y el funcionamiento ecológico de estos ríos.

...de los ciclos naturales del río y de las fluctuaciones del caudal dependen otros ciclos naturales. Diversos estudios explican que:

...[l]os ríos son ecosistemas dinámicos, complejos e integradores, con múltiples conexiones con otros ecosistemas: longitudinales (conexión río arriba - río abajo), laterales (conexión con la cuenca hidrográfica y vegetación de la ribera) y verticales (conexión con las aguas subterráneas y la precipitación).

Las conexiones... mantienen los ciclos biogeoquímicos del planeta.

Los ríos, a través de su flujo de corriente, turbulencia y procesos de descomposición, tienen la capacidad de autopurificar sus aguas.

...los ríos cumplen diversas funciones eco sistémicas como provisión de agua para los seres humanos, auto purificación, control de inundaciones y sequías, mantenimiento de hábitat para peces, aves y otra vida silvestre, mantenimiento de los flujos de sedimento, nutrientes y salinidad de estuarios.

La diversidad y abundancia de formas de vida en los ecosistemas lóticos, o ríos, reflejan millones de años de evolución y adaptación a estos ciclos naturales y a las fluctuaciones del caudal.

...el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico podría derivar en efectos adversos no sólo en el río sino en todo lo que rodea o depende de éste.

...el caudal ecológico, por su importancia y su relación con los ecosistemas en general, se encuentra constitucionalmente protegido...

*...debido a la importancia de los caudales ecológicos y a los potenciales efectos que su alteración podría tener en derechos constitucionales, no solo de titularidad de la naturaleza sino también de los seres humanos...*²²

38. En las citas transcritas se puede apreciar una visión sistémica e integral de la naturaleza. Aparece la identidad y las funciones de un río. Se aprecia que el río tiene una valoración en sí mismo y en función de lo que aporta a la vida. La consideración del río no es vista solo desde lo que podría beneficiar al ser humano (visión restrictiva del derecho humano al medio ambiente sano) sino desde lo que representa para otros seres como la vida animal y vida silvestre. Esta visión no antropocéntrica es una de las insinuaciones más importante de la sentencia.

39. La consecuencia del razonamiento en la sentencia es que los derechos de la naturaleza, como los de cualquier otro sujeto, deben regularse mediante ley orgánica:

*La posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico debe estar consagrada en una ley orgánica.*²³

40. En la retórica constitucional ojalá que pronto podamos poner nombres y apellidos (el nombrar a alguien importa y mucho), como suele suceder en las garantías constitucionales cuando se declara una violación contra una persona y se dispone su reparación, a los titulares de derecho: el río Chibunga, la Cordillera del Cóndor, el Lago San Pablo, el bosque de Polylepis, el Guagua Pichincha, por poner algunos ejemplos. Lo maravilloso es que protegiendo a cada uno de los seres no humanos que componen la naturaleza acabamos protegiendo también a la especie humana.

41. Esta vez fue el caudal de un río en abstracto. Vendrán más ríos, manglares, bosques, parques, montañas, lagos, vertientes, cascadas, páramos, valles... hasta que el ser humano consiga la tan deseada e impostergable relación respetuosa con la naturaleza, de la cual, aunque reniegue es parte. Hay que proteger y celebrar a la naturaleza, la Pacha Mama, porque “*es vital para nuestra existencia.*”²⁴

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 32-17-IN, fue presentado en Secretaría General el 10 de junio de 2021, mediante correo electrónico a las 09:15; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

²² Corte Constitucional, Sentencia N. 32-17-IN/21, párrafos 57 al 61.

²³ Corte Constitucional, Sentencia N. 32-17-IN/21, párrafo 94 (1); véase los párrafos 62, 66, 72 y 88 de la misma sentencia.

²⁴ Constitución, Preámbulo.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL
SENTENCIA No. 32-17-IN/21

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce

1. Con el acostumbrado respeto a los argumentos esgrimidos por la jueza ponente y por quienes votaron a favor de la sentencia N° 32-17-IN/21, me permito disentir con el voto de mayoría respecto al análisis realizado dentro la acción pública de inconstitucionalidad de los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (en lo sucesivo “RAAM”), específicamente en lo concerniente al principio de reserva de ley, ya que comparto y suscribo el razonamiento sobre la constitucionalidad por el fondo de las normas impugnadas. La disidencia gira en torno a los siguientes argumentos:

2. En el párrafo 62 de la sentencia se menciona que:

“Si bien no le corresponde a este Organismo verificar, a través de la presente acción, afectaciones que puedan ocurrir en casos concretos, ni determinar el grado de afectación que en cada caso pueda tener el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico; debido a la importancia de los caudales ecológicos y a los potenciales efectos que su alteración podría tener en derechos constitucionales, no solo de titularidad de la naturaleza sino también de los seres humanos, esta Corte considera que las normas impugnadas regulan asuntos que tienen una incidencia fundamental en los derechos constitucionales. Aún cuando su propósito central es que se cuente con permisos y autorizaciones para desviar el curso natural de un cuerpo hídrico, aquello conlleva, a su vez, una posible restricción de los derechos de la naturaleza y otros derechos conexos reconocidos en la Constitución. Por lo anterior, a criterio de esta Corte, la posibilidad de desviar el curso natural de un cuerpo hídrico para el desarrollo de actividades mineras u otras actividades reguladas, al incidir de manera directa en derechos constitucionales, debe estar consagrada en una ley orgánica (...).”

3. De igual manera en el párrafo 63 se expresa que:

“Al haberse identificado que el desvío del curso natural de un cuerpo hídrico podría derivar en una posible restricción de derechos reconocidos en la Constitución, le corresponde a este Organismo verificar si esta posibilidad se encuentra o no consagrada en una ley orgánica”.

4. Como un primer punto es menester aclarar que cuando una norma se relaciona en alguna medida con el ejercicio de un derecho constitucional, no necesariamente deberá revestir el carácter de ley orgánica para tener aptitud de

producir efectos jurídicos de forma legítima, ya que tal como lo dispone el artículo 11.8 de la Constitución de la República: “[e]l contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”.

5. De manera que los derechos no solo cuentan con una única vía de regulación a través de la reserva de ley orgánica, debido a que el mismo texto constitucional prevé que su desarrollo se promoverá por medio de las **“normas”**, con lo cual, es claro que no en todos los casos será obligatorio expedir una ley orgánica para regular determinados aspectos complementarios de un derecho, siempre que no se atente contra su contenido, se regule de forma integral su ejercicio o se establezcan limitaciones al mismo.
6. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“No obstante, eso no significa que todos los derechos constitucionales deban ser desarrollados por el legislador mediante una ley orgánica, en razón que tal afirmación comportaría desconocer el hecho de que todas las leyes sin excepción alguna regulan en distintos grados el ejercicio de los derechos constitucionales. Así, para citar algunos ejemplos, el Código de Trabajo desarrolla el contenido del derecho constitucional al trabajo de la misma forma como el Código Civil regula parcialmente los derechos constitucionales a la propiedad o a la libertad de contratación, lo que no implica que tales normas tengan el carácter de orgánicas.

De las ideas expuestas se desprende que una interpretación literal del numeral 2 del artículo 133 de la Constitución de la República que establece “[s]erán leyes orgánicas [...] las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”, derivaría en imponer al legislador exclusivamente la emisión de leyes orgánicas, sobre la base que todas las normas regulan de cierto modo el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución (...)”²⁵.

7. Dicho esto, estimo pertinente señalar que el análisis que se ha realizado dentro de la presente acción pública de inconstitucionalidad, lejos de posibilitar la efectiva protección de los recursos hídricos, no tiene ningún efecto jurídico concreto, puesto que propende a la protección constitucional de un aspecto (caudal ecológico) que ya se encuentra expresamente garantizado por la ley.
8. Es así, que discrepo de la declaratoria de inconstitucionalidad debido a que el razonamiento parte de una premisa errada. En el fallo de mayoría se dice que las autorizaciones a las que se refieren los artículos 86 y 136 del RAAM, esto es, el eventual desvío o cambio de un curso de agua, deberían estar expresamente desarrollados en una ley de carácter orgánico, con miras a proscribir cualquier tipo de afectación de los caudales ecológicos.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 002-14-SIN-CC de 14 de agosto de 2014, págs. 40-41.

9. Este argumento es producto de una interpretación aislada de la norma, ya que no se ha considerado que para toda clase de permiso, pronunciamiento o autorización administrativa para el uso y aprovechamiento productivo del agua, por mandato de la ley de la materia, se deberá forzosa e ineludiblemente garantizar que **no se afecten caudales ecológicos**.
10. En ese sentido, es pertinente reproducir los siguientes apartados normativos de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (en adelante “LORHUAA”)²⁶:

“Art. 76.- Caudal ecológico. Para los efectos de esta Ley, caudal ecológico es la cantidad de agua, expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia del caudal específico y la calidad de agua expresada en términos de rango, frecuencia y duración de la concentración de parámetros que se requieren para mantener un nivel adecuado de salud en el ecosistema.

La Autoridad Única del Agua en coordinación con la Autoridad Ambiental Nacional establecerá reglamentariamente los criterios, parámetros y metodologías para la determinación del caudal ecológico de acuerdo con las condiciones y las características de los cuerpos de agua, que serán considerados dentro de la planificación hídrica nacional.

Toda resolución de la Autoridad Única del Agua por la que se otorgue autorización para uso o aprovechamiento productivo del agua deberá establecer y considerar el caudal ecológico que fue determinado para ello, conforme con los criterios de la planificación hídrica nacional”.

“Art. 77.- Limitaciones y responsabilidades. El caudal ecológico de los cursos permanentes de agua en toda cuenca hidrográfica es intangible. Es responsabilidad de la Autoridad Única del Agua, de las instituciones y de todas las personas, sean usuarios o no del agua, el respetar la cantidad y calidad requerida que proteja la biodiversidad acuática y los ecosistemas aledaños.

Todas las actividades productivas respetarán el caudal ecológico”.

“Art. 86.- Agua y su prelación. De conformidad con la disposición constitucional, el orden de prelación entre los diferentes destinos o funciones del agua es:

- a) Consumo humano;*
- b) Riego que garantice la soberanía alimentaria;*
- c) **Caudal ecológico;** y,*
- d) Actividades productivas.*

*“Art. 110.- Autorización de aprovechamiento. Las actividades mineras deberán contar con la autorización de aprovechamiento productivo de las aguas que se utilicen, que será otorgada por la Autoridad Única del Agua, de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en esta Ley y su Reglamento, **para lo***

²⁶ El énfasis en las citas normativas son de mi autoría.

que se respetará estrictamente el orden de prelación que establece la Constitución, es decir, consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas. Al efecto, coordinará con la Autoridad Ambiental Nacional.

Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

También deberá obtenerse la autorización de uso del agua para consumo humano en campamentos” (énfasis agregado).

11. De lo transcrito *ut supra* se evidencia que la autorización para el desvío de cursos hídricos, no amerita reserva de ley orgánica **bajo el argumento de salvaguardar caudales ecológicos**, toda vez, que no sería legal ni técnicamente plausible conceder alguna licencia o permiso administrativo para el uso y aprovechamiento productivo del agua, si no se garantiza la protección y el respeto a la integridad de los caudales ecológicos.

12. En tal virtud, se puede colegir con meridiana claridad que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene ningún efecto práctico, porque la misma se orienta a resguardar algo que ya se encuentra manifiestamente protegido por la LORHUAA, de ahí que esta decisión (que debería ser de *última ratio*²⁷), resulte desmedida.

13. Tampoco comparto el criterio de reserva de ley porque me parece que se está imponiendo un excesivo formalismo al considerar que procedimientos específicos (como el desvío de cursos o trasvase de cuerpos de agua) deban estar expresamente reglados en una norma con rango de **ley orgánica**. En este caso, entender al principio de reserva de ley como el escudriño exhaustivo de cualquier contingencia fáctica que pueda tener algún tipo de incidencia en los cuerpos de agua resulta algo desproporcionado, ya que se estaría obligando a que el legislador deba agotar el análisis de toda la materia.

14. Por razonable cautela, no estimo prudente concebir que en una ley orgánica se deban conceptualizar de manera pormenorizada y casuística todos los posibles métodos o técnicas relacionados con el aprovechamiento del agua dentro de las distintas actividades productivas, puesto que someter a tal rigurosidad cuestiones meramente operativas advierte -al menos dos- posibles escenarios: i) la hipertrofia legislativa, en la que exista una sobre-regulación que dificulte el ejercicio de las

²⁷ El artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe que: “Principios y reglas generales.- “El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: 4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico.- El examen de constitucionalidad debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico (...) 6. Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.- Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional”.

actividades técnicas; y, **ii)** que ante una eventual omisión del legislador se generen anomías normativas con los mismos efectos adversos de la proposición anterior.

15. Sobre las modalidades de articulación entre el principio de reserva legal y la competencia regulatoria de las autoridades administrativas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que: *“En conclusión, tratándose de asuntos sometidos a reserva legal la Corte ha identificado tres hipótesis en las que se puede ejercer la competencia regulatoria por parte de las autoridades administrativas, a saber: (i) Cuando las normas que desarrollan asuntos materia de reserva de ley hagan uso de lo que doctrinariamente se ha denominado como conceptos jurídicos indeterminados; (ii) mediante la remisión expresa al reglamento, cuando el asunto que se regula es de naturaleza técnica y no puede ser objeto de determinación exhaustiva por el legislador; (iii) Cuando el legislador prevea fórmulas amplias, las cuales permitan ejercer las competencias propias del Estado regulador, por parte de la autoridad administrativa a quien la ley le ha conferido esas funciones”*²⁸. (énfasis añadido).

16. De tal manera, que considero que para este caso en particular, acudir al principio de reserva de ley no es lo adecuado; primero, porque es constitucionalmente válida la remisión de la ley a una norma reglamentaria para complementar o facilitar su aplicación⁵, más aún cuando la materia que se regula es eminentemente técnica o dinámica, lo cual dificulta su regulación holística por parte del órgano legislativo (siempre que no se trate de procedimientos en los que se deba aplicar de forma categórica e imperativa el principio de legalidad, como por ejemplo, en el ámbito tributario o regímenes sancionatorios); y, segundo, porque en el régimen de permisos y autorizaciones del artículo 93 de la LORHUA, se emplean conceptos abiertos, es decir, que no contiene un *numerus clausus* de las metodologías concretas que serían susceptibles de aprobación administrativa, por el contrario, se utilizan términos genéricos como captación, tratamiento, conducción y utilización del caudales²⁹, para referirse a todas las posibles formas de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos para la ejecución de actividades productivas.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia N° C-412/15. ⁵ Artículos 11.8 y 84 de la Constitución de la República.

²⁹ El artículo 93 de la LORHUA manifiesta que: *“El aprovechamiento productivo del agua lo constituyen actividades como riego para economía popular y solidaria, agro industria, producción agropecuaria o producción acuícola de exportación u otras actividades productivas como turismo, generación de hidroelectricidad, producción industrial; explotación minera y de refinación de minerales; hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos certificados de purificación y calidad; y, otras actividades productivas que impliquen el aprovechamiento del agua (...) La autorización para el aprovechamiento del agua en actividades productivas confiere al titular de esta, de manera exclusiva, la capacidad para la captación, tratamiento, conducción y utilización del caudal a que se refiera la autorización. El titular deberá instalar a su cargo los aparatos de medición del flujo de agua en los términos que defina la Autoridad Única del Agua”* (énfasis agregado).

17. Por ende, a mi juicio, los artículos acusados de inconstitucionales no son contrarios al principio de reserva de ley, dado que, ante la ausencia de un listado o enumeración taxativa de métodos técnicos en la LORHUAA, dichas regulaciones cumplen una función concretizadora y que en todo caso no afectan el contenido esencial de los derechos de la naturaleza, debido a que su aplicación no se dirige a restringir de manera injustificada el ejercicio de tales derechos, sino todo lo contrario, imponen la obligación jurídica a los operadores mineros de obtener los permisos de la autoridad competente -como un habilitante- para realizar de forma responsable y controlada cualquier tipo de obra, actividad o proyecto sobre un cuerpo hídrico.

18. Finalmente, en el párrafo 89 de la sentencia de mayoría se ha advertido que: *“la facultad para autorizar el trasvase de un cuerpo hídrico – que es una de las posibles modificaciones al curso natural de un cuerpo hídrico contempladas en las normas impugnadas – sí está expresamente consagrada en la LORHUAA”*; por ende, esta actividad técnica de “trasvase” satisfaría el principio de reserva de ley orgánica, por lo que, se debió excluir de la declaratoria de inconstitucionalidad.

19. En mérito de lo expuesto, este voto salvado considera que los artículos 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, son constitucionales tanto por el fondo, como por la forma, habida cuenta, que las autorizaciones o permisos administrativos para el desvío, trasvase o cualquier modificación de los cursos de agua deben garantizar la conservación, sostenibilidad, recuperación, reparación y restauración integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico.

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, en la causa 32-17-IN, fue presentado en Secretaría General el 23 de junio de 2021, mediante correo electrónico a las 09:53; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia. - Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL