

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador  
Departamento de Desarrollo, Ambiente y Territorio  
Convocatoria 2011-2013

Tesis para obtener el título de maestría en Estudios Socioambientales

La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador

Andrés Vicente Badillo Salgado

Asesora: Ivette Vallejo  
Lectores: Iván Narváez y Daniel Ryan

Quito, junio de 2018

## **Dedicatoria**

Dedico la presentes tesis a mis padres, hermanos y amigos, por todo su apoyo para con conmigo en el desempeño de mi vida académica.

## Tabla de contenidos

|  |      |
|--|------|
| <b>Resumen</b> .....   | VIII |
| <b>Agradecimiento</b> .....  | IX   |
| <b>Introducción</b> .....  | 1    |
| <b>Capítulo 1</b> .....  | 3    |
| Planteamiento del Problema.....  | 3    |
| 2. Estado del arte .....   | 6    |
| 3. Objetivos de la investigación .....   | 8    |
| 3.1 Objetivo General: .....  | 8    |
| 3.2 Objetivos Específicos. ....  | 9    |
| 4. Justificación.....  | 9    |
| 5. Metodología del estudio .....   | 10   |
| <b>Capítulo 2</b> .....  | 11   |
| Marco Teórico .....  | 11   |
| 1. La naturaleza como sujetos de derechos .....                                      | 12   |
| 2. La Racionalidad Ambiental.....  | 14   |
| 3. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos Corriente.....         | 27   |
| (teoría pos-moderna del derecho frente a la teoría positivista). ....                | 17   |
| 4. Constitucionalización del ordenamiento jurídico y del Derecho ambiental.....      | 20   |
| 5. El conflicto socioambiental .....   | 21   |
| <b>Capítulo 3</b> .....  | 28   |
| Judicialización de los conflictos socioambientales y garantías constitucionales..... | 37   |
| para la protección de los derechos de la naturaleza. ....                            | 28   |
| 1. Política Pública sobre los derechos de la naturaleza. ....                        | 28   |
| (Plan del Buen Vivir 2013- 2017).....  | 37   |
| 2. La judicialización de los derechos de la naturaleza.....                          | 31   |
| 3. Derecho Ambiental y Derechos de la Naturaleza.....                                | 36   |
| 4. Garantías Jurisdiccionales Constitucionales aplicables a los .....                | 38   |
| Derechos de la Naturaleza.....   | 47   |
| 5. Medidas cautelares .....  | 41   |

|  |     |
|--|-----|
| 5.1 Características de las Medidas Cautelares.....                                   | 42  |
| 5.1.1 Respecto a la verosimilitud.....   | 43  |
| 5.1.2 Respecto a la Gravedad.....  | 43  |
| 5.1.3 Respecto a la Adecuación.....  | 43  |
| 5.2 Requisitos de procedencia para las Medidas Cautelares .....                      | 44  |
| 5.3 Reglas emitidas por la Corte Constitucional para la aplicación y admisión.....   | 53  |
| de acciones de medidas Cautelares.....   | 45  |
| 5.3.1 Reglas:.....   | 45  |
| 6. La acción de Protección:.....   | 47  |
| 7. Intervención de la ciudadanía a través de la figura “Amicus Curiae” .....         | 50  |
| Principios Ambientales relacionados con – Derecho de la naturaleza: .....            | 52  |
| Derechos y Deberes .....   | 52  |
| Garantías .....  | 52  |
| 7. Ponderación (breve enfoque).....  | 55  |
| <b>Capítulo 4</b> .....  | 57  |
| Casos de análisis: sentencias sobre derechos de la naturaleza. ....                  | 57  |
| 4.1 Caso Galápagos construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin,.....    | 65  |
| (Medidas Cautelares. Juicio No. 269 – 2012) .....                                    | 57  |
| 4.1.1 Análisis del caso .....  | 58  |
| 4.2 Caso minería metálica a gran escala, proyecto cóndor-mirador.....                | 68  |
| (acción de protección) .....   | 60  |
| 4.2.1 Análisis de la sentencia a la acción de protección en primera instancia: ..... | 65  |
| 4.2.2 Análisis de la sentencia a la acción de protección en Segunda instancia: ..... | 66  |
| <b>Conclusiones y recomendaciones</b> .....  | 79  |
| <b>Anexos</b> .....  | 80  |
| Juicio No. 269 – 2012 Medida Cautelar Constitucional, Medidas Cautelares.....        | 81  |
| Galápagos.....   | 87  |
| Sentencia Primera Instancia Acción de Protección PROYECTO.....                       | 87  |
| CÓNDOR-MIRADOR.....  | 93  |
| Sentencia Segunda Instancia Acción de Protección PROYECTO.....                       | 104 |
| CÓNDOR-MIRADOR .....   | 97  |

**Lista de referencias** ..... 107

**Entrevistas**..... 109

    Jhoel Escudero S..... 109

    Natalia Greene ..... 109

    Mario Melo ..... 110

## **Ilustraciones**

### **Tablas**

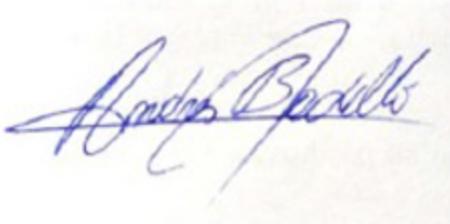
|   |    |
|---|----|
| Tabla 3.1.1 Políticas, lineamientos y metas respecto los derechos de la naturaleza.....     | 29 |
| Figura 3.1.2 Porcentajes de Proyectos con mecanismo de desarrollo limpio registrado.....    | 30 |
| por tipo 2013 .....   | 30 |
| Tabla 3.2.1: Participación de la ciudadanía por presentación de demandas ante la Corte...32 |    |
| Provincial de Pichincha desde Octubre del 2008 a Julio del 2013.....                        | 32 |
| Tabla 5.1: Características de las medidas cautelares.....                                   | 42 |
| Tabla 7.1: Los principios, derechos deberes, garantías criterios y normas.....              | 51 |
| constitucionales en relación a los derechos de la naturaleza.....                           | 52 |
| Tabla 7.2: Principios constitucionales en relación a los derechos de la naturaleza .....    | 53 |
| Tabla 7.3: Esquema de lo contemplado en el Art. 71 y 72 de la Constitución del Ecuador      | 54 |

## **Declaración de cesión de derecho de publicación de la tesis**

Yo, Andrés Vicente Badillo Salgado, autor de la tesis titulada “La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador” declaro que la obra es de mi exclusiva autoría, que la he elaborado para obtener el título de maestría en Estudios Socioambientales concedido por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador.

Cedo a la FLACSO Ecuador los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, bajo la licencia Creative Commons 3.0 Ecuador (CC BY-NC-ND 3.0 EC), para que esta universidad la publique en su repositorio institucional, siempre y cuando el objetivo no sea obtener un beneficio económico.

Quito, junio de 2018



---

Andrés Vicente Badillo Salgado

## Resumen

La presente tesis trata de responder a la pregunta central de investigación que versa sobre la existencia o no de una tutela efectiva respecto a los derechos de la naturaleza a partir de la Constitución del Ecuador del 2008, y si la misma ha sido realizada bajo la teoría del garantismo constitucional, y bajo el amparo del enfoque neo constitucional por parte de los administradores de justicia. En la presente tesis se investiga la hipótesis en la cual, se compruebe que a pesar de estar en vigencia los derechos de la naturaleza, el positivismo jurídico sigue muy arraigado y no permite el correcto desarrollo del enfoque neo constitucional por parte de los administradores de justicia en Ecuador, sumado a la gran apatía de la sociedad civil para impulsar el desarrollo de la temática, y en donde en el escenario político dichos derechos quedan en un plano más enunciativo que en un aspecto de acción directa de política pública.

Es por ello, que el problema radica, en que, el alcance de los derechos de la naturaleza, no son entendidos en su dimensión correcta, desde un punto de vista biocéntrico, sino, se mantiene la concepción antropocéntrica disfrazada por discursos sociales, políticos y económicos, con contenido ambiental, pero que, en al final todo sigue el círculo vicioso, en donde la mayoría de la decisiones políticas, judiciales, sociales y económicas, llegan a comulgar y a justificar sus acciones o decisiones por el llamado desarrollo económico.

En la presente tesis se concluye, que el enfoque neo constitucional, todavía es muy incipiente, y que, el positivismo jurídico, sigue muy arraigado en los administradores de justicia, que hay muy pocos casos sobre la temática, con lo cual evoca que la tutela efectiva de derechos de la naturaleza, dentro de la sociedad civil no es de su interés principal sino secundario, es decir, cuando la afectación es directa, y por ende, termina siendo un tema de los activistas.

A su vez, sigue siendo la acción de protección y las medidas cautelares las acciones legales, más óptimas dentro del sistema jurídico ecuatoriano para poder tutelar los derechos de la naturaleza que ayuden con el paso del tiempo a generar jurisprudencia que permitan a través de la judicialización de los derechos de la naturaleza lograr salidas a los conflictos socioambientales.

## **Agradecimientos**

A todos mis profesores, y a mi asesora de tesis Ivette Vallejo que con paciencia y cordialidad me guio en el desarrollo de este trabajo.

A mis compañeros de promoción.

## **Introducción**

El Ecuador a través de su constitución promulgada en el 2008, contempla en su normativa constitucional el reconocimiento de sujeto de derechos a la naturaleza, dicho reconocimiento de nuevos elementos legales, para lograr, a través de la vía jurisdiccional la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza.

El punto de partida para este nuevo enfoque, implica poder entender el cambio de una visión antropocéntrica a una visión biocéntrica, que no excluye al ser humano, sino que lo mira como parte del todo, que es la naturaleza.

El cambio de visión hacia la visión biocéntrica, necesita de un cambio estructural mental, que sólo a través de la incorporación de un pensamiento de racionalidad ambiental se lo puede lograr, el cambio normativo en constituciones, leyes reglamentos u otros, no tendrán eficiencia, si el constructo social sigue siendo antropocéntrico.

Es por ello, que los conflictos socioambientales no son visualizados de manera clara, y tienen muy poco interés o acogida por la población en general, o simplemente se vuelven por un periodo de tiempo temas de boga, pero en sí, no hay una posición fuerte por parte de la sociedad civil, en defender a los derechos de la naturaleza, sino que éste peso de lucha y defensa queda en unos pocos activistas.

Sumado a lo antes mencionado, el Estado Ecuatoriano, no cuenta con funcionarios capacitados para poder administrar justicia sobre temas referentes a los derechos de la naturaleza y paralelamente la sociedad en general no está empoderada las acciones que tiene para poder ejercer a favor de la naturaleza la protección de sus derechos, con lo que el problema radica en una sociedad que desconoce lo que pasa, que no entiende la gravedad de los conflictos socioambientales y sumado a una administración de justicia que tampoco entiende cómo aplicar los derechos de la naturaleza, o que es su defecto, administra justicia con el fin de favorecer a una visión de desarrollo antropocéntrica.

En la actualidad y como se analiza en esta tesis, es necesario visualizar cual es la problemática actual, ver su estado, entender que normas constitucionales son aplicables para la temática, conocer las vías jurisdiccionales aplicables para ejercer los derechos de la naturaleza, y entender ya en casos reales, como se está administrando justicia sobre dicho tema.

Estamos frente a un reto, el cual es, el poder utilizar las nuevas herramientas legales que tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para poder hacer efectiva la tutela de los derechos de la naturaleza, para lo cual, es indispensable tener el conocimiento para la temática y entender el cambio de visión biocéntrica y sobre todo, no hacer caso omiso de los conflictos socioambientales, sino poder asumirlos de manera informada y con la debida racionalidad ambiental, es así que esta tesis presenta un enfoque que permita contar con elementos desde el plano jurídico de la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, basándose en la visión biocéntrica, amparada bajo los conceptos de racionalidad ambiental, y neoconstitucionalismo, que brinden un postura integral para que sean efectivos los derechos de la naturaleza, para poder entender como lo menciona Stutzin que, “el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, lejos de atentar contra los derechos de los seres humanos, constituye una garantía de que estos derechos sean apreciados en su verdadero significado y alcance y de que sean debidamente resguardados ante las presiones ejercidas por una tecnocracia deshumanizada” (Stutzin 1984, 98).

## Capítulo 1

### La problemática de la investigación y su estrategia metodológica

#### 1. Planteamiento del Problema

Dentro de las últimas cinco décadas en el Ecuador los niveles de degradación ambiental han venido de aumentando forma acelerada, que apuntan a la maximización del aprovechamiento de recursos naturales para el crecimiento económico, consecuencia de la falta de aplicación de una racionalidad ambiental, y de adecuación de las políticas públicas ambientales con los diversos contextos sociales, generando así conflictos socio ambientales.

Asimismo, el desconocimiento y falta de empoderamiento de los derechos por parte de los ciudadanos y cómo ejercerlos, sumado a una administración de justicia lenta en el despacho de las causas, ha generado en la sociedad ecuatoriana una desconfianza hacia la institucionalidad de la Función Judicial y los administradores de justicia.

Pese a que el Estado ecuatoriano ha incrementado la inversión pública en la re-estructuración de la Función Judicial<sup>1</sup> no se evidencian resultados óptimos. El cambio del positivismo jurídico al neoconstitucionalismo en el Ecuador no lleva sino alrededor de cuatro años; dicho cambio implica un esquema de ruptura de los paradigmas jurídicos positivistas utilizados por varias generaciones de abogados y funcionarios judiciales, por lo que, el nuevo paradigma para los operadores de justicia en el Ecuador les resulta todavía como algo nuevo y ajeno.

La falta de capacitación de los funcionarios públicos en el nuevo paradigma neoconstitucional, ocasiona que la visión ortodoxa del positivismo jurídico se mantenga y obstruya la aplicación del paradigma neoconstitucional, sobre el cual se erige la Constitución del Ecuador de 2008.

En los últimos diez años el despacho de las causas ha sido extremadamente lento, y desde octubre del 2008 hasta la presente fecha, las sentencias despachadas por la Corte Constitucional

---

<sup>1</sup> En el presupuesto general del Estado para el año 2012, el gobierno ecuatoriano estableció un rubro de USD 672, 6 millones de dólares para la Función Judicial.

relacionadas a temas ambientales y derechos de la naturaleza no llegan a más de doce, y dentro de la Provincia de Pichincha, tomando como referencia el año 2011, las sentencias relacionadas con temas ambientales y derechos de la naturaleza son mínimas, lo que implica una aparente apatía de la ciudadanía por aplicar y velar por los derechos contemplados en la Constitución vigente del Ecuador, o a la vez la falta de recursos para patrocinar dichas demandas.

Respecto a la vía penal para sancionar infracciones ambientales, actualmente la Corte Nacional de Justicia por Resolución publicada en el Registro Oficial 786 de fecha 11 de septiembre de 2012, con vistas a acatar el principio de economía procesal y tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, estableció como competentes de conocer los temas de delitos ambientales a los Jueces y Tribunales de Garantías Penales de cada sección territorial donde se cometió la infracción. Es así que, los procesos que se hayan iniciado por delitos contra el medio ambiente y que se encuentren en conocimiento de los Presidentes o de las Salas de Garantías Penales de las Cortes Provinciales de Justicia, que eran antes quienes tenían competencia para conocer dichas causas, pasarán a conocimiento de los jueces o tribunales de garantías penales, según corresponda, a fin de que sean éstos los que continúen con la sustanciación y resolución.

Es así, que a través del enfoque neoconstitucional, se ha permitido en la actualidad poner en camino el proceso y aplicación del reconocimiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana del 2008, que si bien varios años atrás esta idea, ya lo propuso Godofredo Stutzin (Stutzin, 1984), hoy en el Ecuador es un tema en constante debate y análisis, en lo que respecta a su viabilidad y aplicación en la administración de justicia.

Algunos casos sobre la temática han sido ya judicializados, si bien son pocos los que se conoce, en la actualidad el caso más sonado ha sido el de protección de los derechos de la naturaleza del río Vilcabamba que se vio afectado por la construcción de la vía Vilcabamba-Quinara, ya que violaba directamente los derechos de la naturaleza, aumentaba el caudal y provocaba riesgos de desastres por la crecida del río por lluvias en el invierno provocando además grandes inundaciones que afectaban a las poblaciones que viven en sus riberas y aprovechan su agua. En este caso en sentencia La Corte Provincial de Loja falló a favor de la Naturaleza, particularmente del Río Vilcabamba a través de la Acción de Protección 11121-2011-0010.

También hay otros casos que están siendo conocidos por la justicia ecuatoriana tales como la acción de protección impulsada por la organización ecuatoriana Acción Ecológica en relación al derramamiento de petróleo en el golfo de México por la empresa petrolera British Petroleum la misma que no ha prosperado ya que la misma no fue admitida y se ordenó su archivo.

Así también en el 2012 se ha planteado la Acción de Protección contra el Proyecto Minero Mirador, siendo la primera acción constitucional en contra de un proyecto extractivista que violenta los Derechos de la Naturaleza, la misma que ya cuenta con sentencia.

En la contemporaneidad no existen estudios académicos y análisis judiciales que traten sobre la calidad de las sentencias y sobre la correcta aplicación por parte de los administradores de justicia en lo que respecta a la Constitución ecuatoriana impregnada del nuevo paradigma neoconstitucional, en relación a los derechos de la naturaleza. Tampoco se ha analizado la magnitud de su influencia en la sociedad ecuatoriana para demandar dichos derechos en el marco de la reestructuración de la función judicial que recién empieza. Asimismo no existen estudios académicos recientes que analicen el proceso de constitucionalización de la normativa ambiental, acorde con los preceptos del neoconstitucionalismo y que ofrezcan recomendaciones.

Además, es preciso indicar que el despacho ágil y eficiente de las causas, no implica per se, que las mismas respondan a una justicia de calidad respecto a la administración de justicia sobre los derechos de la naturaleza, puesto que pueden existir varias causas resueltas, en donde el razonamiento jurídico sea totalmente perjudicial o contrario a los derechos de la naturaleza. Las falencias de carácter administrativo, técnico, financiero y profesional de los funcionarios que administran justicia en el país, son en gran medida consecuencia de la crisis que viene sufriendo la Función Judicial ecuatoriana en las últimas décadas por lo que el problema que abordará la presente investigación se centra en analizar si los procesos que se han tramitado desde la expedición de la Constitución del 2008, han sido asumidos o no por los jueces, conforme a la Constitución ecuatoriana impregnada del nuevo paradigma neoconstitucional que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. Esto implicaría analizar si existe la garantía y tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, puesto que existe la preocupación de que los/as

operadores/as jurídicos como abogados/as, funcionarios/as judiciales y usuarios/as, no lo están asumiendo.

Con los antecedentes planteados, la presente investigación se orientará hacia elucidar las siguientes preguntas:

- ¿En qué medida y cómo está siendo aplicado en la justicia ambiental ecuatoriana el nuevo paradigma jurídico-político denominado neoconstitucionalismo, como elemento fundamental para lograr la tutela judicial efectiva de los Derechos de la Naturaleza?
- ¿Está la ciudadanía empoderada respecto de los Derechos de la Naturaleza que conlleve al ejercicio de acciones legales en los casos reportados a la Corte Constitucional?
- ¿Qué factores jurídicos, institucionales y sociales inciden en las formas de procesar las demandas y emitir fallos relacionados con los Derechos de la Naturaleza?

## **2. Estado del arte**

El constitucionalismo moderno y el neoconstitucionalismo<sup>2</sup> comparten el afán por describir y destacar los logros de la constitucionalización, es decir, de aquel que ha ocasionado una modificación de los sistemas jurídicos respecto de lo existente antes del despliegue del proceso mismo y que deviene en el Estado Constitucional de Derechos, en el caso ecuatoriano.

Según Prieto Sanchís, estos conceptos sirven para designar un modelo teórico, pero también para referirse a una forma de organización política que se viene abriendo paso desde mediados del siglo XX, que no necesariamente reúne en todas sus manifestaciones signos de uniformidad, pero si unos rasgos esenciales que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo, pero si distinto a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico (Prieto Sanchís 2009)

El cambio mencionado “se produce a partir de la introducción de conceptos como el valor normativo de la Constitución y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales” (Estrada 2007, 148). Esto da como consecuencia una unión de dos tradiciones, la de las constituciones materiales; aquellas que presentan un denso contenido sustantivo integrado por

---

<sup>2</sup> Para efectos de esta investigación conforme a la doctrina, constitucionalismo moderno o europeo y neoconstitucionalismo se entienden como sinónimos.

normas de diferente valoración (valores, principios, derechos, directrices) y las constituciones garantistas, caracterizadas porque se encaminan a la protección de los derechos a través de los jueces.<sup>3</sup> Así, la Constitución se convierte en límite y norma directiva fundamental, frente al rousseauiano poder constituyente que nunca termina de constituirse y que desemboca en la superioridad del parlamento y de su ley, ahora el poder constituyente desemboca en un documento que se postula como supremo, y garantizado (Prieto Sanchís 2007, 214).

El resultado de esta combinación, “es un nuevo modelo de Derecho y Democracia: el Estado Constitucional de Derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado Legislativo de Derecho” (Ferrajoli 2007, 71) y en el cual, la Constitución es fuente del Derecho en un triple sentido: primero, por contener normas, segundo, por disponer parámetros sustantivos y procedimentales para abrogar e invalidar normas inferiores preconstitucionales e invalidar normas posteriores que la contravengan, y tercero por entenderse que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y las personas, sino también las que ocurran entre estas últimas, y son por tanto susceptibles de ser aplicadas por cualquier juez y no solo por el juez constitucional (Guastini 2007, 22).

Bajo este enfoque es importante destacar “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución, para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir” (Zagrebelsky 2009, 14).

El Ecuador se encuentra incorporando en su ordenamiento jurídico el enfoque neoconstitucional a su realidad, tratando de lograr como menciona Ávila, que este Estado de derechos, signifique que “se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley, es decir, que todo poder, público o privado, está sometido a los derechos” (Ávila 2011, 134).

---

<sup>3</sup>A más de las constituciones materiales y garantistas también es importante definir qué se entiende por constituciones formales, según Hans Kelsen, la Constitución, en sentido formal, “es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas” (Kelsen 1995, 147).

Uno de los derechos tutelados bajo el enfoque neoconstitucional en la actual Constitución Ecuatoriana, son los derechos de la naturaleza y es por ello que dicha constitución se halla entre las constituciones que establecen mayores estándares de protección ambiental a nivel comparado. “En ella, la dimensión ambiental se desarrolla transversalmente incluyéndose en el contenido de otros derechos y como una dimensión de múltiples procesos de la actividad económica, se incluyen principios como los de precaución, responsabilidad objetiva, consulta previa, el *in dubio pro natura*, entre otros. Se protegen a pueblos en aislamiento voluntario en zonas intangibles y se restringe actividades extractivitas en zonas biodiversas” (Grijalva 2011, 87).

Bajo lo antes escrito, lo que se busca es eliminar la idea de una naturaleza al servicio del capital, que implica, convertir a todos los seres vivientes en materia prima de diferentes procesos industriales, como menciona Esperanza Martínez “el reconocer los Derechos de la Naturaleza implica un punto de quiebre en un mundo que ha atravesado más de 500 años de diversas formas de colonialismo, otros 60 años de neocolonialismo que hemos llamado desarrollo y otros 10 ó 20 años de colonialismo recargado que lo llamamos globalización” (Martínez 2011, 6).

Por lo mismo, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, lejos de atentar contra los derechos de los seres humanos, constituye una garantía de que estos derechos sean apreciados en su verdadero significado y alcance y de que sean debidamente resguardados ante las presiones ejercidas por una tecnocracia deshumanizada (Stutzin 1984, 98).

Actualmente en el Ecuador no existen datos o investigación académica que nos permita obtener información sobre la correcta aplicación del paradigma neoconstitucional en relación a los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos, y su influencia tanto en el plano político, económico y social.

### **3. Objetivos de la investigación**

#### **3.1. Objetivo General:**

Analizar los factores jurídicos – institucionales que permean la tutela efectiva de Derechos de la Naturaleza a través de la Función Judicial, y la aplicación del enfoque neo constitucional establecido en la Constitución del Ecuador.

### **3.2. Objetivos Específicos.**

- Identificar el nivel de apropiación de los Derechos de la Naturaleza por parte de los ciudadanos/as en la interposición de acciones legales en el sistema de justicia Ecuatoriano, desde la expedición de la nueva Constitución
- Evidenciar las tendencias de la aplicación de la Constitución ecuatoriana impregnada con enfoque neoconstitucional, tanto en la tutela de derechos como de su efectiva ejecución en la jurisdicción ambiental ecuatoriana.
- Profundizar en la aplicación de los Derechos de la Naturaleza a través de los factores jurídicos y cultura jurídica que inciden en las formas de procesar demandas y emitir fallos.

### **4. Justificación**

El Ecuador se encuentra en un proceso de transformación de su ordenamiento jurídico, lo que implica la constitucionalización en base a un enfoque neoconstitucional.

Dicho proceso para alcanzar los objetivos del nuevo paradigma constitucional que se entienden de interés común, social y gubernamental, se enfrenta a varios problemas en su implementación y aplicación, entre ellos la corrupción en todos sus niveles incluido los órganos de administración de justicia, una arraigada tradición del sistema positivista y la concepción del principio de legalidad tanto en la sociedad como en los órganos del Estado, una incongruencia entre las leyes (reglas) vigentes con la norma constitucional (principios, valores y derechos), la falta de conocimiento e interiorización del nuevo enfoque neoconstitucional por parte de los operadores de justicia, y la carencia del empoderamiento por parte de los ciudadanos y personas en general sobre sus derechos contemplados en la Constitución ecuatoriana y la forma de ejercerlos.

Es por ello que es necesario desentrañar qué efectos, resultados o incidencias reales ha tenido el nuevo paradigma y el enfoque neoconstitucional contemplado en la actual Constitución ecuatoriana, desde que la misma entró en vigencia en octubre del 2008 hasta la actualidad. Es importante por ello, analizar la participación ciudadana o de las personas en general en ejercer acciones conducentes a proteger, respetar y garantizar los derechos de la naturaleza, y la aplicación coherente por parte de la autoridad en sede jurisdiccional de lo contemplado en la

Constitución en relación con el enfoque neoconstitucional, que permita visualizar la realidad del proceso de cambio al nuevo paradigma y dilucidar si en la jurisdicción ecuatoriana ambiental y en su sociedad, se ha logrado implementar los postulados del neoconstitucionalismo, o los mismos están en proceso, o si se han quedado como letra muerta. La presente investigación puede constituirse en un referente académico para futuras investigaciones sobre la temática, ya que, en la actualidad no existen estudios al respecto.

## **5. Metodología del estudio**

Para la realización del estudio se inició con la revisión documental en base a un corte temporal que abarca desde la promulgación del Constitución del Ecuador en el 2008 hasta el año 2013. Esta búsqueda documental se centró en la analizar lo escrito sobre los derechos de la naturaleza, para un vez, bajo la literatura académica encontrada, poder contar con claves teóricas necesarias para la temática referente a derechos de la naturaleza, racionalidad ambiental, enfoque neo constitucional, Estado Constitucional de Derechos, positivismo jurídico, que permitan darnos elementos epistemológicos para la presente tesis.

Posteriormente se indagó sobre los casos que hayan sido formulados en los juzgados y Cortes Provinciales en el país, que hayan alegado o fundamentado sus acciones legales en derechos de la naturaleza, así luego de la obtención de los casos reales judicializados, se procedió a revisar y analizar las acciones con sentencias de acción de protección o de otorgamiento de medidas cautelares que existieron en el país, en base a un corte temporal planteado en ésta tesis, salvo el caso de la sentencia de Loja que ya fue objeto de estudio en otra investigación, y con ello, se procedió al análisis de la argumentación de las respectivas sentencias por parte de los administradores de justicia, para encontrar en su narrativa, la manera en cómo los jueces argumentan su fallo ante las demandas relacionadas con los derechos de la naturaleza, en donde, las sentencias revelan de manera clara la cultura jurídica de los jueces con enfoque positivista. Con el fin y en relación de poder contar con los actores de las demandas de acción de protección, y con criterios de terceros juristas y activistas que conocen de la materia y que están involucrados en los casos obtenidos en la investigación, se procedió a la realización de entrevistas a profundidad, y con actores tales abogados, activistas y académicos.

## Capítulo 2

### Marco Teórico

En el presente capítulo se abordará a través de la corriente teórica de la teoría jurídica crítica del derecho que enlaza una discusión sobre la teoría del derecho y la democracia, siendo uno de los autores claves Ferrajoli, y los aportes en los debates teóricos y filósofos del derecho. Se considera que el concepto de derecho esta interrelacionado con la democracia constitucional, desde éste marco se analiza de manera crítica la metáfora de la constitución o constituciones como la generación de un corpus normativos de los Estados nación anclados en el pacto social hobbesiano, que ha llevado a concepciones de rígidas reglas, en vez de partir principios dinámicos y actualizables según el devenir histórico de las sociedades, y se podrían decir de las relaciones intra, inter sociales y de la relación también sociedad naturaleza.

Las transformaciones del derecho y del constitucionalismo son un reflejo de las transformaciones que forman parte del devenir del Estado liberal, así el Estado Constitucional, que de integrar derechos civiles y políticos, como en el caso de las revoluciones liberales, integra derechos económicos sociales y culturales propios de la época de la revolución industrial, hasta llegar a los denominados derechos de tercera generación tal como el derecho a un ambiente sano o derechos colectivos.

Toda crisis de legalidad encierra crisis del Estado Social y del Estado Nación, por tanto crisis de los modelos de democracia, es así, que el marco conceptual se alinea a esta dimensión de la teoría del derecho y la crítica que el derecho hace al positivismo jurídico.

A su vez, se ancla en el aporte de la escuela que busca la conciliación de la filosofía jurídica y la práctica judicial, la crítica jurídica del derecho apuntala a una teoría jurídica garantista que no separa el derecho de la moral, no separa validez o verdad de la justicia.

Se entenderá la semántica de lo jurídico o del lenguaje normativo expresado en el corpus legal, pero también como producto de la interpretación y manipulación que puedan hacer los juristas, por tanto, las interpretaciones de los juristas no están exentas de relaciones de poder.

Es así como la corriente de la teoría crítica del derecho se pondrá en diálogo en ésta tesis con la ecología política, en el abordaje de la racionalidades ambientales y los modelos de sostenibilidad como factores de crisis y conflictividad.

En el presente capítulo a través de las diferentes claves teóricas de los autores, se analizará a la naturaleza como sujeto de derechos, la racionalidad ambiental, el paso del sistema positivista al sistema neo constitucional y lo referente al conflicto socioambiental.

### **1. La naturaleza como sujetos de derechos**

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos ha sido un proceso arduo de luchas constante por parte de los activistas en esta materia para tratar de reivindicar esta postura que se veía necesaria frente al evidente detrimento de la naturaleza en las últimas décadas, como bien lo menciona Ferrajoli respecto a la reivindicación de los derechos en el transcurso del tiempo, en todos los casos implica “que ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y en fin las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo” (Ferrajoli, 2007:40), bajo la misma idea menciona Stutzin “solo con el transcurso del tiempo y por la presión de los hechos, que son aún más porfiados que el Derecho, la Naturaleza obtendrá, primero en la doctrina, más tarde en la jurisprudencia y finalmente en la legislación, la condición jurídica que le corresponde y le permitirá hacer valer plenamente los derechos que le son inherentes” (Stutzin 1984, 109).

No hemos entendido que la agresión a la naturaleza implica de forma directa la propia auto agresión a los seres humanos como bien acota Stutzin que “la agresión a la Naturaleza es, a la vez, consecuencia directa de la autoagresión del hombre y, por sus efectos en el medio humano, causa determinante de la misma” (Stutzin 1984, 98).

La necesidad de reconocer a la naturaleza como sujeto derechos ya fue planteada de forma clara por Stutzin quien es su postulados claramente establece que “no es suficiente que se considere a la Naturaleza como un “bien jurídico” y la proteja como tal, en lugar de reconocerla como sujeto de derechos” (Stutzin, 1984, 102), ya que bajo esta postura el mismo autor “mientras siga siendo

un bien, la Naturaleza estará subordinada a los intereses utilitarios del hombre y su valor se medirá con el valor de esos intereses....” (Stutzin 1984, 102).

En relación a considerar a la naturaleza como sujeto de derechos, cabe definir qué se entiende por sujeto. Según Ferrajoli, sujeto “es cualquier individuo al que quepa adscribir comportamientos, modalidades, expectativas o intereses” (Ferrajoli 2011, 173), y como sujeto de derecho todo ente capaz de ser titular de deberes y derechos. Debe entenderse este concepto en relación a la capacidad jurídica que es la medida de la aptitud que tiene el sujeto para ser titular de obligaciones y derechos.

Los derechos de la Naturaleza se fundamentan en dos axiomas: La capacidad y la titularidad; el primero “[...] tiene que ver con la condición de ser sujeto de derechos propios, y la titularidad se relaciona con la representación para la aplicación de dichos derechos.” (Organización de Estudios Ecologistas 2011, 4).

Según Touraine, respecto a la afirmación de poder reconocer derechos a otros, esto implica que “el reconocimiento del otro solo es posible a partir del momento en que cada uno afirma su derecho a ser un sujeto. Complementariamente, el sujeto no puede afirmarse como tal sin reconocer al Otro en ese mismo carácter, y ante todo si no se libera del temor a él que conduce la exclusión” (Touraine 1997, 177).

El reconocer que la naturaleza sea sujeto de derechos implica reconocer que es titular de un derecho subjetivo que implica tener “la facultad de un sujeto, o persona, para hacer o exigir algo” (Narváez 2012, 233). Por ello “consiste en reconocer a la Naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural” (Stutzin, 1984, 98).

A la vez, el reconocer derechos a la naturaleza da un paso para lograr un enlace entre la posición tradicional occidental del mundo con la noción de nuestros pueblos indígenas “este reconocimiento en lugar de general problemas y conflictos entre diferentes posturas, en realidad

constituye un punto de encuentro entre las perspectivas occidentales y las expresiones de la naciones originales y pueblos indígenas en las américas” (Gudynas 2009, 43).

A partir de la Constitución del 2008, de manera inédita el Ecuador es el primer país en el mundo en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, es así que en el Art. 10 de la Constitución de la República del Ecuador mencionada claramente que. “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (Constitución del Ecuador 2008).

Es por ello que de manera expresa la Constitución del 2008 en su artículo 71 reconoce dicho derecho al describir 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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En relación a lo antes expuesto, Esperanza Martínez expresa que “los Derechos de la naturaleza implican el gozar de su derecho fundamental a su existencia y a mantener sus ciclos evolutivos junto con los derechos a la reparación integral cuando ésta haya sido degradada, restringida en sus actividades, tecnologías o políticas que representen una amenaza a la integridad del ecosistema” (Martínez en Acosta 2009, 92).

## **2. La Racionalidad Ambiental**

Se puede considerar que “el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es un proceso de evolución gradual, tal como lo ha sido su incorporación al derecho en calidad de bien jurídico” (Stutzin 198, 108). Implica la incorporación de una racionalidad ambiental que

cuestiona a la sobre-economización del mundo, del desbordamiento de la racionalidad cosificadora de la modernidad, de los excesos del pensamiento objetivo y utilitarista en la sociedad, y dejar a un lado la racionalidad capitalista construida en torno a una doctrina económica que aspira a una científicidad fundada en una racionalidad formal y en su eficacia técnica, cada vez más alejadas de la subjetividad y de los valores, lo que ha conducido a la sobreexplotación de recursos y al desequilibrio de los ecosistemas naturales” (Leff 2002, 5).

En cuanto a la racionalidad ambiental, Leff la define como “un proceso de producción teórica y de transformaciones sociales. La racionalidad ambiental es una categoría que aborda las relaciones entre instituciones, organizaciones, prácticas y movimientos sociales, que atraviesan el campo conflictivo de lo ambiental y afectan las formas de percepción, acceso y usufructo de los recursos naturales, así como la calidad de vida y los estilos de desarrollo de las poblaciones” (Leff 2004, 200).

La construcción de una racionalidad ambiental se la debe llevar a cabo con la ayuda de lo que Leff denomina la Ecología Política, la misma que nos permita una reapropiación de la naturaleza o una desnaturalización de la naturaleza, a través de una “estrategia de reconstrucción social, que implica la desconstrucción de los conceptos teóricos e ideológicos que han soportado y legitimado las acciones y procesos generadores de los conflictos ambientales” (Leff 2006, 12); esto es recuperar el carácter histórico de la naturaleza, para así dejar a un lado un ambientalismo o ecologismo postmaterialista o de la abundancia, que surge solamente cuando las necesidades materiales básicas de alimentación, ropa y vivienda entre otras ya han sido satisfechas.

Es también necesario contemplar otros tipos de ambientalismos o ecologismos como el ecologismo de los pobres, que es “un ambientalismo que se preocupa por la calidad de, y la accesibilidad a, aquellos recursos naturales que sostienen los medios de vida de distintos sectores de la población” (Bebbington 2009, 121) que surgen de las protestas contra la apropiación estatal o privada de los recursos ambientales comunitarios y contra las cargas desproporcionadas de la contaminación, la misma que busca llevar a la sociedad hacia la sustentabilidad ecológica (Martínez Alier 2004, 340), para sí entender que, “si la ecología de la abundancia afirma que no

puede haber humanidad sin naturaleza, el ecologismo de los pobres responde con un contundente, no queremos naturaleza sin justicia social” (Guha 1994, 151).

En el Ecuador uno de los objetivos para conseguir justicia social reposa sobre los derechos de la naturaleza que “implica el derecho de ésta a gozar de su derecho fundamental a su existencia y a mantener sus ciclos evolutivos junto con los derechos a la reparación integral cuando ésta haya sido degradada, restringida en sus actividades, tecnologías o políticas que representen una amenaza a la integridad del ecosistema” (Martínez en Acosta 2009, 92). Asimismo según Schmindt “la naturaleza es para Marx un momento de la praxis humana y al mismo tiempo la totalidad de lo que existe” (Schmindt 1976, 22).

El mismo autor en relación a la naturaleza manifiesta “la naturaleza es una categoría social, es decir, lo que en un determinado estadio del desarrollo social vale como naturaleza, el modo en que ocurre la relación entre esta naturaleza y el hombre y la forma en que se produce el ajuste entre éste y aquélla y, por lo tanto, lo que la naturaleza tiene que significar en lo que respecta a su forma y contenido, su alcance y objetividad, está siempre socialmente condicionado” (Schmint 1976, 76).

El Ecuador ha sido víctima de carencia tanto de justicia social como justicia ambiental que ha llevado una alta incidencia de degradación de la naturaleza por ende deberíamos tratar de aproximarnos a dicha justicia la cual según Gudynas es, la justicia que “apunta a reclamar la igualdad de acceso a los beneficios o cargas ambientales (componente de justicia distributiva), así como la igualdad para incidir en la toma de decisiones en materia ambiental (Gudynas 2009, 174-178).

El Ecuador vive la crisis del rezago dejado por el positivismo jurídico, pero dicha crisis como toda crisis “significa la quiebra de una concepción que tiene el mundo, en donde lo que en una conciencia colectiva antes era evidente, ahora es sometida a discusión” (Boff 2011, 14), y cuya expresión de dicha crisis es el cambio al paradigma con enfoque neoconstitucional, cuyos protagonistas puede ser la ciudadanía (individuos, colectivos, movimientos sociales) en su diversidad.

### **3. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos Corriente (teoría pos-moderna del derecho frente a la teoría positivista)**

El Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, pasó de ser un Estado de Derecho a ser un Estado Constitucional de Derechos. El término Estado implica “una organización de las personas asentadas en un determinado espacio físico, sujetas a la autoridad estatal, que fija los órdenes de la vida, en que las personas están sujetas a la autoridad y a la forma en que la autoridad las somete a su imperio” (Trujillo 1994, 53). Por lo que en términos generales se viene asumiendo que el Estado es la sociedad jurídica y políticamente organizada.

Según Zagrebelsky el Estado de Derecho basado en el positivismo jurídico es aquel en donde “la Ley se configura como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que esta se hubiera determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos en que se hubiese realizado, por lo que se sustenta en el llamado principio de legalidad que es aquel que expresa la idea de ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera sea su forma y fundamento” (Zagrebelsky 2009, 24).

El Estado de Derecho antes de la vigencia del neo constitucionalismo utiliza el sistema positivista, el cual se basa en el principio de legalidad, en donde el juez, no crea derecho, sino se limita a aplicar la norma jurídica vigente sin importar si la misma es justa o injusta, o si un derecho prima sobre otro, por lo que, el derecho positivo “es aquel que reconoce únicamente al Derecho que existe en una determinada sociedad y en una cierta época (Narváez 2012, 235), el cual es un conjunto de reglas y normas de conducta social uniforme, cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coercitivamente por la autoridad legítima o competente en donde no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera sea su forma y fundamento.

Narváez, respecto al Estado de Derecho manifiesta que “los presupuestos esenciales del Estado de Derecho comprenden: calidad de las normas legales, coherencia del ordenamiento jurídico, efectiva vigencia de la ley, limitación del poder, en función de garantizar seguridad jurídica y estabilidad política. Entre sus principios básicos constan la separación e independencia de

poderes o funciones y los sistemas de balances y controles entre ellas; sometimiento a la legalidad; seguridad jurídica; tipicidad penal; irretroactividad de la ley; garantías del debido proceso” (Narváez 2010, 3).

En contraposición al Estado de Derecho y por ende al positivismo jurídico, aparece a mediados del siglo XX el enfoque neoconstitucionalista en Europa que es el que actualmente en la mayoría de sus elementos está siendo incorporado en el sistema jurídico Ecuatoriano.

Antes de explicar un concepto de neoconstitucionalismos cabe mencionar que se entiende por constitucionalismo. Según Ferrajoli, “es un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos incluso al legislativo” (Ferrajoli 2007, 71).

Por neoconstitucionalismo se entiende como “ la teoría constitucional que se caracteriza por incluir elementos materiales a la constitución, concretar una serie de fines sustanciales y por tanto, que la constitución deje de ser solo la forma de organización de poder y establecimiento de competencias de las diversas funciones e instituciones públicas” (Narváez 2012, 100).

El neoconstitucionalismo, si bien es una teoría que sustenta la aplicación judicial de la constitución, también apoya al control constitucional de las demás instituciones del Estado. Bajo esta visión, ambos conceptos en la actualidad son muy parecidos o cercanos ya que ambos tienen una estrecha relación y comparten características en común, por lo que, para ambos enfoques conceptuales se entiende como constitución “aquella que no se limita a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no, que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines, objetivos y de derechos fundamentales” (Carbonell 2011, 31).

Esto implica que uno de los pilares del enfoque neoconstitucionalista, es que, los derechos fundamentales desde el paradigma neoconstitucional, se convierten en el contrapoder del poder, según Montaña los derechos “son aquellas facultades o poderes subjetivos que se constituyen en

los límites básicos al poder y a la acción del Estado” (Montaño 2011, 24) y los derechos fundamentales son todos aquellos “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares” (Ferrajoli 2010, 37-39).

Detrás de todo derecho fundamental, está la idea de dignidad humana, y es esta idea como menciona Habermas, la que ha logrado la articulación entre el derecho y la moral, lo cual en el antiguo Estado de Derecho y positivismo jurídico era casi imposible. Es así que, “la idea de dignidad humana es el gozne conceptual que ensambla la moral del respeto igual de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático de tal forma que la interacción entre estos hizo surgir, en circunstancias históricas favorables, un orden político fundado en los derechos fundamentales” (Habermas 2012, 21).

Es así, que el enfoque neoconstitucional llega a concretizarse en el Estado Constitucional de Derechos, que es aquel, que se erige sobre principios, valores y derechos, en donde los principios juegan un rol fundamental puesto que estos “se tornan en normas jurídicas que al ser indeterminadas, son un mandato de optimización, es decir, obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo” (Lorenzetti 2011, 81).

A su vez, cabe mencionar que la aplicación del neoconstitucionalismo es casi mínimo y que por otro tenemos que asumir que lo que se sigue practicando mayoritariamente en Ecuador es la aplicación de un positivismo criollo que sigue vigente en el país, entiéndanse a este positivismo como una deformación del positivismo jurídico, que es aquella que se desprende del uso principal de las formas sobre la sustancia, entonces lo que hace tanto el juez como los abogados es tratar de conducir el litigio, el debate académico, los libros de modelos en unas posiciones que se centran en los formalismos, en los requisitos, en todos aquellos pasos secuenciales que necesita el proceso y eso es lo que marca principalmente el debate judicial o ha marcado en el Ecuador. Ecuador se encuentra en el llamado Constitucionalismo Democrático Latinoamericano que implica reconocer los avances del neoconstitucionalismo como teoría jurídica y a la democracia

como sustento del ejercicio de la constitución en el pueblo; entonces es ahí en donde nos encontramos en la actualidad.

#### **4. Constitucionalización del ordenamiento jurídico y del Derecho ambiental**

Uno de los principales objetivos del neoconstitucionalismo implica la constitucionalización del ordenamiento jurídico que significa “ir a un proceso de transformación al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta impregnado por las normas constitucionales”. (Guastini, citado en Carbonell 2011, 31), y bajo esta secuencia implica también la constitucionalización del Derecho Ambiental que es “la incorporación de preceptos ambientales en la Constitución, que constituyen la base para la promulgación de leyes ambientales” (Narváez 2012, 280).

Cabe explicar que el derecho ambiental en cuanto cuerpo normativo debe entenderse “como la normativa de carácter público que contempla las agresiones ambientales directas, bien para prevenirlas, bien para reprimirlas o para repararlas” (Narváez 2012, 266).

En la actualidad en el Ecuador el cambio al nuevo paradigma con enfoque neoconstitucional se encuentra vigente. Según Thomas Kuhm, paradigma es toda una constelación de opiniones, valores y métodos compartidos por los miembros de una sociedad determinada, fundando un sistema disciplinario mediante el cual esa sociedad se orienta a sí misma y organiza el conjunto de sus relaciones (Kuhm en Boff 2011, 23), y este cambio de paradigma según Ferrajoli, no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones (formal y sustancial) de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material (Ferrajoli 2010).

En el Estado Constitucional de Derechos, la aplicación del paradigma de constitucionalidad es en sí su reto. Su susceptibilidad de ser aplicado en un determinado Estado que permita la aplicación directa del Principio “pro derechos” que consiste en aplicar la norma que más favorezca al reconocimiento y ejercicio de los derechos (Ávila 2011, 62) para permitir llegar a una justicia no sólo social sino también ambiental, entendida esta última como aquella que apunta a reclamar la igualdad de acceso a los beneficios o cargas ambientales (componente de justicia distributiva),

así como la igualdad para incidir en la toma de decisiones en materia ambiental (Gudynas 2009, 174-178).

Dentro del campo del derecho procesal sobre el medio ambiente, la Constitución del 2008 introduce figuras del derecho comparado, especialmente estadounidense, que son actualmente discutidas por la doctrina del proceso ambiental hispanoamericano, brasilero y europeo. Entre algunas de ellas están la legitimación procesal que implica que cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano pueden ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental; la imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales en donde las acciones legales para perseguir y sancionar son de carácter imprescriptibles. Así mismo, las vías para obtener la tutela de los derechos correspondientes a temas ambientales se mantiene siendo estas la civil, la penal, la ambiental y la constitucional (Pérez 2011, 20-30) pero que, a través del enfoque neoconstitucional cambia la forma de administrar justicia en cualquiera de las vías antes mencionadas sobre todo en lo que respecta a los derechos de la naturaleza.

## **5. El conflicto socioambiental**

Los conflictos socioambientales surgen “cuando una o más partes entran en confrontación por el uso, acceso, o aprobación de un recurso natural en disputa. Esta confrontación se da en un contexto en donde confluyen aspectos sociales, económicos, ambientales, institucionales, jurídicos, políticos y culturales que dan lugar al conflicto socioambiental” (Greene 2013, 17).

Una de las principales causas del conflicto respecto a los derechos de la naturaleza es que como bien menciona Acosta no hemos entendido que, “la Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le den los seres humanos, y esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada que necesite dejar de lado el desarrollo de prácticas agrícola, como: los cultivos, la pesca o la ganadería; estos derechos más bien se poseionan en la defensa de los sistemas de vida, los conjuntos de vida” (Acosta 2011, 353 - 354).

También como menciona Escobar no podemos mantener la idea que “la Naturaleza se reduce a un éxtasis, a ser un mero apéndice del ambiente.” ya que bajo ese criterio, “estamos asistiendo a la muerte simbólica de la Naturaleza, al mismo tiempo que presenciamos su degradación física” (Escobar 1993, 103).

Según Dahrendor, en donde existan sociedades humanas hay conflictos, en donde el conflicto en su estructura designa la relación de elementos que pueden caracterizarse por una oposición de tipo objetivo o subjetivo, el mismo que puede clasificarse para su estudio, en el conflicto es histórico, y resulta de la desigualdad en el reparto del poder en los grupos sociales en relación a diferentes intereses de cada grupo social, el cual no tiene una solución definitiva, y consecuencia de ello sólo se lo puede regular (Dahrendor, 1992).

Bajo esta teoría, “toda sociedad sana autoconsciente y dinámica conoce y reconoce conflictos en su estructura, pues su denegación tiene consecuencias tan graves para la sociedad como el arrinconamiento de conflictos anímicos para el individuo” (Dahrendor 1992, 333).

Este argumento del autor implica, que una sociedad consciente de su realidad, sabe que en su estructura existen de forma real los conflictos, entendidos como un conjunto de problemas consecuencia de elementos opuestos, por lo que, en toda sociedad existen conflictos y su relación con fenómenos sociales concretos.

El no reconocer la existencia del conflicto dentro de una sociedad, implicaría entender sociedades sin conflictos, lo cual resultaría, bajo un análisis racional una fantasía carente de realidad y no susceptible de comprobación.

El no reconocer a los conflictos genera en la misma sociedad sólo el empeoramiento de la causa que dio origen al conflicto, y si el mismo no llega a regularse, la consecuencia implica el aumento de violencia o fuerza y la dimensión del conflicto.

Es por ello que, el mirar al conflicto como algo real, existente dentro de la estructura de la sociedad, no sólo que permite regularlo, sino bajar el nivel de violencia y la dimensión del conflicto llegando así a un cambio en la estructura social.

Toda sociedad que trate de ocultar la existencia del conflicto esta destinada a su propia destrucción (Dahrendor 1992).

Siguiendo la teoría de Dahrendor, entendemos que “el concepto de conflicto ha de designar, en primer lugar, cualquier relación de elementos que puedan caracterizarse por una oposición de tipo objetivo (latente) o subjetivo (manifiesto)” (Dahrendor 1992, 336).

Esto implica que hay conflicto en donde hay personas o grupos sociales opuestos, como por ejemplo dos partidos políticos que luchan por el poder, pero el conflicto existe independientemente de que el mismo se encuentre oculto o que el mismo ya sea visible. Para comprender mejor lo dicho, “el conflicto es social cuando procede de la estructura de las unidades sociales y por ende es supra individual” (Dahrendor 1992, 336), que implica que el conflicto existe independientemente del individuo, porque el mismo por sí es real y existe socialmente, a la vez, “sólo puede darse una teoría satisfactoria del conflicto social si colocamos como base de ella la teoría coactiva de la integración social” (Dahrendor 1992, 342).

Esto es, que cada conflicto social responde a un determinado tiempo, es por ello que el mismo es histórico, a la vez en toda sociedad hay elementos contradictorios lo cual vuelve a un conflicto en explosivo, es decir, puede volverse manifiesto en cualquier momento, en donde cada elemento del conflicto contribuye a un cambio, y en donde la sociedad se mantiene a través de la coacción que ejercen algunos de sus miembros sobre otros.

Con ello se deja atrás las soluciones propuestas por Hobbes y Roseau respecto al problema del orden, en donde Hobbes reducía la solución a la cohesión de las sociedades en donde la soberanía implicaba el poder ostentado por unos pocos y como quienes no ostentaban el poder deben conformarse a recibir simplemente a cambio protección consiguiendo con ello la

disminución de las disputas , y por su lado la propuesta de Roseau sobre la cohesión social resultante del acuerdo libre y universal entre todos.

Esto implica, que ambos postulados no permiten dar elementos claros que permitan descubrir y entender los conflictos, lo que sí permite la teoría coactiva de la integración social.

Dahrendor bajo la su teoría del conflicto afirma que “todas estas desigualdades de categoría podrían reducirse al desigual reparto del poder en los grupos sociales, de modo que los conflictos aquí considerados son siempre conflictos en razón del poder y acerca del mismo” (Dahrendor 1992, 344).

Esto significa que el resto de las desigualdades vienen hacer formas especiales de la desigualdad, en donde la desigualdad del poder es el género y el resto de las desigualdades son la especie. Esto implica que en toda sociedad existen personas o grupos sociales con poder de dominio y otros que son sometidos a dicho poder, “el dominio significa la oportunidad de hallar obediencia para un mandato de un contenido dado en personas susceptibles de recibir dicho mandato” (Dahrendor 1992, 345), este dominio se da dentro de la estructura social por lo que, son las estructuras sociales el punto de partida de los conflictos.

“Todo conflicto dado alcanza su configuración final solo en el momento en que los elementos integrantes presenta una identidad organizada” (Dahrendor 1992, 345).

Esto implica, que puede que exista un interés grupal que no esté canalizado y consecuencia de ello este en estado latente el conflicto, pero la evolución de los intereses latentes hacen que esos cuasi grupos se transformen en una organización de grupos de intereses, que permitan tener representatividad frente otros grupos y con ello lograr una identidad organizada que les permita finalmente desarrollar el conflicto.

“Los conflictos sociales, es decir, los antagonismos que sistemáticamente van surgiendo en las estructuras sociales, no se dejan resolver teóricamente en el sentido de una supresión definitiva” (Dahrendor 1992, 344).

El conflicto por ello no tiene una solución definitiva y consecuencia, el conflicto solo puede ser regulado y a través de su regulación permite disminuir la violencia, el tratar de resolver conflictos para siempre llevara a quien lo intente, a implementar la fuerza como modo de erradicación del conflicto, lo cual no implica su erradicación sino volverlo a un estado latente, que en un futuro podrá ser manifiesto pero ya en mayores dimensiones.

Para terminar bajo a esta teoría se entiende en aplicación al tema que nos compete que no se pueden eliminar los conflictos entre ellos los socioambientales (sus causas) lo que sí se puede hacer es ejercer control y regulación sobre ellos, que permitan modificar sus formas externas de expresarse, todo conflicto nace de una estructura social, se manifiesta cuando se han dado las condiciones necesarias a través de una organización de grupos que persiguen intereses, ya que, los conflictos son reales, históricos y una de sus principales causas en la cual se cimienta es la desigualdad en el reparto del poder.

El conflicto siempre está presente, sea de forma latente o manifiesta, y es el generador que permite conseguir los cambios en una estructura social.

Si bien el conflicto se genera en la desigualdad del poder es necesario poder identificar la ruta correcta dentro del esquema del poder saber ¿Quién ejerce el poder? Y ¿Dónde lo ejerce?, por lo que, “corresponde considerar también el sentido, el significado, el significante, etc., sobre los cuales está planteada la cuestión del poder, la desigualdad de los poderes, de sus luchas. Y es que el discurso de la lucha se opone al “secreto” y tiene que ver con “lo oculto”, “lo reprimido”, lo “no dicho” que permiten psicoanalizar a bajo precio lo que debe ser objeto de una lucha” (Foucault 1999, 111-112).

Quien ejerce el poder busca mantener el mismo bajo el esquema que dicho poder “sea aceptado, es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, sino que de hecho circula, produce cosas, induce al placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo más como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social que como una instancia negativa que tiene como función reprimir” (Foucault 1999, 48).

Es por ello que se vuelve indispensable para el tratamiento del conflicto saber la relación de dominación que está envuelta y desarrollándose por ende, como manifiesta Foucault “el problema está en conocer donde se desarrollará/formará la resistencia (Foucault 1997, 292).

El desafío en una relación de dominación está en cómo surge y funciona la resistencia, partido político, activismo, movimientos sociales, acción directa. Es necesario investigar las formas de resistencia y los intentos realizados para disociar esas relaciones (Foucault 1982, 221); ya que la resistencia siempre depende de la situación contra la cual lucha” (Foucault, 1994, 168 citado en Crespo 2005, 240-241).

Es importante también comprender que “cuando las relaciones son fijas, inmóviles, congeladas, también existen relaciones de poder, entonces uno de los sujetos está sometido a la voluntad del otro, sobre el cual puede ejercer violencia ilimitada e infinita; estas son situaciones donde las posibilidades de resistencia efectiva han sido removidas, por tanto la relación de poder entre dos sujetos se torna unilateral” (Patton 1998, 68 en Crespo 2005, 240).

Una forma de canalizar un conflicto para su regulación y no llegar a una relación de poder entre dos sujetos que se torne unilateral es el diálogo de saberes que como manifiesta Leff es una forma real de poder llegar a una verdadera racionalidad comunicativa.

(...) contra la violencia del sujetamiento a las relaciones sistémicas bajo el dominio de la racionalidad económica y la racionalidad instrumental, se levanta la voz de la otredad a través del diálogo de saberes. Es allí donde Levinas hace intervenir la expresión del rostro, que más que el reflejo de un pensamiento que anima al conocimiento del otro, convoca a un acto de interlocución en el que seres diferentes se subordinan uno al otro dentro de un diálogo de saberes donde se establece un campo de sentidos plurales que provienen de la diversidad del ser. En este diálogo adquieren expresión seres culturales constituidos por sus saberes, cuyos conflictos podrán resolverse en el consenso generado a través de una racionalidad comunicativa, pero que no disuelven sus diferencias en el conocimiento del otro o en un saber de fondo común” (Leff 2003, 230).

Luego de haber analizado en el capítulo 1 la problemática sobre el tema de la judicialización de los derechos de la naturaleza, y en capítulo 2 poder visualizar como bajo la crítica al positivismo jurídico, se ha llegado a un nuevo enfoque neo constitucional garantista y por ende al Estado de Derechos, que es el consagrado en la Constitución vigente del Ecuador, en donde existe de manera clara el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, en el siguiente capítulo se analizará y revisara las normas, principios, reglas y acciones legales existente para la correcta aplicación de la tutela de los derechos de la naturaleza con el fin de poder visualizar su correcta judicialización y así obtener los elemento y criterios necesarios para el análisis de los casos judicializados en el Ecuador sobre la temática, que se analizará en el capítulo 4 de ésta tesis.

## **Capítulo 3**

### **Judicialización de los conflictos socioambientales y garantías constitucionales para la protección de los derechos de la naturaleza**

En este capítulo se analizará tanto la política pública emitida por el gobierno nacional a través del Plan del buen vivir, así como los criterios dados por los entrevistados sobre la temática de la judicialización de los derechos de la naturaleza, y la garantías jurisdiccionales constitucionales aplicables para la tutela de los derechos de la naturaleza.

#### **1. Política Pública sobre los derechos de la naturaleza (Plan del Buen Vivir 2013- 2017)**

La política pública en términos de lineamientos a ser adoptados por el Gobierno Central hasta el 2017 está plasmada en el objetivo 7 del Plan del Buen vivir 2013-2017, el que planeta garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental territorial y global.

El Plan del Buen Vivir 2013-2017, describe el alcance de este objetivo bajo los siguientes términos:

La política pública ambiental impulsa la conservación, la valoración y el uso sustentable del patrimonio natural, de los servicios ecosistémicos y de la biodiversidad. Para ello es necesario el establecimiento de garantías, normativas, estándares y procedimientos de protección y sanción efectivos al cumplimiento de los derechos de la naturaleza. También hay que reforzar las intervenciones de gestión ambiental en los territorios, incrementando la eficiencia y eficacia en el manejo y la administración del sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP) y la recuperación de los ecosistemas. (Plan del Buen Vivir 2013- 2017 2013, 262).

El presente objetivo propone el derecho ciudadano a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y sustentable, y la garantía de los derechos de la naturaleza, a través de una planificación integral que conserve los hábitats, gestione de manera eficiente los recursos, repare de manera integral e instaure sistemas de vida en una armonía real con la naturaleza (Plan del Buen Vivir 2013-2017 2013, 262-263).

Bajo este esquema el Plan del Buen Vivir plantea las políticas y sus metas estratégicas a seguir y a ser cumplidas los cuales son:

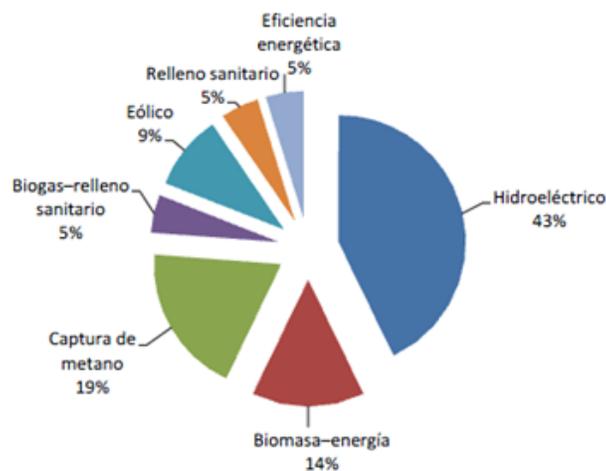
Tabla 3.1.1. Políticas, lineamientos y metas respecto los derechos de la naturaleza

| <b>Políticas y lineamientos</b>   | <b>Metas</b>   |
|---|--|
| 1) Asegurar la promoción, la vigencia y la plena exigibilidad de los derechos de la naturaleza  | 1) Aumentar la proporción del territorio continental bajo conservación o manejo ambiental al 35,90% (En el año 2012 dicho indicador estaba en el 30,5%)  |
| 2) Conocer, valorar, conservar y manejar sustentablemente el patrimonio natural y su biodiversidad terrestre, acuática continental, marina y costera, con el acceso justo y equitativo a sus beneficios | 3) Aumentar la superficie del territorio marino costero-continental bajo conservación o manejo ambiental a 817 000 hectáreas. (En el año 2012 dicho indicador estaba en 440080 hectáreas)                      |
| 3) Consolidar la gestión sostenible de los bosques, enmarcada en el modelo de gobernanza forestal   | 4) Aumentar la superficie de restauración forestal a 300 000 hectáreas (En el año 2012 dicho indicador estaba en 46184.9 hectáreas)  |
| 4) Impulsar la generación de bioconocimiento como alternativa a la producción primario-exportadora  | 5) Aumentar la biocapacidad a 2,50 hectáreas globales per cápita (En el 2011 esta biocapacidad fue de 2.30 hectáreas globales per cápita)  |
| 5) Garantizar la bioseguridad precautelando la salud de las personas, de otros seres vivos y de la naturaleza   | 6) Aumentar al 60% el porcentaje de fuentes de contaminación de la industria hidrocarburífera eliminadas, remediadas y avaladas por la Autoridad Ambiental Nacional (en el año 2012 este indicador fue del 7%) |
| 6) Gestionar de manera sustentable y participativa el patrimonio hídrico, con enfoque de cuencas y caudales ecológicos para asegurar el derecho humano al agua  | 7) Aumentar el porcentaje de hogares que clasifican sus desechos: orgánicos al 32%, plásticos al 45%, y papel al 32%   |
| 7) Promover la eficiencia y una mayor participación de energías renovables sostenibles como medida de prevención de la contaminación ambiental  |  |
| 8) Prevenir, controlar y mitigar la contaminación ambiental en los procesos de extracción, producción, consumo y posconsumo   |  |
| 9) Promover patrones de consumo conscientes, sostenibles y eficientes con criterio de suficiencia dentro de los límites del planeta   |  |
| 10) Implementar medidas de mitigación y adaptación al cambio climático para reducir la vulnerabilidad económica y ambiental con énfasis en grupos de atención prioritaria                               |  |
| 11) Consolidar la Iniciativa Yasuní-ITT y utilizar mecanismos internacionales para mantener el crudo bajo tierra y preservar la vida en sus ecosistemas   |  |
| 12) Fortalecer la gobernanza ambiental del régimen especial del Archipiélago de Galápagos y consolidar la planificación integral para la Amazonía   |  |

Fuente: Plan del Buen Vivir

A la vez, una de las políticas públicas que está contemplado en el Plan del Buen Vivir vigente, es el cambio de la matriz productiva, el cual sobre todo en el plano de proyectos de desarrollo limpio, ha sido uno de los principales cambios visibles en la actualidad , pero habría que analizar si los mismos realmente implican o están realmente encaminados y bajo los lineamientos de precautelar los derechos de la naturaleza, o si al mismo tiempo las grandes hidroeléctricas en proceso de construcción o por ser construidas por citar un ejemplo implica en sí la vulneración de dichos derechos.

Figura 3.1.2. Porcentajes de Proyectos con mecanismo de desarrollo limpio registrado por tipo 2013



Fuente: MAE 2013b

Como se menciona en el Plan del Buen Vivir vigente, “pese al reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos, es evidente que la defensa de estos continúa siendo evaluada y —defendida a partir de un marco legal obsoleto, expedido en la década de los setenta bajo una concepción que la categoriza como un recurso y que responde a consideraciones utilitarias de explotación de los recursos naturales, y no a las del actual enfoque que plantea la Constitución” (Plan del Buen Vivir 2013- 2017 2013, 263).

Lo más grave, es que a pesar de tener la norma constitucional con fuerza de aplicación inmediata para proteger los derechos de la naturaleza, al parecer estos derechos se vuelven de difícil

aplicación ya que si por un lado se defiende los mismos, por otro se los deja en un estado secundario o fuera de la agenda, para favorecer el “desarrollo”. Es así que políticas extractivistas, proyectos mineros, concesiones, contratos de explotación para hidrocarburos son permitidos en áreas protegidas o dando como consecuencias el no precautelar la naturaleza, una reparación integral, igual cuentan con el aval del gobierno, por ser estas partes de los ejes y sectores estratégicos y de la planificación como país para lograr un supuesto desarrollo. Bajo este discurso oficial, quizás lo que se pretenda lograr es quitar del escenario del conflicto socioambiental la idea de que otro tipo de desarrollo si es posible para que la población en el país desista de iniciar acciones ciudadanas en defensa de los derechos de la naturaleza, pero como bien menciona Padilla, ya hay gente convencida y empoderada la cual sabe que “el valor de su entorno y no están dispuestas a sacrificar ambiente y calidad de vida por dudosos desarrollos, crecimientos que no les benefician o progreso, medido todo en términos de indicadores macroeconómicos [...] Crecimiento económico [que] ha estado basado en la explotación y exportación de recursos naturales, todos ellos, cual más, cual menos, con importantes impactos ambientales» (Padilla 2000, 9).

## **2. La judicialización de los derechos de la naturaleza**

Como bien menciona Esperanza Martínez, el problema en sede jurisdiccional implica que “los jueces no saben que son los Derechos de la Naturaleza, no saben cómo aplicarlos; entonces es como una cosa de aprendizaje, necesitamos vivir un tiempo de aprendizaje y de captar cómo se aplican y cómo se usan los Derechos de la Naturaleza (...) Entonces de manera jurídica no creo que se haya avanzado mucho, pero tampoco es tiempo para que nos declaremos pesimistas porque es muy poco tiempo para el ejercicio de un derecho. Los derechos desde que se declaran hasta que son asumidos realmente en lo jurídico toman su tiempo largo. Yo creo que es necesario tener un proceso de la sociedad de aprendizaje, y creo que en la sociedad en general (Esperanza Martínez, 2013).

Tabla 3.2.1. Participación de la ciudadanía por presentación de demandas ante la Corte Provincial de Pichincha desde Octubre del 2008 a Julio del 2013.

| Nombre- Delito<br>(Catalogados de acuerdo al SATJE ) | No. de causas<br>ingresadas |
|--|-----------------------------|
| AMBIENTALES  | 3                           |
| CONTRAVECION AMBIENTAL                               | 22                          |
| CONTRAVENCIONES AMBIENTALES                          | 4                           |
| DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE                     | 62                          |
| MEDIO AMBIENTE                                       | 7                           |
| <b>TOTAL</b>   | <b>98</b>                   |

Fuente: Consejo de la Judicatura – Pichincha.

Del cuadro descrito se ve claramente a modo de muestra, que las demandas de la sociedad civil en la Provincia de Pichincha que han llegado o han sido planteados en la Corte Provincial de Pichincha, en temas ambientales a través de sede jurisdiccional dan como conclusión una escasa participación, dando como resultado un total de 98 acciones plantadas en casi alrededor de 5 años.

A la vez, el escenario es aún más preocupante en lo que respecta a la Corte Constitucional, a fecha julio del 2013, en donde no existe ninguna acción iniciada por temas en relación a Derechos de la Naturaleza.

La judicialización de los derechos de la naturaleza implica la necesidad de la exigibilidad jurisdiccional de un derecho que consiste en la capacidad de accionar su respeto, cumplimiento o reparación, ante los órganos competentes de la función judicial u otros entes que ejerzan jurisdicción (Prieto 2013, 169).

A la vez, tenemos que tomar en cuenta que existe mucha ambigüedad en lo que respecta a los derechos reconocidos a la naturaleza que ha llevado a que los pronunciamientos en sentencias no puedan ser aplicados de forma idónea, “como ha sucedido con el caso de la Naturaleza contra el Gobierno Provincial de Loja, en el que a pesar de haber obtenido la declaración de la vulneración de derechos de la naturaleza en sentencia, no se ha podido cumplir con lo ordenado” (Prieto 2013).

Sumado a esto como menciona Escudero que “ni jueces ni administrativos han cambiado su forma de emitir sus fallos o su forma de razonar sus fallos, su criterio o razonamiento jurídico apoyados en el neoconstitucionalismo” (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A). Además también una de las causas de la falta de empoderamiento de la sociedad en temas respecto a los derechos de la naturaleza según Natalia Green es el miedo existente en la sociedad que prefiere no denunciar, en relación a esto Green menciona lo siguiente: “hay gente que no defiende los Derechos de la Naturaleza ahora porque tiene miedo, miedo a ser perseguido todos esos temas influyen en que la sociedad que por más que esté empoderada no sale lanzadamente a las calles a reclamar. Ese es el tema” (Natalia Greene, entrevista por Andrés V. Badillo, octubre de 2013, entrevista 02A).

También es claro que se mantiene una forma ya pre establecida de la estructura de los fallos que existían antes de la vigencia de la Constitución del 2008, no hay cambios sustanciales que se vea la incorporación real del neoconstitucionalismo, dando como resultado sentencias con muy baja argumentación jurídica y motivación adecuada, que ponen en riesgo la correcta protección de los derechos de la naturaleza.

Escudero en relación a este tema comenta que, “el modelo de resolución solo ha cambiado en incorporar algunos aditamentos respecto del cambio de las normas constitucionales, a la vez, la influencia de la Corte constitucional en las citas en las sentencia es bajísima, y en el mismo sentido de incidencia de la teoría constitucional en las resoluciones judiciales. Entonces veíamos en la investigación que se llevó a cabo que esas son las variables pero no cambiaba en sí el transformamiento jurídico, que es lo que buscaba la corte en aquel momento” (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Bajo esta premisa es claro que la administración de justicia no cumple o en su proceso de cambio, no ha logrado en lo que respecta a los Derechos de la Naturaleza a una aplicación correcta para la administración de justicia. Y como hace alusión Escudero esto nos lleva necesariamente a ubicar el sistema de justicia constitucional ecuatoriano y a mirarlo en su conjunto. “Entonces la pregunta de ¿Qué está pasando? es básicamente una respuesta que tiene que empezar, por el

órgano rector de la justicia constitucional” (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Green manifiesta que el sistema Judicial no goza de independencia lo cual crea, en quienes tratan de defender los derechos una sensación de indefensión.

Creo que el punto más claro ahora es que no hay independencia de poderes ósea que el poder judicial está completamente corrupto, tú ves con eso por ejemplo documentos como esas cartas que se envían a los jueces diciendo que un juez no puede fallar en contra del Estado o de una persona que trabaja para el gobierno empezando por eso sabes que ya tienes un sistema jurídico totalmente viciado que no va a fallar en contra del Gobierno y tú vas a perder eso como respuesta más obvia si tienes un poder que no es independiente entonces hay una justicia que no va a fallar a favor tuyo a pesar de que tengas la razón, sumado a el tema principalmente Político de persecución de los defensores de los derechos del mar y tierra ósea los defensores del agua que han sido perseguidos como Carlos Pérez metido a la cárcel la gente que va y reclama por el tema del centro sur perseguidas se cierran urbanizaciones todo eso crea un sentimiento de persecución de miedo hace que sea mucho más difícil que la gente se organice para fomentar o que se implemente los derechos de la naturaleza (Natalia Greene, entrevista por Andrés V. Badillo, Octubre de 2013, entrevista 02A).

Sumado a eso es claro también que los jueces de instancia tienen un espacio muy reducido. Básicamente echarle la culpa al peón del sistema no es muy honesto, porque claro, si un juez de instancia hace mal su trabajo”, (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A), probablemente la pregunta sería el ¿por qué el órgano rector no ha hecho nada para resolver dichos problemas?

Entonces cabe otra pregunta: ¿Qué hace un juez si no tiene una guía de los contenidos de los derechos para poder protegerlos adecuadamente? Entonces el problema, básicamente está en que cuando el sistema de justicia juez de instancia, corte provincial, trata de mirar al órgano cabeza que es la Corte Constitucional, para saber cuáles son los contenidos de un derecho y para poder proteger básicamente; van a encontrar muy poco. Debido primero a que existen muy pocas gacetas constitucionales obligatorias, existen 5 actualmente, entonces eso es insuficiente para la

cantidad de problemas sociales no regulados por las leyes que no tienen proceso y que pueden provocar violaciones de derechos.

Otro problema central tiene que ver con la independencia interna de la justicia constitucional:

(...) en relación al valor de la jurisprudencia tiene un aditamento más que es generar un vínculo entre la Corte Constitucional y todos los jueces del país en relación a la justicia constitucional y ese vínculo se lo logra únicamente con la generación de jurisprudencia. Entonces ahí está pasando algo, ahí está faltando una capacidad y por lo tanto, si yo no tengo la guía de cómo determinar el contenido del derecho, de saber cuáles son las obligaciones exactas de mandar a reparar adecuadamente de forma proporcional sin que pueda también la sentencia provocar otras arbitrariedades, y esos límites dependen de un órgano rector que de pronto no los está dando; entonces al juez le corresponde, coger de todo lo que ha visto y solucionar el problema, porque tiene 20 días, bueno la ley le da 7 días pero básicamente se demora alrededor de 20 días. Entonces ese es uno de los problemas centrales y hay que analizar que los jueces constitucionales no son especializados más bien dependen de una materia distinta y lo que ocurre claro, como a todos, si estamos dedicados a una actividad de forma permanente nuestro imaginario para poder resolver parten de la información que tenemos nosotros, entonces si esa materia civil es predominante y me corresponde de vez en cuando una constitucional probablemente mi razonamiento sea más formalista de lo que requiere el derecho constitucional y ahí puede irse en la actividad propia del juez limitándose el proceso más la falta de información porque el juez no se siente vinculado (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Según el entrevistado también otros de las grandes problemas del Derecho Constitucional actual es que el juez o muy pocos jueces justifican el uso del método para llegar a sus sentencias, entonces existen casos que pueden ser ponderados, existen otros casos que se relacionan más bien con la razonabilidad y el estudio de la arbitrariedad; “y entonces creo que necesitamos un sistema adecuado que determine cómo en que momento ponderar de manera justificada y que yo no esté jugando con valores constitucionales en un documento tan importante que definen casi para toda la vida como lo es una sentencia (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A, transcripción).

### **3. Derecho Ambiental y Derechos de la Naturaleza**

Es prudente analizar la diferencia entre el derecho ambiental y los derechos de la naturaleza, ya que, los jueces al administrar justicia parecen asimilar que estos fueren iguales, siendo que la diferencia central radica en la posición androcéntrica de los sofistas donde tiene que ver que el ser humano es la medida de todas las cosas, entonces el derecho ambiental sirve a la posición androcéntrica, entonces es un derecho que está al servicio de la persona del ser humano, y no se entiende que cuando estamos hablando de un sujeto diferente como es la Naturaleza dicha posición ya no es factible, así los derechos de la naturaleza deben partir de esa diferencia. Los Derechos de la naturaleza en cambio, no destronan al ser humano sino que lo pasan a integrar un sistema natural integral. Entonces aquí el centro de la protección, del respeto, en casos que sean necesario, es ella misma La naturaleza como un todo del cual es ser humano es parte; eso es un punto muy desafiante de la justicia ecuatoriana en relación a los sistemas ordinarios, entonces claro ponerle al sujeto-ser humano, no como dominante, sino como parte de la naturaleza, o como una especie más de ella, necesariamente debe ubicar a la naturaleza como el centro de la protección en todos los sentidos incluido el jurídico.

En ese sentido es una tarea muy larga, estas afirmaciones deben ser trabajadas más a profundidad con prevenciones, para ello son necesarios puntos de apoyo; en donde básicamente se plantee el desafío a la posición moderna de la invención jurídica política del sujeto con dignidad. Entonces este sujeto Naturaleza necesita ser provisto de un discurso jurídico político que tienda a su protección, sus derechos también “implica un límite de poder, entonces la naturaleza no solamente implica un límite de poder del estado, sino también a la sociedad porque somos todos protectores o en su contrapartida destructores de la naturaleza; entonces la posición es muy delicada” (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Lo que sabemos, es que este sujeto “naturaleza” está provisto o tiene mecanismos de protección. Entonces estos mecanismos de protección involucran garantías, en general las garantías sociales, políticas y por último en caso de que no funcionen estas dos, las garantías jurídicas. Los mecanismos de protección de la naturaleza dependerán de la violación, si es que se trata de una violación general se asumirá pues la acción de protección.

Ahora. ¿Qué mecanismos y estándares tenemos nosotros para decir este sujeto tiene derecho, tiene este contenido, necesita estas acciones o estas omisiones por parte de la sociedad y del estado? Entonces ahí hay un trabajo entero porque usualmente terminamos asociando cualquier derecho al “*sujeto predominante*” y ese es un error en tema de la naturaleza, porque claro, todavía no tenemos el discurso jurídico político que de contenido al sujeto naturaleza. Está ahí, está planteado necesitamos de creatividad, de jurisprudencia, de trabajo de investigaciones que nos puedan ayudar a esta finalidad, pero en definitiva si no tengo estos contenidos, usualmente me voy por el lado que conozco. Entonces esta es una relación que yo recomendaría mucho el texto de Julio Prieto en donde él nos habla de un proceso integral de vida en donde saca sus propios mecanismos jurídicos para que nosotros comprendamos un tema totalmente distinto al derecho como son los ecosistemas, cómo funcionan, por qué son tan sensibles, cómo se pueden afectar; en contrapartida con un modelo de desarrollo que necesita de la naturaleza.

Entonces cómo hacer que esto tampoco implique la idea de no intervención absoluta y por otro lado implique la explotación exagerada de recursos, entonces tal vez existe un punto medio en el cual la naturaleza pueda ser respetada en lo que nosotros diríamos sus derechos” (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Bajo este contenido expuesto uno de los puntos medulares para poder llegar a una protección efectiva de los derechos de la naturaleza es re potencializar el tema de jueces especializados en la materia para lograr así crear en los jueces una correcta argumentación jurídica en sus sentencias, dicha argumentación jurídica no es otra cosa que un instrumento para explicar o dar razones para el derecho, y ese instrumento también puede ser utilizado adecuadamente para proteger la naturaleza (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A). En donde dicha argumentación y motivación constituya una forma distinta de ver el mundo, que implique no volver a explicar desde el sujeto antropocéntrico la vida, sino desde la integración como uno solo con la naturaleza de una manera holística de tal manera que también podamos considerarnos jueces y todos antes de aquello.

Entonces el problema medular es que hemos convertido a los derechos de la naturaleza como un derecho ambiental, es decir simplemente para que sirva al hombre y por el hombre para una finalidad del hombre.

Yo creo que la sociedad es ajena, no a reconocer un proceso de interiorización de sentirnos naturaleza como parte integral y de ahí nace su intención, su respeto. Probablemente el discurso ambiental tenga mucho terreno ganado, probablemente hoy la gente entienda más desde la perspectiva antropocéntrica, que tiene que gastar menos, comprar gasolina más cara para emitir menos dióxido de carbono etc. Pero estamos en una sociedad que sólo se mira a si mismo desde el punto de vista en que algo le puede afectar, sin perjuicio de que habrán casos en la que comunidades y pueblos si tengan asumido esa relación con la naturaleza de modo integral lo cual quizás la mayoría simplemente no lo comprendemos (Jhoel Escudero, entrevista por Andrés V. Badillo, Febrero de 2014, entrevista 01A).

Greene en este tema menciona que:

En términos de derechos ambiental seguimos funcionando exactamente igual como funcionábamos antes con unas leyes ambientales que simplemente van a favor de los seres humanos y donde está todo el tema del ambiente como un derecho al ambiente sano (Natalia Greene, entrevista por Andrés V. Badillo, Octubre de 2013, entrevista 02A).

Pero todo lo antes expuesto, no significa que los derechos de la naturaleza no tienen futuro, el hecho de que tratemos mal a una institución no significa que esta institución ha fracasado porque replantearnos, ponernos sobre el tema y desarrollarlo con seriedad es una tarea de todos y de construcción continua y una de las formas de seguir esta contracción es ejerciendo frente al Estado los derechos otorgados por la constitución a la Naturaleza.

#### **4. Garantías Jurisdiccionales Constitucionales aplicables a los Derechos de la Naturaleza**

Según Ávila “las garantías establecen mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad” a tal punto que Bovero, por ejemplo, le apuesta a una tesis tal que apunta a que la simple enunciación de un derecho fundamental implica en todo caso una garantía (Ávila 2011).

El artículo 86, numeral 1, establece que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. De manera reiterada pero restringiendo el concepto de persona el artículo 439 establece que “las acciones

constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadano o ciudadano individual o colectivamente” (Constitución del Ecuador, 2008).

De manera que en esta parte se reconoce este derecho únicamente a los ciudadanos. “Una lectura integral del texto constitucional permeada por el principio pro homine, nos indicará que la presentación de cualquier acción —en este caso constitucional— no es sino la materialización del derecho al acceso a la justicia, mismo que, constitucionalmente, se reconoce para todas las personas” (Prieto 2013, 177).

“Los Derechos Constitucionales se ejercen frente o contra el Estado, como un límite a sus actos o como un exigencia de prestaciones públicas jurídicamente exigibles. En consecuencia, el Estado en cuanto tal es sujeto obligado al cumplimiento de tales derechos y no titular de los mismos” (Grijalva 2011, 73).

En todo caso, las normas citadas establecen Acción Popular desde que permiten que cualquier persona interponga una acción constitucional. En virtud de tal mecanismo, de carácter notoriamente democrático, las personas pueden acceder a la justicia constitucional sin que deban acreditar otro requisito más y sin justificar un interés personal o legítimo alguno. El único requisito es acreditar la existencia de una vulneración o amenaza (en el caso de medidas cautelares) a un derecho constitucional. El interés legítimo en este caso, está determinado por la propia condición de ciudadano o miembro de la sociedad y no porque se le haya vulnerado un derecho constitucional de forma directa o personal (Prieto 2013, 177).

De acuerdo con Ávila Santamaría, la razón de la acción popular para la interposición de garantías jurisdiccionales se da toda vez que “al estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuándo hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos (Ávila 2011).

De manera que, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, y dado que una regla de esa naturaleza pareciera no requerir desarrollo legislativo, podríamos afirmar que cualquier persona puede reclamar por los derechos de la naturaleza y para el efecto deberá únicamente demostrar una afectación de esos derechos y no una afectación o interés personal. Esto sin perjuicio de que,

la Defensoría del Pueblo, encargada por reglamento para proteger los derechos de la naturaleza pueda cumplir sus funciones al margen de la actividad ciudadana encaminada con este mismo propósito (Prieto 2013, 178-179).

Si partimos de que la exigibilidad de los derechos de la naturaleza se refiere a la capacidad de demandar su respeto, la exigibilidad jurisdiccional de los derechos de la naturaleza se hace efectiva mediante la activación de los mecanismos jurisdiccionales existentes, pero como vimos al iniciar este capítulo, más allá del proceso y sus dificultades intrínsecas, dependerá de su eficacia final.

Al ser diferentes los conceptos (uno antropocéntrico y otro biocéntrico) se deben argumentar y sustentar de forma independiente, y presentar sus conexiones como lo que son: la relación de una especie con su entorno (Prieto, 2013, 179), resaltando que a diferencia del derecho ambiental, no se trata de demostrar la infracción a una norma ambiental, sobrepasando un límite máximo o impactando determinado organismo, sino que la prueba debe concretarse en demostrar el irrespeto a alguno o varios de los elementos protegidos por la norma (ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos) (Prieto 2013, 180).

Esta idea se sustenta sobre el hecho de que la biosfera es el conjunto de ecosistemas y sus interrelaciones, de tal modo que al afectar gravemente esta relación se afecta a todos los ecosistemas (Prieto 2013, 182).

“Con relación a los potenciales conflictos entre derechos constitucionales, no es posible establecer jerarquías fijas y definitivas entre los derechos constitucionales ambientales y otros derechos, tanto por razones conceptuales como positivas” (Grijalva 2011, 75).

La Constitución en el artículo 11 establece que “todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, invisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Grijalva 2011).

“El Derecho constitucional moderno se caracteriza justamente por una hermenéutica orientada a la concretización, es decir a la consideración de los actores y contextos reales y específicos en los

cuales las normas se aplican, a efectos de lograr la mayor optimización posible de los derechos” (Grijalva 2011, 76).

## **5. Medidas cautelares**

Las medidas cautelares son aquellas que bajo la figura de garantía constitucional busca de manera efectiva y directa evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. Masapanta manifiesta que estas medidas cautelares son “una importante herramienta para la tutela y protección de los derechos de las personas, toda vez que mediante su implementación se permite evitar la vulneración de derechos o cesar su violación en caso de haberse producido; aquello va encaminado dentro del paradigma garantista ecuatoriano en donde el fin primigenio del Estado es la tutela y protección de los derechos constitucionales; encontrándonos todos los individuos e instituciones en la obligación de proteger a las personas y a la naturaleza en cuanto a los derechos que nos asisten” (Masapanta 2013, 245).

Una vez concedida una medida cautelar, esta per se no implica que se está dando la razón a quien interpuso la acción correspondiente, sino que, busca evitar la vulneración de un derecho, por ende, dicha medida se mantendrá provisionalmente hasta que la autoridad competente se pronuncie en sentencia sobre el litigio.

Es por ello que Masapanta manifieste que “las medidas cautelares son todas aquellas acciones ejercidas por la autoridad competente —jueces y juezas— que teniendo el carácter de provisionales y sin pronunciarse sobre el resultado final del litigio tienen por objeto evitar o cesar la vulneración de los derechos que les asisten a las personas” (Masapanta 2013, 246). En este sentido “la idea de las garantías es establecer mecanismos para prevenir y reparar las violaciones de derechos que se puedan producir por cualquier acto u omisión del Estado o sujetos con poder” (Ávila 2011, 157)

Las garantías constitucionales constituyen ese conjunto de herramientas que el constituyente ecuatoriano ha dotado a las personas para hacer efectivos sus derechos constitucionalmente reconocidos, frente a aquello se crean garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales (Masapanta 2013, 250).

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas de manera autónoma o conjunta, en el primer escenario cuando el derecho todavía no ha sido vulnerado pero esta por producirse y en el segundo escenario cuando ya se está produciendo la vulneración del derecho, acorde a lo descrito en el artículo 87 de la Constitución ecuatoriana manifiesta que: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 2010).

### 5.1. Características de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares gozan de características propias las cuales se describen en el siguiente tabla:

Tabla 5.1. Características de las medidas cautelares

|                                |  |
|--------------------------------|--|
|                                |  |
| <b>Temporalidad</b>            | No son permanentes, Permanecen en el tiempo hasta que la cesación de la vulneración de un derecho termine o cuando la amenaza haya sido superada             |
| <b>Verosimilitud</b>           | El juzgador debe evidenciar el daño, más no comprobarlo; basta que existan indicios de la vulneración para que las medidas cautelares deban ser concedidas.  |
| <b>Urgencia</b>                | Debe existir inminencia de un peligro o frente a la vulneración de un derecho el juzgador debe de manera inmediata dictar las medidas cautelares pertinentes |
| <b>Relevancia – Daño Grave</b> | Cuando exista un acto que pueda producir un daño grave que podría ser irreparable  |
| <b>Instrumentalidad</b>        | Instrumento para lograr evitar o cesar la vulneración de un derecho  |

|                   |   |
|-------------------|---|
| <b>Adecuación</b> | Ser adecuadas y deben ser pertinentes con el objeto a ser tutelado no pueden presentarse solicitudes de medidas cautelares por temas aislados que no obedecen a lo principal de la Litis. |
|-------------------|---|

Fuente: Manual de Derecho Constitucional 2013

Respecto a algunas de las características expuestas tales como la verosimilitud, gravedad y adecuación, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

### **5.1.1. Respecto a la verosimilitud**

“La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido endoctrina como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Es ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o de inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos” (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n°. 0034-13-SCN-CC).

### **5.1.2. Respecto a la Gravedad**

“La gravedad, por su lado, según lo determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevista en el artículo 27 segundo inciso, se verifica cuando el daño que se provoca o que está por provocarse puede ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación. En esta línea, la gravedad hace alusión entonces a un peligro o daño real que puede sufrir o sufre una persona que puede ser o es víctima de una violación a un derecho reconocido en la Constitución” (Resolución n°. 0711-2003-RA).

### **5.1.3. Respecto a la Adecuación**

El artículo 26 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional exige que las medidas cautelares sean medidas adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, con lo cual, la norma da a entender que la medida dispuesta deberá ser

siempre proporcional y necesaria en relación al fin que se persigue (una relación proporcional medio y fin) en la cual, la importancia de la intervención deba estar justificada en la importancia de la realización o satisfacción de un fin y dependerá entonces de la gravedad del caso y las circunstancias particulares del mismo, sin que en ningún caso puedan ser excesivas o desproporcionadas (Corte Constitucional en la sentencia n°. 0034-13-SCN-CC).

Cabe reiterar que la acción de medidas cautelares no implica que dicha acción resuelve el fondo en que se trabo la Litis, sino que sirve como una garantía para evitar que un derecho sea vulnerado o para detener la vulneración del mismo, en caso que los hechos o actos que dieron lugar a dichas medidas hayan fenecido y si el derecho no está en riesgo de ser vulnerado, dichas medidas deben ser revocadas, es por ello que la Corte Constitucional en Sentencia N.º 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N.º. 0561-12-CN señala que:

[...] al no constituir el proceso de medidas cautelares autónomas una acción que resuelve el fondo de la controversia constitucional, que no constituye un prejuzgamiento, peor aún cosa juzgada, carente de valor probatorio en el caso de existir una garantía jurisdiccional por violación de derechos, estas son revocables por causas sobrevinientes que merecen ser justificadas por quien solicita la revocatoria de ellas y razonadas por el juzgador que las adopta (Sentencia N.º. 0034-13-SCN-CC).

## **5.2. Requisitos de procedencia para las Medidas Cautelares**

La Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia N.º. 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N.º. 0561-12-CN. Dejo de manera expresa establecido los requisitos de procedencia para las medidas cautelares las se describen a continuación:

- a) Peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión;
- b) Inminencia de un daño grave (*periculum in mora*);
- c) Que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias;
- d) Que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales, y
- e) Que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.

### **5.3. Reglas emitidas por la Corte Constitucional para la aplicación y admisión de acciones de medidas Cautelares**

La Corte Constitucional en Sentencia N°. 0034-13-SCN-CC, dentro del Caso N°.

0561-12-CN. Emitió las siguientes reglas para que las mismas sean observadas y aplicadas, bajo prevenciones de sanciones en los casos en los que se conozcan solicitudes de medidas cautelares:

#### **5.3.1. Reglas:**

- a) Las medidas cautelares tienen el carácter de provisionales; por tanto, el efecto de la resolución que las conceda subsistirá en tanto persistan las circunstancias que las justifiquen o concluya la acción constitucional destinada a la protección de derechos reconocidos en la Constitución, de haber sido presentada en conjunto con ella.
- b) La concesión de medidas cautelares procede en caso de amenazas o violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, con diferencia de objeto entre uno y otro supuesto:
  - i. En caso de amenazas, el objeto de las medidas será prevenir la ocurrencia de hechos que se consideren atentatorios a derechos reconocidos en la Constitución. La amenaza se da cuando un bien jurídico no se encuentra afectado o lesionado, sino en camino de sufrir un daño grave y la persona está sujeta a la inmediata probabilidad de que la vulneración se verifique. De ser el caso, por no verificarse todavía de manera actual una vulneración del derecho, procederá la presentación de las medidas cautelares como garantías jurisdiccionales de manera autónoma.
  - ii. En caso de violaciones a derechos reconocidos en la Constitución, el objeto será cesar dicha situación. Se consideran como tales aquellas situaciones en las que el ejercicio pleno de un derecho reconocido en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos es impracticable, o cuando el bien jurídico es lesionado, es decir, cuando la persona ya ha sido víctima de una intervención ilícita. En dicho caso, las medidas cautelares deberán ser necesariamente solicitadas en conjunto con una garantía jurisdiccional de conocimiento, se deberá condicionar la concesión de la medida cautelar a la constatación del daño grave

que pueda provocar efectos irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.

- c) Para la concesión de las medidas cautelares autónomas o en conjunto, la jueza o juez constitucional requerirá la verificación previa de los presupuestos previstos en el artículo 27, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Dicha verificación deberá ser razonable y justificada, y deberá exponerse en la resolución que las conceda.
- d) La concesión de las medidas cautelares por parte de las juezas y jueces constitucionales debe siempre obedecer al principio de proporcionalidad, reconocido en el artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo cual deberá formar parte de la motivación de la resolución por medio de la cual estas se otorguen.
- e) Adicionalmente a la inexistencia de medidas cautelares en vías administrativas u ordinarias, y a la prohibición de presentarlas contra la ejecución de órdenes judiciales, los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares son:
  - i. Peligro en la demora, determinado en cada caso en razón de las circunstancias que justifiquen una acción urgente por la inminencia de un daño grave a uno o más derechos reconocidos en la Constitución; sea dicha gravedad causada por la imposibilidad de revertirlo, o porque su intensidad o frecuencia justifiquen una actuación rápida, que no pueda ser conseguida de forma oportuna por medio de una garantía de conocimiento, sin perjuicio de la decisión definitiva que se adopte en esta última.
  - ii. Verosimilitud fundada de la pretensión, entendida como una presunción razonable respecto de la verdad de los hechos relatados en la solicitud.

f) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, conforme con lo prescrito en el artículo 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, su concesión se realizará, de considerarlo procedente, en la providencia que declare la admisibilidad de la acción de conocimiento. La concesión estará sujeta a los requisitos previstos en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

g) En el caso de las medidas cautelares en conjunto, una vez que el juez ha verificado su procedencia y si estas han sido concedidas, el trámite que deben observar los juzgadores es el previsto para la garantía jurisdiccional que haya sido solicitada con la medida cautelar en conjunto.

h) En el caso de las medidas cautelares autónomas, de ser procedentes, deben ser ordenadas en la primera providencia. El destinatario de la medida cautelar podrá solicitar su revocatoria por las causas establecidas en la ley. Cuando la jueza o juez considere que no procede la revocatoria, deberá determinar las razones mediante auto, el que podrá ser apelado en el término de tres días.

i) La jueza o juez tienen la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares, hacer el seguimiento de las mismas, e informar a las partes sobre la necesidad de mantener las medidas.

## **6. La acción de Protección:**

De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 86, por ser una garantía jurisdiccional, la acción de protección debe tener un procedimiento sencillo, rápido y eficaz.

El objeto de la acción de protección se encuentra definido en el artículo 88 de la Constitución de la República, el cual establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución frente a vulneraciones de derechos constitucionales ocasionadas por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos

constitucionales; y, cuando proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Complementando esta definición, el artículo 39 de la LOGJCC dispone que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por otras acciones constitucionales. Pero la ley no se queda ahí, sino que establece además requisitos para su presentación y procedencia. En tal sentido, el artículo 41 de la ley exige que para su presentación concurren tres requisitos básicos:

- a) Que exista violación de un derecho constitucional. Esto significa que, tal y como ha señalado Juan Montaña Pinto “para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el ‘contenido constitucional’ del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado [...]” (Montaña 2012, 111).
- b) Que la vulneración se haya dado por acción u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular de conformidad con lo establecido en la Constitución. Este presupuesto no requiere mayor precisión, solo destacar que a diferencia de la figura tradicional del amparo constitucional, la acción de protección extiende su ámbito también a las relaciones entre particulares para garantizar con ello la eficacia de los derechos constitucionales; (Montaña 2012, 111-112) y,
- c) Que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Esto quiere decir que para que la violación de un derecho sea tutelada por la acción de protección, el derecho vulnerado no debe contar con una garantía especial. En otras palabras, el derecho que reclama no debe estar amparado por alguna de las otras seis garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución de la República o mediante acciones específicas en la vía judicial ordinaria.

Frente a estos requisitos de procedibilidad, la LOGJCC<sup>4</sup> ha dispuesto varias causales de improcedencia, de las cuales las más relevantes son: que no exista vulneración de derechos constitucionales; que el acto administrativo que se demanda pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, que la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art.-42) Estas causales son las que de modo más frecuente provocan la negativa de la acción de protección (Andrade 2013, 113-114)

La acción de protección es una garantía residual que implica que dicha acción solo se la puede interponer como consecuencia de no existir otras acciones legales alternativas para dicha tutela efectiva del derecho, que para el tema de derechos de la naturaleza al no existir otras acciones jurisdiccionales para la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza se ratifica que es la acción de protección la vía legal constitucional.

En relación al carácter residual Grijalva manifiesta que “una garantía es residual cuando la acción ante los jueces solo puede ejercerse al no existir otras acciones legales alternativas” (Grijalva 2011).

También es preciso acotar que “cuando la constitución dice que la acción de protección proveerá un “amparo directo” debe entenderse que al existir violación o riesgo de violación de un derecho constitucional no puede interponerse ni exigirse ninguna acción procesal adicional entre tal derecho constitucional y la acción de protección. El nexo entre garantía y derecho es inmediato justamente para ser eficaz, aunque tal eficacia no se agote en la inmediatez de la acción” (Grijalva, 2011, 255).

La corte constitucional Sentencia N°. 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso N°. 1000-12-EP manifiesta que; [...] “la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen

---

<sup>4</sup> Abreviatura que significa Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria” (Sentencia N°. 016-13-SEP-CC).

En relación al juez competente si estamos ante el caso de una acción de protección, “el juez competente hablando de los derechos de la naturaleza sería el juez del lugar donde sucedan los daños” (Prieto 2013, 185), por ende se concluye que al ser los derechos de la naturaleza, derechos constitucionales y al no existir ninguna otra vía idónea, es la acción de protección, la forma constitucional directa para tutelar los derechos de la naturaleza.

### **7. Intervención de la ciudadanía a través de la figura “Amicus Curiae”**

Según dispone el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), cualquier persona o grupo de personas que demuestren interés en la causa podrán presentar un escrito de amicus curiae en cualquier momento antes de la sentencia, documento que será incorporado en el expediente a fin de que el juez pueda ilustrarse mejor sobre el caso. De acuerdo con dicha norma legal, el juez puede además, de considerarlo necesario para tomar la decisión, convocar a una audiencia para escuchar los argumentos de las personas que hacen uso de la figura del amicus curiae.

Art. 12.- Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 del 22 octubre, 2009)

La amicus curiae da el derecho a cualquier persona que tenga interés de presentar sus argumentos que sirva para generar en los administradores de justicia elementos que permitan al juez o jueces

lograr una mejor y objetiva argumentación y motivación para la sentencia, dicha figura, ayuda en lo que se refiere a los derechos de la naturaleza a lograr trabajar en conjunto e integradamente con toda la sociedad civil o personas en general, ya que en temas sobre derechos de la naturaleza todos tenemos y podemos demostrar nuestro interés y la figura de la *amicus curiae*, es una opción válida para generar activismo en favor de los derechos de la naturaleza cuando estos sean judicializados, ya que cualquier tercero puede intervenir con su criterio que aporte a la argumentación sobre el tema, para ellos es indispensable a la vez, el poder contar con los fundamentos de derecho que constan en la Constitución vigente Ecuatoriana y que se describen en la siguiente tabla

Tabla 7.1. Los principios, derechos deberes, garantías criterios y normas constitucionales en relación a los derechos de la naturaleza.

|  |  |
|--|--|
| <p>Principios Ambientales relacionados con – Derecho de la naturaleza:</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>-Principio de la mejor tecnología (arts. 15 y 413)</li> <li>-Principio de ecodesarrollo (art. 385 No. 1)</li> <li>- Principio de transversalidad (art. 395 No.2)</li> <li>-Principio de participación (art. 395 No. 3)</li> <li>-Principio in dubio pro natura (art. 395 No. 4)</li> <li>-Principio contaminador pagador (art. 396)</li> <li>- Principio de prevención (art. 396)</li> <li>- Principio de precaución (art. 396)</li> <li>- Principio de subsidiaridad (art. 397)</li> <li>- Inversión de la carga de la prueba (art. 397 No.1)</li> </ul>   |
| <p>Derechos y Deberes</p>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Derechos de la naturaleza (art. 1 O, 71 -7 4)</li> <li>- Derecho humano al agua (art. 12)</li> <li>- Derecho a un ambiente sano (arts. 14, 66 No. 27)</li> <li>- Derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades<br/>(arts. 57, No. 6,7,8 y 12: 58, 59)</li> <li>- Derechos de participación (arts. 61 , 95)</li> </ul>  |
| <p>Garantías</p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>-Tutela estatal sobre el ambiente (art. 3, No. 7, 73, 395, 396, 400, 408)</li> <li>- Consulta ambiental (art. 398)</li> <li>- No apropiación de servicios ambientales (art. 7 4)</li> <li>-Patrimonio natural 1 SNAP (art. 404, 405)</li> <li>-Biodiversidad como interés público y recurso natural estratégico (art. 14, 313)</li> <li>-Protección del patrimonio genético nacional (art. 73, 313, 322, 400, 419)</li> <li>- Prohibiciones precautorias (art. 15, 397, 403)</li> <li>-Imprescriptibilidad de acciones ambientales (art 396)</li> <li>- Legitimación activa-Acción pública (art. 397 No. 1)</li> <li>-Acción de protección (art. 88)</li> </ul> |

Fuente: Manual de Derechos de la Naturaleza 2014

De igual manera sea para motivar la acción de protección o medidas cautelares o participar a través de la amicus curiae es menester el conocer los criterios y principios que la constitución contempla para en relación a los derechos de la naturaleza y las descripción que en el artículo 71 y 72 de la constitución describe sobre los derechos de la naturaleza y que se detallan las siguientes tablas.

Tabla 7.2. Principios constitucionales en relación a los derechos de la naturaleza

|  |  |
|--|--|
| <p>Los derechos de la naturaleza son exigibles por cualquier persona, pueblo o nacionalidad (art 71)</p> <p>Criterios</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Frente a una incertidumbre científica sobre los efectos negativos de una actividad se deberá optar por medidas protectoras eficaces y oportunas</li> <li>2. Las medidas a adoptarse deberán ser aún más estrictas en los casos de precaución que en los de prevención, pues no se trata de mitigar efectos, sino de evitarlos</li> <li>3. En caso de certeza en cuanto a los impactos negativos a la naturaleza, las medidas de mitigación a adoptarse deberán ser oportunas.</li> </ol> <p>Pro natura (art 395, num. 4)</p> <p>Criterios</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La protección a la naturaleza es la obligación que prima en caso de dudas sobre el alcance de disposiciones legales en materia ambiental</li> <li>2. El alcance de la aplicación de las disposiciones en materia ambiental deberá aplicarse en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza</li> </ol> <p>Principio 10: Responsabilidad objetiva (art 396 párr. 2; art. 73)</p> <p>Criterios</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La carga de la prueba en daño ambiental se revierte</li> <li>2. Se presume la culpabilidad del sujeto pasivo (demandado)</li> <li>3. La responsabilidad en materia ambiental implica, además de otras indemnizaciones y acciones, el reconocimiento del derecho a la restauración (íntegra) de la naturaleza</li> <li>4. La responsabilidad en materia ambiental implica, además de otras indemnizaciones y acciones, el reconocimiento del derecho a la restauración (íntegra) de la naturaleza</li> </ol> <p><b><i>Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.</i></b></p> |  |
|--|--|

Fuente: Manual de Derechos de la Naturaleza 2014

Tabla 7.3: Esquema de lo contemplado en el Art. 71 y 72 de la Constitución del Ecuador.

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <p><b>Artículo 71</b></p> | <p>La naturaleza o Pachamama, 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.</p> <p>Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.</p> <p>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.</p>   |
| <p><b>Artículo 72</b></p> | <p>La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.</p> <p>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. Estos mecanismos pueden ser una alternativa a la resolución de un conflicto socioambiental presente.</p> <p>El Estado aplicará 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.</p> |

Fuente: Manual de Derechos de la Naturaleza 2014

## 7. Ponderación (breve enfoque)

Una vez analizado las garantías jurisdiccionales de medidas cautelares y acción de protección, y esclarecido que dentro del nuevo enfoque neo constitucional, en el Estado de Derechos vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la forma de administrar justicia sobre la vulneración de un derecho es a través de la ponderación de los derechos que estén en conflicto, dando así la facultad al juez constitucional de crear precedentes sobre la temática en la cual resuelve que derecho en un determinado caso prevalece sobre otro derecho.

Es por ello para comprender el tema de la ponderación es necesario entender que:

(...) las colisiones entre principios y entre reglas tienen efectos jurídicos distintos. En el caso de las reglas, debe declararse la validez de una sola de ellas y la invalidez de la otra, en el caso de los principios uno prevalecerá sin afectar la validez del principio contrapuesto, se trata pues de una suerte de jerarquía móvil. “En el caso de los principios nos encontramos frente a un problema de la dimensión del peso: cuando hay dos principios en colisión uno debe ceder; lo que quiere decir que el principio favorecido obedece a una relación de precedencia condicionada: esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. El método de la ponderación es, en este contexto, el instrumento que guía la concepción del peso de cada uno de los principios en el caso concreto (Prieto 2013, 94-95).

Una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencia al que conduce puede ser (ius) fundamentado racionalmente. El procedimiento de ponderación puede, por tanto, ser racional pero a pesar de esto no es un procedimiento que en cada supuesto conduzca a una solución unívoca, sino a una solución razonable, es decir, justificada en derecho.

En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto que conduce también a una apertura del sistema normativo determinado por la Constitución; no obstante, debería no implicar el libre arbitrio del intérprete.

Todo lo cual indica que el valor concreto de los principios constitucionales es una entidad que no puede llegar a ser definida; “la Constitución establece tan solo las líneas esenciales, dejando al

libre proceso político espacios para afirmar jerarquías de valores que pueden ser renovadas en cada momento” (Canosa 2011, 11-112).

En un contexto tan flexible como el que hasta aquí se ha descrito, la decisión del juez encuentra su justificación última, únicamente en la racionalidad del discurso jurídico que está en la base de la fijación y alcance de estos principios de índole valorativa y meta jurídica.

Por eso, la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tiene un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

Por tanto, la motivación “no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que se refiere a que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan y sustentan la decisión, que debe ser lo suficientemente clara para que sea comprendida y, de esta manera, se elimine la arbitrariedad [...] no hay duda de que la motivación, a más de ser un deber para el poder público, es un derecho exigible jurisdiccionalmente, conforme con un Estado constitucional de derechos y justicia” (Espinosa 2011, 53).

La Constitución en el artículo 76, numeral 7, literal l consagra el derecho a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, recalando que no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan tales decisiones y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

## **Capítulo 4**

### **Casos de análisis: sentencias sobre derechos de la naturaleza**

En el presente Capítulo se analizará la sentencia dada en dos sentencias una relativa a medidas cautelares al caso Galápagos y otra respecto a la acción de protección al caso proyecto Cóndor-Mirador, que nos permitan realizar un análisis de sobre ambas garantías constitucionales en lo referente a la tutela de los derechos de la naturaleza, y la forma como la autoridad competente administra justicia sobre ésta temática.

Para los presentes casos, se utilizará todo lo descrito en los capítulos anteriores, como instrumentos críticos para el análisis de los casos.

#### **4.1. Caso Galápagos construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin, (Medidas Cautelares. Juicio No. 269 – 2012)**

El Presente caso de medidas cautelares trata sobre la intención por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz en llevar a cabo construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin, ubicado en las calles Charles Binford y Avenida Baltra, de la ciudad de Puerto Ayora

Por su parte los accionantes, interponen la garantía de Medida Cautelar Constitucional contra el acto administrativo de construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin, por cuanto dicha obra generaría vulneración de los derechos de la naturaleza.

El accionante fundamenta su demanda en el hecho de que, se ha demostrado en la audiencia pública que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Cruz en la realización del proceso de contratación pública LICO-GADMSC-001-2012 no cuenta con la categorización de la obra en la zona, ni cuenta con la licencia ambiental o el permiso correspondiente de la Autoridad Ambiental, que en Galápagos constituye la Dirección del Parque Nacional Galápagos. A su vez, la autoridad demandada en dicha audiencia ha aceptado de manera expresa que no cuenta con la categorización de la obra en la zona, ni cuenta con la licencia ambiental.

Por su parte, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, justifica su accionar a través de lo contemplado en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD del Art. 6 literal b que textualmente manifiesta:

Art. 6. Garantía de autonomía.- Ninguna función del estado, ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República .- Literal b) Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados.

Los derechos vulnerados en el presente caso son los derechos de la naturaleza (derecho a la existencia, regeneración, mantenimiento y restauración integral), derecho a la consulta previa y derecho a vivir en un ambiente sano.

#### **4.1.1. Análisis del caso**

En el presente caso el accionante, a través de una audiencia pública, logra comprobar que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, no cuenta con la categorización de la obra en la zona, ni cuenta con la licencia ambiental, y paralelamente en la misma audiencia el alcalde Leopoldo Bucheli Mora ratifica dicho particular, bajo este hecho el accionante ingresa su demanda Medida Cautelar Constitucional contra el acto administrativo de construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin.

El juez de la causa, hace un análisis en tres aspectos generales para dictar su sentencia; primero que le corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz demostrar si existe o no una vulneración de los derechos de la naturaleza aplicando el juez la teoría de la prueba en derecho ambiental constitucional ecuatoriano, en donde es la entidad pública la que debe probar que la actividad no es contaminante, no el accionante que invoca el derecho de la naturaleza, conforme con el numeral 1 del Art. 397 de la constitución; segundo, que la falta de los requisitos de forma categorización de la obra en la zona, ni cuenta con la licencia ambiental para construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin, es a su criterio la manera de establecer que es válido la aplicación de los principios constitucionales precautelatorio e indubio pro natura claramente determinados en los Art.(s) 73 y numeral 4 del

395 respectivamente; tercero, en base que no ha que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz no ha podido demostrar si existe o no una vulneración de los derechos de la naturaleza, y al no contar para la ejecución de la obra con la licencia ambiental, el juez basándose en estos dos elementos pondera dos normas, una constitucional Art. 71 y una norma legal del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD Art. 6 literal b., y en sí, las normas constitucionales aplicables a los gobiernos autónomos descentralizados, con lo cual concluye que dentro de su análisis de ponderación una norma de tipo fundamental debe prevalecer sobre una norma de tipo operacional.

(...) para ponderar la aplicable, por ser expreso y claro el tantas veces referido contenido del Art. 258 de la Carta Magna, y Art. 71 Ibidem que cabe analizar, se aplican erga omnes, esto es tiene como eje fundamental la idea de igualdad ante la Ley, que supone siempre tomar en cuenta dos conceptos relacionados con ella: la diferenciación y la discriminación, siendo el derecho de la naturaleza de tipo fundamental y la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados simplemente una norma operativa constitucional, la fundamental está por encima de la operativa, por lógica elemental (Extracto, Medidas Cautelares. Juicio No. 269 – 2012).

Con ello dicho sentencia falla en favor de la naturaleza, genera un precedente sobre el tema de ponderación sobre una norma fundamental sobre una norma operacional, nuevamente los requisitos de forma son los que, generan que un fallo sea favorable o no, y en dicho fallo se observa que el juez tratar de generar su argumentación para su fallo, tratando de utilizar el enfoque neo constitucional y el garantismo de una manera incipiente, lo cual hace notar que el juez no tiene claro la forma de la aplicación correcta del derecho de la naturaleza, tampoco la relación de los derechos de la naturaleza con la regulación de conflictos socio ambientales, y peor aún un sustento para su fallo sobre la racionalidad ambiental.

Por ellos, en su fallo todo queda suspenso, hasta que se cuente con el requisito de forma que son los permisos correspondientes de la autoridad ambiental para que proceda con dicha obra, con lo cual se ratifica que los análisis dados por los jueces, siempre tiene como eje central los requisitos de forma, no en sí, un análisis más amplio sobre la temática de los derechos de la naturaleza, llegando a la conclusión o ecuación de que si cumple los requisitos de forma, es suficiente para la autoridad el no fallar a favor de la naturaleza como se verá en el caso proyecto cóndor-mirador,

que se analizara a continuación a su vez tampoco el juez analizó los requisitos básicos para las medidas cautelares que son de a) Peligro en la demora y verosimilitud fundada en la pretensión; b) Inminencia de un daño grave (*periculum in mora*); c) Que no existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias; d) Que no se dirijan contra la ejecución de órdenes judiciales, y e) Que no se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos. .

(...) el suscrito Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos resuelve ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA confirma otorgar la medida cautelar a favor de los accionantes, con la siguiente modificación: se ordena la suspensión provisional del proceso de ejecución de la obra de construcción y regeneración de la Avenida Charles Darwin, tramo comprendido entre las calles Charles Binford y Avenida Baltra, en esta ciudad de Puerto Ayora, con fecha 4 de junio de 2012, llevado a cabo por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, hasta que sea debidamente socializado el proyecto y autorizada por la autoridad ambiental la correspondiente licencia ambiental que exige la legislación vigente, obra que no podrá ejecutarse sin este requisito legal (Extracto, Medidas Cautelares. Juicio No. 269 – 2012).

#### **4.2. Caso minería metálica a gran escala, proyecto cóndor-mirador (acción de protección)**

El presente caso que se analizará, es el primer proyecto minero industrial de metales del Ecuador, proyecto de explotación de cobre y oro a gran escala llevado a cabo por la Empresa ECSA, consorcio chino CRCC-Tongguan, dicho proyecto está ubicado en la parroquia de Tundayme, en el cantón El Pangui, en la provincia de Zamora Chinchipe, al sureste del Ecuador Zona de alta biodiversidad y fuentes de agua, y el mismo produciría 26 mil toneladas de escombros, tendrá un tajo de 1 km de diámetro y 300 metros de profundidad.

Este proyecto se ubica en una de las zonas más ricas en biodiversidad y agua del Ecuador, se registran 2.030 especies de plantas, 142 de mamíferos, 613 de aves, 9 de reptiles y 56 especies de sapos y ranas. El 5 de marzo del 2012, el Estado ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables suscribe en Quito el contrato de explotación minera con Ecuacorriente, tras la licencia ambiental expedida por el MAE para su exploración (Resolución No.345) y explotación (Resolución No. 259) (Acción de Protección, León 2012).

El proyecto tendrá un tajo de 1 km de diámetro y 300 m de profundidad para producir 600 toneladas de cobre concentrado por día y se producirán 26 mil toneladas de escombros. Parte del área de concesión se encuentra dentro del Bosque de la Cordillera del Cóndor declarada por el MAE el 23 de marzo del 2005 como área de bosque y vegetación protectores dentro del SNAP. A pesar de que el contrato menciona las áreas de actividades relacionadas, como relaveras, escombreras, la empresa no cuenta con licencia ambiental para estas áreas.

La mina utilizará un máximo de 120 litros por segundo del río Wawayme y 700 litros por segundo de agua reciclada, pasando por la relavera situada cerca del río Quimi. Las comunidades del río Quimi y sus alrededores sufrirán directamente de la contaminación del agua, sea por los desechos arrojados directamente, que a pesar del proceso de manejo tendrán metales pesados y se filtrarán además por los importantes acuíferos de la zona.

Al no tener licencia ambiental, no se saben los efectos que tendrán las relaveras y escombreras del proyecto.

Se planifica además dejar una laguna en el futuro en el lugar que ocupará la mina pero no se consideran los minerales sulfurosos generadores de ácido sulfúrico además del drenaje ácido de mina. A pesar de todos estos impactos, no se han realizado procesos de consulta previa a las comunidades directa e indirectamente afectadas, tanto colonos como indígenas de la nacionalidad Shuar.

En lo que respecta a la vulneración de derechos de la naturaleza, Waish Environmental Scientists and Engineers que realiza el estudio de impacto ambiental constata que en el área del Proyecto Minero Mirador, existe una especie de anfibio endémica para el Ecuador, *Allobates kingsburyi*, que se encuentra en peligro de extinción. Además confirma la existencia de dos especies de anfibios endémicas a nivel regional, *Pristimantis prhodostichus* y *Pristimantis incomptus*, que están en el área del proyecto minero, y que se encuentra en un alto riesgo de extinción. Waish declara que existe escasa información sobre los anfibios y reptiles en la zona, como una especie de lagartija, *Enyalioides rubrigularis*, que no han sido evaluadas aún, "y debido a su escaso registro en el país no se descarta que pertenezca poblaciones que enfrentan riesgos de

desaparecer. Waish asegura que el área de explotación minera se han convertido en refugio de especies sensibles, endémicas, en peligro de extinción o de importancia para la ciencia y que estas áreas se verán mayormente afectadas por el desbroce vegetal que se llevará a cabo antes de iniciar con la operación en la mina y las escombreras, provocando la remoción total de los hábitats de las especies de anfibios y reptiles del área.

Por último, Waish confiesa que ante el registro de estas especies, no se han establecido programas adecuados de manejo y rescate de fauna para iniciar la operación del proyecto minero. Por lo tanto, tres especies de reptiles y un anfibio pueden extinguirse debido al Proyecto Cóndor Mirador.

Los actores involucrados en esta acción de protección son el Gobierno del Ecuador (Presidencia, Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, Ministerio de Ambiente), Empresa ECSA, consorcio chino CRCC·Tongguan, comunidades del cantón El Pangui, comunidades shuaras, ONG (CEDENMA, RAMA -Fundación Pachamama, Inredh, Centro Lianas, Cedhu, Acción Ecológica, Grupo de Derecho Ambiental) y personas interesadas en firmar las acciones y apoyar los casos.

Los derechos vulnerados en el presente caso contemplan a los derechos de la naturaleza (derecho a la existencia, regeneración, mantenimiento y restauración integral), derecho a la consulta previa y derecho a vivir en un ambiente sano, y las instituciones llamadas a dar una respuesta sobre la temática son Defensoría del Pueblo y la Naturaleza, Corte Constitucional, Ministerio de Ambiente.

La garantía jurisdiccional utilizada en el presente caso fue la acción de protección por vulneración a los derechos de la naturaleza, con lo cual se ratifica que la vía legal para la protección de dichos derechos es la acción de protección.

Dicha acción de protección fue puesta en el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha bajo el número de causa 2013-0038, los demandantes exponen sus fundamentos en cuanto dicho proyectos tendrá Consecuencias para la comunidad, para la naturaleza y consecuencia de ello la

vulneración de sus derechos y solicitan la suspensión del Proyecto Minero Mirador y que se disponga la realización de un estudio de impacto ambiental alterno por un tercero imparcial.

Fundamentamos en los Arts. 71, 73, 66.2 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador y del Art. 41 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional los requirentes solicitan admitir la procedencia de la presente acción y que se declare al Proyecto Minero Mirador como un acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera que firma el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con ECSA y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que, son actos estatales que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y el derecho a una vida digna. Solicitan medidas cautelares de acuerdo al Art. 10, numeral 7 y al Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como son: a) Ordenar a Ecuacorriente S.A., la suspensión del Proyecto Minero Mirador; b) Disponer la realización de un estudio de impacto ambiental alterno, que de manera específica amplíe información sobre los impactos de drenaje ácido de mina del Proyecto Minero Mirador en el ecosistema de la Cordillera del Cóndor y en las personas respecto a los usos actuales que tienen los ríos Tundayme, Wawayme y Quimi, este estudio de impacto ambiental alterno debe ser realizado por peritos imparciales y de alto reconocimiento, sin financiamiento de Ecuacorriente o de los Ministerios demandados y bajo la supervisión de la Fiscalía General del Estado (Extracto, 2013-0038).

Por su parte el Juez dentro de sus considerandos cuartos y quinto una vez cotejando la información adjunta al proceso expresa lo siguiente:

#### **Considerando Cuarto extracto**

De lo manifestado se concluye que por parte de la Entidad Estatal, Ministerio del Ambiente, se han realizado los estudios correspondientes para poder otorgar la Licencia Ambiental. Asimismo, de lo expuesto en líneas precedentes, se concluye que el Estado ecuatoriano para concesionar el área minera del Proyecto Minero Mirador, haber celebrado el contrato de explotación minera con Ecuacorrientes S.A., y autorizar el otorgamiento de la Licencia Ambiental, a través del Ministerio del Ambiente, ha realizado los estudios de factibilidad de conservación del medio ambiente, para precautelar que el ecosistema no resulte afectado por la explotación minera, observando y haciendo uso de su derecho, de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos: 71, 72 y 73, 313, 317, 318, 408, en concordancia con el numeral 11 del Art. 261 de la indicada Norma Suprema, reconociendo el Estado el derecho de la naturaleza, su protección y restauración; así como el de

administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de acuerdo con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia, elementos que como queda dicho se encuentran estipulados tanto en el Contrato de Concesión Minera, como en la Licencia Ambiental otorgada al respecto la jurisprudencia emitida de la Corte Constitucional para el Período de Transición, en el caso No. 0008-IC-JC, sentencia No. 001-12-SIC-CC, publicada en el S.R.O. No. 629 de 30 de enero de 2012, dicta sentencia interpretativa, y en su parte pertinente manifiesta: "... Por otra parte debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tenga dicha atribución legal podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular o solidaria, la gestión de los sectores estratégicos...". En este sentido se precautela además el derecho del buen vivir, de quienes habitan en el cantón Pangui de la Provincia de Zamora Chinchipe, que se halla previsto en el numeral 5 del Art. 3, 12 y 14 de la Carta Magna, y exclusivamente para el área operativa declarada dentro de las coordenadas geográficas delimitadas para su explotación; así como también ha prevenido la restauración en caso de existir daños ambientales que se produzcan por la actividad minera, verificando que la Concesionaria ha realizado los estudios pertinentes para la conservación del medio ambiente, responsabilizándole de su reparación en caso de que el ecosistema resulte afectado, así sea, en una proporción menor a lo previsto (Extracto, 2013-0038).

**Considerando Quinto extracto.**

(...) aparece la Resolución No. 1017 de 9 de julio del 2012, expedida por la Ministra del Ambiente (E), Mercy Borbor Córdova en la que en el Art. 1 expone: "Considerar el contenido de los oficios 4925-DPCC/MA del 26 de julio del 2006 y MAE-DNPCA-2012-0387 del 14 de marzo del 2012 en los cuales se determina que el área operativa del proyecto minero Mirador – Mirador Norte, NO INTERSECTA con el sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado...(Extracto, 2013-0038).

El juez dentro del caso para sostener su fallo menciona:

**Considerando séptimo extracto**

La primera consecuencia de la función subsidiaria del Estado radica en el deber del mismo, en procura del bien común...", de tal manera que en nuestro sistema jurídico, se establece que el buen vivir o sumak kawsay está sobre los intereses particulares, de tal suerte que el Estado debe procurar

que la sociedad a quien representa alcance el bien común, y para ello el Estado debe tener un desarrollo económico sustentable, para el cumplimiento de sus fines sociales (Extracto, 2013-0038).

#### **Considerando Noveno extracto**

Las disquisiciones realizadas en la parte motiva de este fallo, permiten concluir que el Proyecto Minero Mirador, el contrato de explotación minera y la concesión otorgada por el Estado Ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a Ecuacorriente S.A.; y, la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, no son violatorios de los derechos de la naturaleza, imposibilitando a este Juzgador declararlos en tal sentido. No obstante haberse instituido la improcedencia de la acción (Extracto, 2013-0038).

La conclusión a la que llega dicho juez y lo emite en sentencia es desechar la acción planteada.

#### **4.2.1. Análisis de la sentencia a la acción de protección en primera instancia:**

Una vez revisado la sentencia se puede deducir lo siguiente:

El juez no estudia el caso en toda sus dimensiones, sociales, ambientales, políticas, simplemente se limita a considerar meros documentos legales aportados por las instituciones del Estado y la empresa Ecuacorriente S.A.

No hace un análisis de los efectos que dicho proyecto puede tener sobre los derechos de la naturaleza, ni toma en cuenta la prueba dada por la parte demandante sobre la parte técnica científica aportada para demostrar la vulneración del derecho.

El Juez no cita doctrina, ni fundamenta su sentencia en base a una argumentación jurídica motivada adecuada, sino que se limita a revisar el cumplimiento las meras formalidades, es decir que se cuente con el contrato de explotación minera, la concesión otorgada, y Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente. Tanto así que prácticamente reproduce todo lo que menciona el contrato de explotación minera.

A la vez, no hace un análisis para conceder o negar las medidas cautelares solicitadas, ni siquiera se las analiza en ningún considerando.

El juez no utiliza ningún método de ponderación, y no hace alusión a la colisión de derechos o principios, se limita a deducir su fallo a través de su discrecionalidad, ya que todo lo que menciona y los artículos que hace alusión en nada colaboran ni llegan a formar una argumentación lógica la conclusión de su sentencia.

No se analiza el conflicto socioambiental que dicha actividad puede generar, ni siquiera se lo menciona.

Hace alusión en sí a normas ambientales de carácter antropocéntrico y no ejerce la aplicación directa de las normas constitucionales.

No tiene ni expresa ningún argumento sobre racionalidad ambiental, no cita autores en la materia ni argumentos para sostener el tema del desarrollo sustentable.

En su conclusión prima el derecho al desarrollo sobre los derechos de la naturaleza, y su sentencia no obedece al uso correcto de la teoría neoconstitucional, sino se ve claramente en la sentencia que está sumergido en aspectos claros del positivismo jurídico y por ende en basar su decisión sólo y simplemente en acatar que si las formalidades y requisitos se cumplen, tales como el contrato de explotación minera legamente otorgado, concesión Minera legalmente otorgada, y Licencia Ambiental legamente otorgada es suficiente para dicho administrador de justicia, sin tomar en cuenta ni llegar a un análisis a profundidad sobre el caso.

En conclusión, la sentencia no tiene una motivación adecuada, no aplica los criterios, principios y derechos de la naturaleza, no tiene argumentos de racionalidad ambiental, su posición es netamente antropocéntrica, y positivistas, prima las formalidades y requisitos sobre el fondo.

#### **4.2.2. Análisis de la sentencia a la acción de protección en Segunda instancia:**

Para el análisis de dicha sentencia se procederá a revisar los considerandos respectivos con el afán de contar con los argumentos expuestos por los jueces

En el considerado sexto el juez trata la problemática entre derechos de la naturaleza y explotación de recursos no renovables en beneficio del desarrollo social, a su vez cita autores que hablan sobre temas de derechos a la naturaleza, pero los saca de contexto, por ejemplo utilizando la frase *“Por su parte los países pobres dicen que tienen derecho a gozar de ese derecho”* o *[“no se trata de que el medio ambiente tiene algún derecho, sino que está reconociendo al ser humano un nuevo derecho”*, a la vez, no hace un análisis de lo que los autores quieren expresar, sino que trata de utilizar dichos argumentos fuera del contexto dando a entender que dichos autores citados en la sentencia, van hacia una postura antropocéntrica.

SEXTO.- Para el caso, la Sala considera en primer lugar analizar la problemática ambiental desde la óptica constitucional; esto es, la defensa de los derechos de la naturaleza a través de la gobernabilidad y el manejo sustentable frente a la explotación de los recursos naturales no renovables, en beneficio del desarrollo social y económico de la sociedad ecuatoriana, lo que sin lugar a dudas, obliga una ponderación de derechos constitucionales. En este contexto, se tiene que la discusión al respecto ha sido abundante: en esta óptica el autor Iván Narváez en su texto *“Derecho Ambiental en clave constitucional”* resume los antecedentes de defensa ambiental de la siguiente manera: *“Habiendo revisado las discusiones ambientales de los años sesenta y abordado a las conclusiones de Estocolmo en 1972, lo que menos se esperaba era que los argumentos esgrimidos por los países pobres en esa Conferencia se volverían contra ellos en Río de Janeiro 1992. La impresión que quedó de ese espacio es que los países industrializados iban a conservar los beneficios del desarrollo actual y no iban a colocarlo en ninguna mesa de discusión. Tal como expresó la delegación de los Estados Unidos: “El Patrón de consumo al que han llegado los países industrializados no está en discusión. Es un derecho adquirido”.* Por su parte los países pobres dicen que tienen derecho a gozar de ese derecho. Es cuando en las discusiones interminables sobre estos temas se introdujeron las coletillas ambientales resumidas en el término *“desarrollo sostenible”* que tienen como base el Informe Brundtland y se consolida en la Conferencia de Río 92. Esto implicaba, que ese desarrollo puede hacerse sostenible, pero no se sabe cómo, sin embargo, la Agenda XXI Aprobada en Brasil 92 estableció un programa de acción, pero no se sabía si esa agenda era o no viable y si haría realmente sostenible el desarrollo”. Como vemos, lo que se había planteado por un lado es la discusión mundial de un modelo de desarrollo inclusivo *“para los países pobres”*; *‘sustentable’* en la medida en que se deba ejercer un amplio eje de protección ambiental. Esta responsabilidad invariable e inevitablemente propendía a que *‘todos’* los países ejercerían acciones para defender el medio ambiente. Los derechos de la naturaleza, como se puede advertir de

la doctrina ambientalista comienza ya en los años setenta en la cumbre de Estocolmo; en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo humano, de Suecia, en 1972. Godofredo Strudzin hacia 1977 [“La naturaleza de los derechos y los derechos de la Naturaleza”], plantea que sea considerada a la Naturaleza como sujeto de derechos y no como objeto de protección; así: “[...] La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnosfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte integrante de los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural”. Ahora bien, dentro del debate ambiental, existen varias corrientes que han sido dimensionadas en las conceptualizaciones de “antropocentrismo” y de “ecocentrismo”; según la óptica para abordar el tema ambiental. En el mismo debate del tema de “Derechos de la Naturaleza” de la Asamblea Constituyente de Ecuador de 2008 que hay que decirlo fue pionero en jerarquizarlo a nivel constitucional de manera puntual y objetiva, se han dejado ver estas posiciones: unas en defensa de acentuar en la Carta Política el tema de “Derechos de la Naturaleza” como uno de dimensión objetiva y prevalente dentro de los derechos humanos como parte integrante del bien común de toda sociedad que tiene derecho a desenvolverse en un medio ambiente sano (vigente en el país desde 1969); y, otra [“antropocentrista”] que mira el asunto desde una manera tangencial y que debe ser tratado, como así lo ha sido jurídicamente, desde los instrumentos del Derecho Positivo; de inclusión de la defensa ambiental, empero, desde la mera legalidad y reglamentariedad. Esto es, dos tesis: una que defiende la premisa de la defensa de los derechos de la naturaleza, porque así lo exige la propia ‘Pacha Mama’, dentro de la progresión y progresividad de derechos constitucionales [“no se trata de que el medio ambiente tiene algún derecho, sino que está reconociendo al ser humano un nuevo derecho”; L. Narváez, op. Cit. Pág. 181]; y, otra, que simple y llanamente determina que “quienes gozarán de los derechos de la naturaleza son los seres humanos mismos”; pues como indica el autor Luis Sánchez Baquerizo: “Si el derecho humano, económico, social y cultural a vivir en un medio ambiente sano, vigente en nuestro país desde 24 de enero de 1969, no tiene un mecanismo eficaz para ser garantizado, entonces lo que hay que cambiar es el mecanismo de exigibilidad y no el concepto de los derechos”. Como vemos, dentro de este nuevo paradigma indudablemente que el Derecho Ambiental, sobra decirlo, los instrumentos legales, reglamentarios, etc. o el marco de protección legal que nuestro país tiene sobre Derecho ambiental, a pesar de contener principios incluidos en determinados Instrumentos Internacionales de los cuales el Ecuador ha sido signatario; sin embargo de ello, es evidente, se halla rezagado de conformidad con la nueva óptica de la defensa ambiental; lo cual se exige desde la Carta Magna bajo los parámetros que se establecen en las normas respectivas. Dicho de otra manera, el modelo tutelar antropocéntrico “era insuficiente para tutelar a la naturaleza, cada vez más amenazada por un

modelo de crecimiento económico irracional”. Como se ha mencionado, nos hallamos frente a un debate amplio: por un lado, el Estado [entiéndase la Administración del Estado], convencida de implementar el desarrollo integral, y dentro de éste, es evidente y legítimo desde el punto de vista estrictamente político, el desarrollo de la minería con vista a su ulterior explotación; teniendo en consideración que se orienta hacia el ‘progreso’ en todo el espectro [cambio de matriz productiva, desarrollo de áreas estratégicas, etc.], todo lo cual sin lugar a dudas exige, dentro de otras, la implementación de políticas orientadas, reiteramos, hacia el extractivismo minero a gran escala; y, por otro lado, la visión biocéntrica, orientada a defender el ambiente en toda la línea. Lo que podría considerarse como visiones irreconciliables, que no lo son; cada ente integrante del Estado [más allá de la administración pública] tiene el derecho [y el deber] de ejercer sus roles y actividades en torno al bien común de la sociedad en su conjunto; así bien lo han pronunciado los analistas y tratadistas del tema: “El contrato social exige así también un contrato ambiental” [Carlos A. Zárate “Hacia el planteamiento de un nuevo contrato natural de Holbach y Morely”]. El mero hecho de que no exista un marco legal suficiente [en la óptica del biocentrismo] para defender de manera efectiva los derechos de la Naturaleza; no significa, de ninguna manera que de pauta para que el Estado [entiéndase Administración Pública, Ejecutivo] se ‘aproveche’ -por decirlo de alguna manera-, de aquél status quo para desentenderse y/o atentar contra ‘sus derechos’; empero, y no es menos cierto, que hemos pasado de una etapa ‘sanitarista’ a otra, ‘conservacionista’, hasta llegar a la “ambientalista” “que se halla en formación”; conforme así lo afirman autores sobre el Tema: “Conforme se asevera, es una novísima y compleja rama del Derecho, cuya investigación y estructura demanda profundas reflexiones y estudios, puesto que se enfrenta la gran tarea de convertir en categorías jurídicas lo que han venido siendo conceptos de las ciencias naturales, ambientales y sociales en general. Teniendo en cuenta que en el caso ecuatoriano, la producción doctrinario-jurídica en sí es escasa, más aun cuando se trata de legislación protectora de la naturaleza. En todo caso se registra que en el Ecuador esta legislación se desarrolla junto con los esfuerzos que sobre esta materia hacen la CEPAL, PNUMA, posteriormente OLADE y ARPEL, en relación al campo energético para América Latina;... es un Derecho de tercera generación... normas que tienen que ver con un contexto social... y buscan imponer un determinado modelo de organización social” [L. Narváez, Pág. 295 obra ya citada]. De forma que, se tiene que es el mismo Estado desde el Legislativo, el ente que viene realizando un amplio debate sobre la discusión de los actores sociales y la reacción social al respecto (no olvidemos que la Constitución se legitimó vía Referendo); asumiendo su rol de ser el ente llamado a corregir desfases y ante todo a regular y normar el esquema bajo el cual el Estado pueda proceder a viabilizar el desarrollo vía la explotación minera, cual es el presente caso. Es menester por tanto, no perder de vista que, de ninguna manera,

y siguiendo este orden de argumentaciones y vía de discusión, se pueda -siquiera hacer referencia- a que el Legislativo 'pueda' vedar de plano el extractivismo minero a gran escala; sino 'regularlo': esto es, determinar las condiciones en las cuales se deberá realizar la actividad minera en el país, propendiendo con ello además al desarrollo social sostenible. Por lo dicho, no es posible que dicha actividad, como cualquiera otra de índole de política estatal que infiera el cambio de la matriz productiva y que sea relacionada como "área estratégica" de principal interés de la Administración Pública, sea prohibida o negada en su actividad. Evidentemente, aquello tampoco implica que dicha normativa no contenga condiciones de excepción para el ejercicio de dichas actividades (Extracto Sentencia Segunda Instancia, Causa 1711-2013-0317).

(...) no olvidemos que la Constitución se legitimó vía Referendo; asumiendo su rol de ser el ente llamado a corregir desfases y ante todo a regular y normar el esquema bajo el cual el Estado pueda proceder a viabilizar el desarrollo vía la explotación minera, cual es el presente caso. Es menester por tanto, no perder de vista que, de ninguna manera, y siguiendo este orden de argumentaciones y vía de discusión, se pueda -siquiera hacer referencia- a que el Legislativo 'pueda' vedar de plano el extractivismo minero a gran escala; sino 'regularlo': esto es, determinar las condiciones en las cuales se deberá realizar la actividad minera en el país, propendiendo con ello además al desarrollo social sostenible (Extracto Sentencia Segunda Instancia, Causa 1711-2013-0317).

Por otro lado, en relación a las *amicus curiae*, el juez hace un análisis muy limitado, siendo más enunciativo que analítico los aportes que dichas *amicus curiae* pudieron aportar, por lo que, poco o nada dichas *amicus curiae* son tomadas en cuenta por el Juez en su proceso de argumentación lógica y jurídica para su fallo.

SIXTO.- De ahí que, como bien se hace mención por parte de todas las contribuciones y actuaciones realizadas en calidad de 'amicus curiae' ejercitadas de manera legítima, tanto por personas naturales como jurídicas que se han hecho presentes en este proceso, constituye una tarea multisectorial la defensa a los derechos de la Naturaleza, uno de ellos, aquél que implica el Observatorio de Derechos en materia Ambiental; que así también infiere la responsabilidad del rol del control ciudadano a todas y cada una de las actividades extractivistas y del tema minero en general, desde la etapa inicial hasta la de explotación y especialmente en la formación del Derecho Ambiental ecuatoriano ["La expresión buena ley la entendemos como la Ley legítima, resultado de la deliberación general y no la expresión de la voluntad general... ya que la fuente de la legitimidad

no es la voluntad predeterminada de los individuos, sino más bien el proceso de su formación, es decir, la deliberación misma” [B. Manin “On legitimacy and political Deliberation”.- Teoría Política.- vol. 15, 1987. Ref.: “Historia Crítica de la de la opinión pública”, pág. 26. J. Habermas, México, 1994)]. Por ello, el rol de las organizaciones no gubernamentales se halla establecido por la misma responsabilidad que tienen en la producción de la ley, en sus reformas, en la puntualización de sus debilidades; y, esencialmente, en la protesta de la política pública ambiental, en el contrapunto justamente de las responsabilidades de las instituciones públicas que de cualquier manera pudiesen irrespetar las normas ambientales en su conjunto; pues aquello redundará en el mejoramiento de la defensa de los derechos de la naturaleza cual es el objetivo ulterior de las normas constitucionales (Extracto Sentencia Segunda Instancia, Causa 1711-2013-0317).

En el considerando Séptimo nuevamente de igual forma que en la primera instancia, el Juez se centra no a analizar la vulneración del derecho, o el posible grave daño, o a enfatizar en el conflicto socio ambiental que puede generar dicha actividad, sino, se limita a dar ciertas citas sobre racionalidad ambiental, que en si no las explica ni las toma en cuenta, solo por mera formalidad hace que consten en su sentencia, pero si se centra en analizar simplemente la legalidad de todas las exigencias contractuales y legales por parte de la empresa minera, contrato, licencia, en si, vuelve a repetir lo ya antes estaba escrito en la sentencia de primera instancia y por ende a verificar los requisitos de forma, sin más análisis y con una ponderación pobre entre los derechos de la naturaleza y el derecho al desarrollo llega a la conclusión que prima el derecho al desarrollo, en sí, el juez llega a la convicción de que no se vulneran derechos de la naturaleza, no por qué se haya hecho un estudio total del caso, ni porque se haya analizado realmente si existe o no una vulneración de los derechos de la naturaleza, o por que se haya logrado analizar una visión biocéntrica de manera integral, sino que simplemente a su criterio discrecional de dicho juez, si las formalidades están cumplidas, eso es todo lo que importa para decidir que no hay vulneración a los derechos de la naturaleza.

Es por eso que el Juez concluye que “por lo expuesto, este Tribunal no encuentra, que la actividad minera a realizarse por la accionada “Ecuacorriente”; ni los actos administrativos emanados de las Instituciones Públicas demandadas, vulneran derechos o garantías constitucionales referentes a la naturaleza como sujeto de derechos, pues se trata de actos y

contratos legalmente suscritos por autoridad competente, dentro de sus campos de competencia, con informes previos de por medio”.

SÉPTIMO.- En la especie, se tiene que del contenido mismo del contrato de explotación minera concedido por parte del Estado ecuatoriano, a la empresa Ecuacorriente S.A., de sus propios antecedentes se ha cumplido con todas las exigencias contractuales y legales por parte de la empresa minera con la finalidad de que proceda con la fase de explotación. Se han cumplido con los Informes Ambientales y demás exigencias dentro del marco de la Ley de Minería y del Ambiente. Sobra así también referirse a que las resoluciones administrativas en las cuales se fundamenta el antecedente del contrato minero gozan de legitimidad por reserva legal; sin perder de vista, de forma alguna que cada uno de los funcionarios públicos involucrados tienen su responsabilidad en la manera establecida en la Constitución [Art. 233 CRE] y la ley, por lo cual, sus actuaciones u omisiones son “auditables” en toda la línea de conformidad con la ley. Es esencial así también establecer que el funcionario de ambiente ha referido de manera expresa en su informe que el Proyecto no “intersecta” el área del bosque ‘protector”, de lo cual se infiere que la explotación se llevará a cabo en un área específica y objetivamente determinada. De la misma forma, en la medida en que el proyecto aún no entra en fase de explotación, se deduce que “aun” es exigible en dicha fase que se cumplan con todos los parámetros para que el impacto sea mermado en relación a los temas de relavado y de acidificación de suelos; ante lo cual cabe, sin lugar a dudas las auditorías ambientales, con la oportunidad del caso y ante los órganos y en las condiciones que se exige a las partes contractuales. La expectativa de daño ambiental no significa que se “incumplirán” las condiciones contractuales en cuanto a seguridad ambiental. Más aun, es evidente que existirá “impacto” sobre el ambiente, empero, este impacto tendrá que ver con el manejo sustentable del proyecto con el concurso del control ciudadano, de las Ong’s involucradas, etc. No se puede admitir, en un sistema democrático, que desde un solo enfoque ambiental se objete cuanto proyecto minero, para el caso, sea emprendido desde el ente estatal; aquello sería redundar en una visión maniqueísta que pretenda que no se pueda ejercer el desarrollo de dicha área estratégica bajo ningún concepto y sin que exista condición alguna. De ninguna manera se puede perder de vista que toda actividad humana repercute en la naturaleza y en su hábitat, tal como sucedió en la época del boom petrolero; sin embargo, el ejercicio de ponderación justamente se analiza desde el punto de vista del mejoramiento de la condiciones de vida de la sociedad en su conjunto frente al impacto ambiental que se podría provocar en una determinada área. Este pretendido mejoramiento de las condiciones de vida, recursos y desarrollo está por encima, ciertamente, del impacto en una determinada zona. Tornándose la discusión de tipo axiológico, viene al caso reproducir: “La categoría racionalidad

ambiental funciona como un concepto heurístico que orienta y promueva la praxeología del ambientalismo. Se construye y concreta en una interrelación permanente entre la teoría y la praxis. La cuestión ambiental, incluida su problemática gnoseológica surge en el terreno práctico de la problemática social generalizada que orienta el saber y la investigación, hacia el campo estratégico del poder y la acción política. La racionalidad ambiental se contrapone a la racionalidad capitalista. La racionalidad capitalista ha estado más asociada a la racionalidad científica y tecnológica en función de incrementar la capacidad de certidumbre, de predicción y de control sobre la realidad, asegurando una eficacia creciente entre medios y fines. El saber ambiental cuestiona la racionalidad científica como instrumento de dominación de la naturaleza y su pretensión de disolver las externalidades del sistema a través de una gestión racional del proceso de desarrollo... ” [Enrique Leff. “Saber ambiental sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder”. Ed. Siglo XXI, México, 2002]; ante lo cual, el autor Luis Narváez (ob. cit. pág. 433) comenta: “Esto es precisamente lo que se debe resolver a partir del nuevo marco normativo, institucional y de políticas ambientales públicas que vislumbra la Constitución del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional. Si no se operacionalizan los preceptos constitucionales, está en riesgo el modelo político de Estado erigido sobre bases neoconstitucionales”. Así pues, visto el dilema de que el Juez constitucional ‘deba’ asumir una posición, es menester aludir a Miguel de Unamuno: “Unamuno señalaba –cuando en los años treinta se hablaba de una posible guerra civil española- que él no sería ‘neutral’ (que significa «no estar ni con unos ni con otros»), sino ‘alterutal’ (o sea, «estar con uno y con otros, uniéndolos»). Tal vez, también el Derecho, para buscar la igualdad, debiera ser hoy más «alterutal», que «neutral». Por su parte, Norberto Bobbio subraya que no deben identificarse, sin más los conceptos de neutralidad e imparcialidad: esta última, más deseable, no impide tomar partido, si se hace honesta y objetivamente”. [Elías Díaz, “La sociedad entre el Derecho y la Justicia”]. En este orden de cosas, pretender que un Juez, de cualquier nivel y competencia, tenga posiciones en contra del “ambiente” o de la “naturaleza”, es absolutamente incongruente. Así, tampoco es posible tildarse de manera peyorativa que quien Administra Justicia por resolver asuntos de legalidad, sea visto como “a favor de los contratos mineros”, en vista, de que, es por demás obvio, que aquéllos son absolutamente legales, en la óptica que las partes cumplan con cada una de sus obligaciones emitidas de éstos. Por ello, mientras el contrato cumpla con las exigencias legales [y en el marco constitucional: buen vivir, derechos de la naturaleza], no es justo posible de una forma externalizada acusarlo [al contrato] como que incumple con los Derechos de la Naturaleza y por ende tildar a un Juez de hallarse en contra de los derechos de la Naturaleza.

OCTAVO.- Por último es menester hacer alusión a la Teoría de la Argumentación Lógica; dentro de esta categoría conceptual podemos observar que, tanto en la demanda, cuanto en la presentación

del recurso, se ha incurrido en varias “falacias”, para el caso, tenemos que los accionantes, con el argumento y premisa reiterada de que la zona en la cual se halla el proyecto de explotación minera [Proyecto Minero Mirador] determinado en el contrato de explotación minera, se encuentra un “bosque húmedo tropical de la cordillera del Cóndor que se encuentra en buen estado de conservación, eliminando 4000 especies de plantas vasculares que contiene probablemente la mayor riqueza de América del Sur, se provocará la remoción total de los hábitats de especies de anfibios y reptiles endémicos en peligro de extinción, en un área de 6220 has en la estribaciones del Bosque Protector de la Cordillera del Cóndor; es decir, sostienen, que para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona[...]”. Cuando es evidente que la zona se halla ‘focalizada’ y ‘pendiente’ de asegurar (conforme consta del Contrato) que el impacto ambiental sea reducido garantizando el cumplimiento de medidas adecuadas; es decir, contienen argumentaciones generalizadas y con evidente sesgo de argumentación dirigido a las consecuencias; esto es, dar por hecho una consecuencia que siendo previsible, es evidentemente subsanable en la medida de ejercer protección responsable; conforme las exigencias del marco legal ambientalista y del contrato de explotación minera mismo. NOVENO.- Consecuentemente la presente acción constitucional y de medidas cautelares que nos ocupan devienen en improcedentes, al tenor de lo que disponen los Arts. 42 numeral 1 y Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El Art. 87 de la Constitución de la República, dispone: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”; de manera concordante, el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que: “Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”. El Art. 27 ibídem determina los requisitos intrínsecos que debe cumplir la petición de medidas cautelares. Estos requisitos tienen que ver exclusivamente con que el hecho puesto en conocimiento del Juez Constitucional “debe amenazar de manera inminente o grave con violar un derecho o viole un derecho”; señala además, que se considerará “grave”: “cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”. Por lo cual, mediante la interpretación teleológica y literal, podemos advertir que la norma del Art. 26 ib., expone la calidad de “inminente” de la

amenaza que debe acusar el hecho; y, además que esta sea de naturaleza “grave” (que ocasione “daños irreversibles”). Ahora bien, el procedimiento constitucional de “medidas cautelares” es un procedimiento además de especialísimo; sumarísimo, debiéndose acotar, que no existe en la legislación ecuatoriana procedimiento más sumario que éste, por su “celeridad”: en un solo acto o diligencia judicial el Juez está facultado para conceder las medidas cautelares o negarlas “por la sola descripción de los hechos”. Por lo dicho, esta diligencia constitucional es de tal importancia jurisdiccional, que exige que los “hechos” deban ser de igual categoría: por las características que se exigen del hecho deben ser de naturaleza no común, poco ortodoxa y de una importancia tal, que requiera la inmediata protección de la autoridad judicial frente a un acto de igual proporción y magnitud; es decir, la calidad del “acto” o “hecho” puesto en el conocimiento del juez, debe ser de una gravedad evidente no utópica, tal que requiera del Juez una inmediata e indubitada acción correlativa que le compela a ordenar tales medidas cautelares. Los términos “inminencia”; “gravedad” y “daños irreversibles”, no son como se puede apreciar, y conforme el método de interpretación literal, ciertamente una irrealdad, por lo que no necesitan ser analizados a profundidad, pues per-se se dan a entender: la inminencia hace alusión a un tiempo cortísimo, no solo relativamente “corto”; y, la “gravedad” debe ser tal que provoque un “daño irreversible”, esto es, que no se pueda subsanar, enmendar o corregir acudiendo a recursos judiciales o administrativos. Por lo expuesto, este Tribunal no encuentra, que la actividad minera a realizarse por la accionada “Ecuacorriente”; ni los actos administrativos emanados de las Instituciones Públicas demandadas, vulneran derechos o garantías constitucionales referentes a la naturaleza como sujeto de derechos, pues se trata de actos y contratos legalmente suscritos por autoridad competente, dentro de sus campos de competencia, con informes previos de por medio. En uso de las atribuciones constantes de los Arts. 88 de la Constitución Política del Estado y 24 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desecha el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y confirma el fallo venido en grado que rechaza la acción propuesta. Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el proceso al Inferior para los fines legales pertinentes y cúmplase con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, para los fines previstos en la indicada norma. Notifíquese.- (Extracto Sentencia Segunda Instancia, Causa 1711-2013-0317).

Por lo antes expuesto, se desprende que:

No existe un análisis real sobre la vulneración de los derechos de la naturaleza, no se toma en cuenta las contribuciones dadas en las amicus curiae.

No justifica la posición de la negativa de las medidas cautelares, sino que se limita a enumerar ciertas características, pero no motiva el por qué dichas características no son aplicables al caso.

Prima nuevamente simplemente los requisitos de forma y un análisis legal de requisitos de forma sobre un análisis integral del tema en relación a la aplicación del neoconstitucionalismo.

El método de la ponderación no cumple con los parámetros básicos para que el resultado sea en base a una argumentación jurídica correcta, sino que da la sensación que es meramente discrecional, en base a su análisis subjetivo del tema. En donde según el juez prevalece el derecho al desarrollo sobre los derechos de la naturaleza.

La prueba dada por los demandados en ningún caso prueba que no haya vulneraciones a los derechos de la naturaleza, solo prueba que cuentan con diferentes papeles legales emitidos por órganos competentes, pero esto no versa que a través de los mismos sean suficientes para establecer que no existe daño grave e irreparable a la naturaleza.

Nuevamente no se toma en cuenta para el dictamen del juez la prueba y los documentos técnicos que los demandantes aportaron comprobando la vulneración de los derechos de la naturaleza y no se hace un análisis bajo criterios de racionalidad ambiental, ni en aplicación del indubio pro natura, ni un análisis del conflicto socioambiental que dicha actividad generará.

A modo de conclusión si se revisa tanto la sentencia de Loja como las sentencias de medidas cautelares de Galápagos que consta como anexo en esta investigación o en el caso de medidas cautelares de San Lorenzo y Eloy Alfaro en la Provincia de Esmeraldas por temas mineros, los jueces fallan no por el análisis integral del caso y una argumentación jurídica motivada, en sí fallan y conceden o niegan solo por argumentos de Requisitos, es así que si falta la licencia

Ambiental, dicho fallo será favorable, pero si la hay aun esta haya sido concedida aun sabiendo que la misma vulnera los derechos de la naturaleza al estar cumplido este requisito o los requisitos de forma, para los jueces es suficiente para no conceder medidas cautelares o conceder favorablemente la acción de protección.

Mario Melo abogado patrocinador de la causa considera que a más de los problemas expuestos en esta investigación el resultado de este tipo de sentencias pobres en argumentación y motivación y con grandes dosis de discrecionalidad nos han puesto en un Estado en el cual no se puede obtener justicia para este tema Melo menciona:

(...) tenemos un problema serio en esto, un problema de independencia de la justicia que va más allá de la vía de la justicia que pueda resolver una causa no se mira los intereses de la realidad nacional, entonces claro si uno plantea el proceso de acción de protección referido a un tema que pueda ser sensible en relación a la política coyuntural, la posibilidad de ganar la acción son nulas, es claro que estamos en una situación distorsionada de la justicia, entonces no podríamos evaluar si habido reales avances en el posicionamiento de los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia porque la verdad no hay voluntad política de que esos derechos sean efectivamente tutelados, no hay una decisión de política de que los jueces se vuelvan neo constitucionalistas en temas de derecho judicial o administrativo me parece un acto desastroso lo que esta pasando, y al final el resultado es regresivo entonces claro es solamente el cascaron y en el fondo lo que esta adentro es una posición ni siquiera positivista de parte de los jueces sino es arbitraria y discrecional problema que tampoco es nuevo es una tara que no hemos derribado de nuestro pasado judicial entonces aquí no es que últimamente no hay justicia, nosotros no tenemos justicia real hace mucho (Mario Melo, entrevista por Andrés V. Badillo, Marzo de 2014, entrevista 03A).

Respecto al tema de la sentencia de Loja y del caso del Proyecto Minero Mirador Melo indica lo siguiente:

Yo creo que la sentencia de Loja es una sentencia que me gusta en la medida de que fue valeroso de la corte a fallar como falló y claro está lejos de haber acatado el tema de los derechos de la naturaleza, es más bien un tema que define daños a los derechos de la naturaleza como un daño intergeneracional es decir sin salir de los paradigmas de la centralidad de la persona, entonces está lejos en sentido de haber aplicado derechos de la naturaleza pero sin embargo es valiente, es

interesante ahora este fallo de la corte en el caso del Mirador es desolador, primero siempre estuvimos claros de que era un caso que no se podía ganar por razones políticas porque el tema de Mirador es un tema que es importante para la actividad económica del Estado y basado en una política pública que está presente en la realidad desde el tiempo de inicio de la era del petrolero, es claro que la prioridad del Estado es para su propio interés o su derechos en términos de desarrollo, pero sin perjuicio de eso, había que plantear una acción, porque hay también que retar al sistema y hay que obligar para que actué bien para que quede documentado y para que quede claro que hay esa falta de decisión por parte de los administradores de justicia en aplicar los derechos de la naturaleza.

Sobre el tema de la ponderación hay una contrariedad que se puede visualizar en la sentencia de Loja que ha planteado es un estándar basado en el cumplimiento del régimen de licenciamiento ambiental constituye una aplicación de derechos de la naturaleza, entonces ese estándar fácilmente ha cogido en otras situaciones unas para tutelar derechos, tanto es así que dos sentencias en caso de Galápagos como el Caso de Esmeraldas (Mario Melo, entrevista por Andrés V. Badillo, Marzo de 2014, entrevista 03A).

Respecto a la figura de la acción de protección Melo señala:

Yo creo que la acción de protección tiene un problema y es que, como esta diseñada quien resuelve en sí es la justicia ordinaria, que puede o no tener ninguna especialización de conocimiento en esta área los temas de derechos de la naturaleza o derechos ambiental que son temas que necesitan ser conocidos por alguien especializado, entonces necesitaríamos pues que conozcan y manejen este tema pero claro si le toca a un juez civil no necesariamente estudio derechos de la naturaleza ni se especializó entonces es un problema (Mario Melo, entrevista por Andrés V. Badillo, Marzo de 2014, entrevista 03A).

## **Conclusiones y recomendaciones**

Los derechos de la naturaleza son una realidad política, social y jurídica vigente en el país, que si bien no está totalmente acoplada, esto es un proceso en construcción, que debe continuar y visualizarse.

Una forma de visualización real que lleve a la agenda política es a través de los conflictos socio ambientales, estos nos permiten que el tema se habló, se proponga y se luche por la correcta aplicación y tutela de los derechos de la naturaleza.

No hay limitación para el ejercicio y tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, todos estamos llamados a poder ejercerlos, así la coyuntura política no sea favorable, es un forma de documentar el tema, en algún momento dichos fallos deberán ser revisado y será la historia quien lo juzgue.

El neo constitucionalismo como teoría nos permite soñar con una sociedad más justa, basada en las garantías de los derechos, bajo una justicia más racional e integral, que a la vez nos garantice un Estado Constitucional de Derechos y justicia.

Los jueces desconocen una forma práctica de poder ponderar derechos, lo cual convierte, al sistema de administrador de justicia, en emisores de sentencias meramente discrecionales, lo cual es sumamente peligroso para el sistema judicial ecuatoriano.

Se necesita reprogramar vías para posicionar los derechos de la naturaleza, lograr un nuevo enfoque de desarrollo desde una nueva perspectiva que no implique la vulneración de los derechos de la naturaleza, falta fortificar el discurso político sobre este tema.

Las medidas cautelares y la acción de protección en la actualidad si son las garantías jurisdiccionales más óptimas para velar los derechos de la naturaleza, el problema radica en quien administra justicia.

Los jueces y quienes administran justicia no están capacitados para ejercer a cabalidad el tema, siguen aplicando formas dadas por el positivismo jurídico y en base a una posición antropocéntrica.

Debemos ir hacia la especialización de los jueces y creación de juzgados de la naturaleza y a procesos obligatorios a través de normativa secundaria sobre criterios mínimos para establecer si existen o no vulneración a los derechos de la naturaleza para lograr que la cultura jurídica positivista de los operadores de justicia, no sigan obstaculizando los avances normativos hacia el neo-constitucionalismo.

Es importante re pensar cual es el alcance de los derechos de la naturaleza, como dentro del Ecuador las visiones sobre la mismas pueden ser diferentes, debemos ir hacia un enfoque más integrador de que se entiende en la sierra, en la costa, en el oriente y en Galápagos los derechos de la naturaleza las concepciones o significados pueden ser diferentes debemos lograr incorporar dichos pensamientos para que sean integrados y así las personas lo sientan como un imperativo el tutelar dichos derechos.

## ANEXOS

Juicio No. 269 – 2012 Medida Cautelar Constitucional, Medidas Cautelares Galápagos

Puerto Ayora, 28 de junio del 2012. Las 12H20 Vistos: 1. ANTECEDENTES: Los accionantes y personas afectadas son los señores Oscar Luis Aguirre Abad, Colette Moine Foucault, Julián Alfredo Pérez Castro, Oscar Germán Padilla Bolaños, Edgar Fernando Salazar Aldás, Wilfrido Roberto Uribe López, Edgar Vinicio Jácome Guerra, Teresa Evangelina Paredes López, Marco Vinicio Chachapoya Cando, Carlos Eduardo Robalino, Hugo Marcelo Masaquiza Jerez, Patricio Javier Carrasco Uquillas, Emérita Isidra Ortega Véliz, Eduardo Robinson Brito Cedeño, María Laura Anrango Maldonado, María Elizabeth Morán Iglesias, Gladis Campoverde Reinoso, y Tania Garrido Herrera, La accionada contra cuyo acto administrativo se ha interpuesto la acción el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz representado por el señor Leopoldo Bucheli Mora, Alcalde; y el abogado Olímpido Ismael Morales Procurador Síndico respectivamente, y el acto administrativo impugnado es el proceso de licitación con el código LICO-GADMSC-001-2012 contratación pública cuyo objeto es la construcción y regeneración de la avenida Charles Darwin, tramo comprendido entre las calles Charles Binford y Avenida Baltra, en esta ciudad de Puerto Ayora, con fecha 4 de junio de 2012, llevado a cabo por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, en cuanto para su realización se requiere la autorización de la autoridad ambiental, normalmente a través de la licencia ambiental, de conformidad con los requisitos establecidos en el Art. 19 de la Ley de Gestión Ambiental y en relación directa con el Instructivo para el Subsistema de Evaluación de Impactos Ambientales, debiendo tenerse en cuenta los derechos de la naturaleza consagrados en el Art. 71 de la Constitución así como la limitación para las actividades públicas y privadas que rigen en el Régimen Especial de Galápagos de conformidad con el Art. 258 y ss. de la Carta Magna, donde además prevalecen los principios constitucionales precautelatorio e indubio pro natura claramente determinados en los Art.s 73 y numeral 4 del 395 respectivamente ambos de la Carta de Montecristi. 2. FUNDAMENTOS DE HECHO PROBADOS RELEVANTES: Con su demanda el accionante presenta la solicitud de medida cautelar constitucional independiente al tenor de lo que establece el Art. 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, habiéndose demostrado en la audiencia pública que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Cruz se encuentra realizando el proceso de contratación pública en el INCOP de antes referida la licitación con el código LICO-GADMSC-001-2012 sin tener aún ni la categorización de la obra en la zona ni según la categorización, la licencia ambiental o el permiso correspondiente de la Autoridad Ambiental que en Galápagos constituye la Dirección del Parque Nacional Galápagos, licencia ambiental o autorización que no ha sido otorgada aún, facto procesal que se encuentra establecido procesalmente y que inclusive reconoce el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Cruz señor Leopoldo Bucheli Mora, en la audiencia pública que obra de los autos, concretamente a fojas 486 vuelta y 487 del cuaderno procesal, siendo conforme con la teoría de la prueba en derecho ambiental constitucional ecuatoriano es la entidad pública la que debe probar que la actividad no es contaminante, no el accionante que invoca el derecho de la naturaleza puesto que conforme con el numeral 1 del Art. 397 de la Carta Magna en materia ambiental se revierte la carga de la prueba, lo que el suscrito Juez se encuentra obligado a considerar como principio que rige la carga de la prueba en este caso. 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO: Derechos de la Naturaleza, establecidos en la Constitución Política de la República, en sus Art.s 71, 73, 66 numeral 27, 258, 397 numeral 1, 14, y 11, entre otras normas de máximo nivel jerárquico que son consideradas fundamentales para ponderar los derechos invocados por los accionantes y en relación con los Arts. 19, 20, 23, 24 y 26 de la Ley de Gestión Ambiental, con todas las normas contenidas en el Reglamento de Consulta Previa así como de ser el caso los Art.s 23 y 58 de la Ley de Contratación Pública, debiendo tenerse en cuenta tanto el principio precautorio o precautelatorio como el indubio pro natura del derecho ambiental establecidos en los Arts. 73 y numeral 4 del 395 respectivamente ambos de la Constitución Política de la República por la fragilidad y protección de los ecosistemas de Galápagos, las limitaciones en las actividades adicionales en esta región insular en los que con mayor énfasis todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas deben respetar los Derechos de la Naturaleza consagrados en el Art. 71 de la Constitución de la República, Art.s 2 numeral 7 y 61 de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, Art. 99 y 100 del Reglamento

General de Aplicación de la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos considerando además que el Art. 258 de la Constitución

Política de la República limita en la región insular de Galápagos las actividades que puedan afectar el medio ambiente, todo esto bajo un enfoque de estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado, limitación erga omnes que no admite excepciones que pongan a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de Galápagos por encima de la Ley y se extiende por igual a todas las actividades, públicas o privadas de cualquier índole. Siguiendo este razonamiento y conforme la norma constitucional, no existe vulneración alguna a la autonomía municipal cuando en Galápagos desde la Constitución, y en su Ley orgánica especial se regula y reglamenta toda actividad pública o privada, y se limita con el objetivo de que no pudiera afectar al ambiente, que con los derechos de la naturaleza y en aplicación de la totalidad del sistema normativo ambiental que rige en la Provincia de Galápagos constituidas como se encuentran sus islas en su mayor extensión por áreas nacionales protegidas y rodeadas por la Reserva Marina de Galápagos, los derechos de la naturaleza, el indubio pro natura y el principio precautelatorio son indiscutible sustento normativo para ponderar y suspender la ejecución de la obra que no cuenta con el permiso de la autoridad ambiental, acto administrativo impugnado y por no haberlo obtenido con anterioridad, el acto administrativo carece de sustento jurídico constitucional, legal y reglamentario. DOCTRINA E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL: El Estado constitucional propuesto por el neoconstitucionalismo de Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y otros autores, más allá de Norberto Bobbio, de Carlos Santiago Nino y de Hans Kelsen, se vincula con el concepto de garantía de los derechos y sus distintas manifestaciones, los derechos fundamentales que tienen los ciudadanos administrados, los órganos de tutela de los derechos y sus facultades, el acceso a la justicia, y requiere la aplicación de la tutela de derechos desde la institucionalidad, cuando esos derechos son vulnerados como ocurre en el caso sub júdice, el mecanismo de protección eficaz y rápido es precisamente la medida cautelar independiente que ha sido incorporada a nuestra Constitución, norma máxima que conceptúa al Estado como constitucional de derechos y justicia, más allá del anterior estado social, fruto concreto del nuevo paradigma social o constitucional democrático y otorga a los jueces la responsabilidad de sustanciar las acciones constitucionales entre ellas las medidas cautelares, en primera instancia, debiendo los jueces doctrinaria y debidamente formados, aplicar estos nuevos principios superando el positivismo, a lo que se debe proceder con imparcialidad y celeridad, aplicando tanto las normas como un sistema integral como criterios de proporcionalidad y ponderación, es decir concretando en cada situación fáctica un verdadero e inmediato control constitucional que es entonces ejercido por los jueces constitucionales como mecanismo o forma en que se puede concretar la democracia sustancial conforme el primero de los precitados autores, garantista, incluyente y equitativo. Este es precisamente el análisis de hermenéutica jurídica constitucional contemporánea que se realiza en la obra doctrinaria Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 85 – 105, publicada por los coordinadores Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, bajo el subtítulo Interpretación, Reglas y Principios, se concluye que “los jueces deben interpretar y aplicar todo el derecho y no solo la ley. Los jueces deben orientar sus decisiones por principios y abandonar los criterios decimonónicos de la subsunción o aplicación mecánica de la ley.” Conforme con lo antes dicho y con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a fin de resolver este tipo de causas es obligatorio para el juez constitucional, en el presente caso de primera instancia, tener en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria: a) Reglas de solución de antinomias, como en el presente caso existen contradicciones entre normas jurídicas se debe aplicar la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior; b) El principio de proporcionalidad verificando que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional; c) Ponderación, estableciendo una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada, en la que el Art. 258 de la Constitución Política y el Derecho de la Naturaleza consagrado en el Art. 71 Ibidem, son considerados fundamentales para resolver, frente a tales normas de máximo nivel jerárquico, se aprecia la existencia de vulneración de derechos constitucionales de los accionantes, frente al principio de autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, prevalecen en Galápagos los derechos constitucionales de la naturaleza, teniendo en cuenta que doctrinariamente cuanto mayor sea

el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro, y sin que necesariamente ponderar implique la aplicación de la fórmula matemática de Alexy, en esta ponderación prevalecen los derechos de la naturaleza por antonomasia siendo Galápagos Patrimonio Natural de la Humanidad y un ecosistema único en el mundo de especial importancia científica por sus características naturales; d) Interpretación evolutiva y dinámica, entendiendo las normas a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales; e) Interpretación sistemática, método según el cual las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía; f) Interpretación teleológica, por la cual las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo; g) Interpretación literal cuando el sentido de la norma es claro, se entenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación y; h) Otros métodos de interpretación, teniendo en cuenta los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia, práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. La medida cautelar acción constitucional, de conformidad con lo establecido en el Art. 86 de la Constitución de la República, como una de las acciones constitucionales que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 26 y siguientes, de manera sustancial tutela los derechos constitucionales de las personas, y tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales contra actos ilegítimos en este caso de autoridades de la administración pública, aún cuando pertenezcan al régimen seccional autónomo, los accionantes en este caso han argumentado la existencia de esta situación excepcional para solicitar se dicten medidas cautelares a favor de los derechos de la naturaleza, sin embargo, y a pesar de que la medida cautelar constitucional independiente se encuentra concebida para garantizar a los ciudadanos con agilidad, celeridad y eficacia, la protección de sus derechos vulnerados, tal como se ha establecido procesal y debidamente en esta acción constitucional, la parte accionada no ha demostrado instrumentalmente la inexistencia de la vulneración de los derechos constitucionales de la naturaleza, sino que por el contrario en la audiencia pública que obra de autos luego de retórica e inútilmente negar la existencia de la vulneración a los derechos de la naturaleza y contradiciéndose entre lo que manifiesta el Síndico Municipal y lo que luego manifiesta el Alcalde representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Municipio de Santa Cruz, reconoce expresamente su vulneración, en cuanto no han obtenido aún el permiso de la autoridad ambiental para la ejecución de la obra, ni siquiera se encuentra categorizada y menos aún definido por parte de la autoridad ambiental si requieren aprobar un Estudio de Impacto Ambiental o si simplemente se les pedirá presenten una ficha ambiental, previo a la necesaria, imprescindible y constitucional Licencia Ambiental u autorización de la Autoridad Ambiental, Ministerio de Ambiente o Parque Nacional Galápagos, lo que al momento no existe ni han podido presentar tal como el suscrito Juez con plena competencia como Juez

Constitucional de primer nivel, les ordenó presenten en la audiencia pública y nunca presentaron.- Previo a resolver se considera fundamental el acuerdo conciliatorio al que han arribado las partes, en el que finalmente y de manera conjunta tanto los accionantes como el representante legal de la parte accionada piden que el suscrito Juez modifique la medida cautelar, y textualmente en el acuerdo extrajudicial presentado, que se ordena incorporar al proceso como parte integrante del acta de la continuación de la audiencia pública de 27 de junio de 2012, a la letra manifiestan: “una vez que se obtenga la licencia ambiental para la ejecución de la obra, se proceda a la construcción de la obra, respetando el tiempo de inicio que no podrá ser antes del primero de septiembre del dos mil doce, para garantizar a los accionantes y usuarios que no se afectará la temporada alta de turismo que inicia en julio y termina en agosto de cada año”. Acuerdo conciliatorio al que han arribado las partes procesales y que el suscrito Juez se encuentra obligado a tener en cuenta en el presente auto resolutorio, sin embargo de ello es fundamental también a criterio del suscrito Juez profundizar un tanto más en la ponderación entre los derechos de la naturaleza y la autonomía municipal en Galápagos. La Constitución tiene una extensa lista de derechos (desde el Art. 12 al Art. 82) que abarcan varias generaciones, que garantizan normativamente o en forma primaria, tal como lo prescribe el Art. 84 de la Constitución de la República los derechos fundamentales, éste es el enunciado más expresivo que diseña el estado del Ecuador como garantista,

pues reconoce que existe derecho sobre el derecho, tanto formal como material, que lo constituye el conjunto de derechos fundamentales y que son expresión jurídica de los valores centrales de la persona.

Todos estos derechos fundamentales tienen una identidad esencial que se encuentra en su reconocimiento constitucional, sus titulares son todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y, como tales, gozarán de estos derechos y se hace referencia a los derechos de la naturaleza cuando textualmente dice: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, derechos de la naturaleza que, por otra parte son consagrados en el Art.71 de la Constitución, y que en Galápagos conforme el Régimen Especial establecido en el Art. 242 el derecho de la naturaleza se traduce en la imposición de limitaciones erga omnes en este caso limitaciones de todo tipo de actividad privada o pública, tal como reconoce además los diferentes tratados internacionales que conforman el Derecho Ambiental, como por ejemplo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo reunida en Río de Janeiro del 3 al 4 de junio de 1992, Protocolo de Río de Janeiro, donde se estableció el principio precautorio o precautelatorio en su Principio 15 que a la letra dice: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” recogido posteriormente en el numeral 7 del Art. 2 de la LOREG y en su Art. 73 (glosario de términos) “El principio precautelatorio se aplica cuando es necesario tomar una decisión u optar entre alternativas en una situación en que la información técnica es insuficiente o existe un nivel significativo de duda en las conclusiones del análisis técnico. En tales casos el principio precautelatorio requiere que se tome la decisión que tiene el mínimo riesgo de causar, directa o indirectamente, daño al ecosistema.” y con el indubio pro natura en los Art.s 395 numeral 4 y 396 de la Constitución ecuatoriana que dice: “En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas de protección eficaces y oportunas.”. Se enuncia en la norma la universalidad de los derechos fundamentales, la misma que abarca a todas las personas que se encuentra bajo la vinculación de esa Constitución, lo que nos permite la identificación dogmática de los mismos, pues forman parte del propio lenguaje jurídico-positivo de la nuestra, entendiendo por dogmática ese saber al servicio, tan solo, de la construcción e interpretación de un concreto ordenamiento jurídico. La eficacia directa del derecho fundamental debe entenderse como la precedencia lógica de este a la actuación del legislador. Lo dicho es de toda evidencia y surge del propio texto constitucional (Art. 11#3 CR) cuando prescribe que los derechos serán de directa e inmediata aplicación; sin embargo su ejercicio estará condicionado a los requisitos que establezcan la Constitución o la ley, sin olvidar que los derechos fundamentales y sus contenidos esenciales no entran dentro de lo que es decidible por el legislador (Art. 11#4). No se trata, la eficacia directa, de una aplicación ajena al orden de la legalidad imperante ni tampoco excluye la que se desarrolle después de su vigencia. Lo que se afirma es que el derecho fundamental, en este caso el derecho de la naturaleza, es básicamente un derecho de rango constitucional y que, por su superioridad jerárquica, vincula directamente a todos, sean estas entidades públicas o personas privadas y de entre las públicas no cabe ni se puede excepcionar a las entidades públicas autónomas descentralizadas por cuanto las mismas se encuentran sujetas a lo que ordena la Constitución y a los referidos derechos fundamentales, entre ellos el derecho fundamental de la naturaleza conocido como derecho colectivo o de tercera generación. Ese es el valor de la Constitución como norma y eso es lo que prescribe el Art. 426 de la nuestra: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”. La Constitución expresa su voluntad que los derechos sean tomados como situaciones jurídicas creadas directamente por ella misma y como normas deben ser de eficacia y aplicación inmediata. La primera consecuencia que sobreviene a que los principios, que enuncian los derechos, sean directamente aplicables es que, siendo normas anteriores y superiores a la ley y demás normas, no pueden ser restringidos ni por el legislador ni por autoridad pública alguna en razón de sus facultades de reglamentación o resolución, hasta el extremo de desfigurar su esencial contenido, pues, las leyes, reglamentos, o resoluciones expedidas en este efecto serían inconstitucionales (Art. 11#4 CR). Por otro parte, el efecto de inconstitucionalidad de la variación sustancial del contenido esencial de los derechos, su desfiguración por parte de cualquier autoridad con las facultades previamente indicadas, implica afirmar que tales principios enunciativos de los derechos anteriores y superiores en rango a cualquier otro acto normativo. Es fundamental además recalcar, una vez más lo que nos dispone el numeral 8 del Art. 11 de la

Constitución de la República, en cuanto al contenido de los derechos, entre ellos los derechos de la naturaleza, que se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia como por ejemplo entre ella la del juicio 11121-2011-0010 de la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja de fecha 30 de marzo de 2011 pionera en reconocer los derechos de la naturaleza en un caso concreto y precisamente contra una entidad de gobierno autónomo descentralizado, los derechos de la naturaleza y sin dejar de señalar la importancia adicional que tiene en esta resolución el fallo publicado en el RO S de 30 de enero de 2012 Sentencia No.052-11-SEP-CC Caso No. 0502-11-EP de la Corte Constitucional para el Período de Transición en cuanto con magistral categoría constitucional analiza doctrinariamente la procedencia de las medidas cautelares, fallo a la luz del cual la presente medida cautelar dictada en el auto inicial y con la modificación constante en el presente auto resolutorio, constitucionalmente procedente; y las políticas públicas que en Galápagos necesariamente deben contemplar el aspecto ambiental, sin embargo el suscrito juzgador, en este caso, debe también puntualizar que si bien es cierto el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD en el literal b) del Art. 6 literal b textualmente manifiesta: “Art. 6. Garantía de autonomía.- Ninguna función del estado, ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República .- Literal b) Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizado.”, precisamente porque por encima del COOTAD está la Constitución Política de la República que en el Art. 86 y siguientes faculta al Juez Constitucional de primer nivel, es decir en el presente caso al suscrito Juez Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos, suspender cualquier acto administrativo o sus efectos, en caso de acciones de protección constitucional o de medidas cautelares, sean procesos de contratación pública inclusive, por cuanto tampoco la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra por encima de la Constitución y más aún si como ocurre en la especie se trata de evitar la amenaza o la violación del derecho de la naturaleza reconocido en la Constitución Política de la República, y tanto más aún como si fuera necesario o posible, si se trata de Galápagos y su Reserva Marina, y esto ocurre porque la jerarquía de la norma constitucional es más alta que la contenida en el COOTAD enunciada por la defensa del Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Cruz que de ninguna manera hace intocable a acto administrativo alguno emanado por el referido GAD, y se pondera al derecho de la naturaleza por encima de la autonomía municipal que establece el Art. 238 de la misma Constitución, entidad pública que en adelante deberá en consecuencia tener muy en cuenta que en Galápagos más aún, los derechos constitucionales ambientales y de la naturaleza son fundamentales y de observación obligatoria para el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santa Cruz porque su esencialidad es intangible a la actuación de las autoridades públicas que no pueden restringirla, desfigurarla o desconocerla, so pena de la inconstitucionalidad de la norma o acto administrativo que lo pretenda, el derecho fundamental de la naturaleza ha sido vulnerado por el acto administrativo impugnado, recordando a la parte accionada además que en derecho ambiental se revierte la carga de la prueba, es decir que es en este caso la entidad pública la que debe probar que la actividad no es contaminante, no el accionante que invoca el derecho de la naturaleza, y así expresamente lo determina el numeral 1 del Art. 397 de la Carta Magna. En este caso particular es jurídica y constitucionalmente inconcebible que la entidad pública accionada pretenda ejecutar una obra pública sin la autorización de la autoridad ambiental, contrario a lo que la misma Carta Magna limita erga omnes más aún en el Régimen Especial de Galápagos, ponderación con la que se supera cualquier posible colisión de derechos constitucionales entre el Art. 238 y el Art. 71 y/o 258 de la Constitución de la República (CR), esto es precisamente la limitación de toda actividad pública o privada que pudiera afectar al ecosistema insular de éste Patrimonio Natural de la Humanidad, que es constitucionalmente sujeto de derechos, sin que sean limitaciones que surjan de reglamentos, actos o resoluciones administrativas, recordando siempre que las normas constitucionales deben interpretarse en la integralidad de un sistema. (Art. 427 CR) sin que sea necesario traer a esta argumentación las normas complementarias: (leyes Art.132 y su jerarquía conforme la pirámide de Kelsen Art. 133 CR) para ponderar la aplicable, por ser expreso y claro el tantas veces referido contenido del Art. 258 de la Carta Magna, y Art. 71 Ibidem que cabe analizar, se aplican erga omnes, esto es tiene como eje fundamental la idea de igualdad ante la Ley, que supone siempre tomar en cuenta dos conceptos relacionados con ella: la diferenciación y la discriminación, siendo el derecho de la naturaleza de tipo fundamental y la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados simplemente una norma operativa constitucional, la fundamental está por encima de la operativa, por lógica elemental. El primero debido a que, en muchos casos, el derecho a la igualdad

sólo se logra mediante el trato diferente o desigual, por lo que, varios autores consideran pertinente hablar de “la igualdad como diferenciación”, Es decir, muchas veces se debe establecer una diferencia jurídica para equilibrar una diferencia fáctica, ya que la igualdad no es un hecho de la realidad, pues no somos iguales por pertenecer a la especie humana, sino que precisamente eso nos hace diversos por lo cual “la igualdad debe ser vista como un objetivo y no como un hecho real y concreto”. Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquéllos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Según lo explica García de Enterría, al decir que se trata de principios se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no solo lógico. Son generales, por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos; lo general es lo propio del mundo jurídico. Pero son finalmente del Derecho, esto es, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales. Si en todos los campos del Derecho el papel de los principios generales es cardinal, ello es especialmente cierto en el Derecho Administrativo. Hay razones específicas para asignar necesariamente un valor más relevante que en otros sectores a la técnica de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo, una de dichas razones es la existencia de las conocidas “Leyes medidas”, dentro del ámbito Administrativo. Dichas normas han dejado de ser un precepto orientado a definir una justicia abstracta para convertirse en una voluntad ordenada a un fin político concreto. Las normas han dejado de ser en buena parte expresión de un sistema de relaciones justas para convertirse en meros instrumentos de políticas concretas y cambiantes, lo cual genera un problema de justicia. La Justicia no es un valor de lujo del que se puede prescindir, más o menos, ocasionalmente; es un criterio ineludible para el funcionamiento de la vida social (ubi societas, ibi ius). En fin, la posición jurídica de la Administración Pública está en buena parte construida sobre las llamadas potestades discrecionales, que suponen en alguna medida una libertad respecto de la Ley. También el sistema de los principios generales se hace inevitable para que esa libertad no se traduzca en arbitrariedad pura y simple, claramente el Art. 71 y 258 de la Carta de Montecristi impone por igual limitaciones a las actividades públicas o privadas sin discriminar entre entidades públicas autónomas descentralizadas o centrales, sucede precisamente en el caso sub júdice, sin que antes se lo autorice, para lo que se requiere categorizar la obra y el lugar en que va a realizarse, a fin de que luego se defina si la entidad pública autónoma descentralizada requiere el correspondiente estudio de impacto o si va a existir una afectación ambiental, ante el riesgo de que contaminándolo se perjudique el delicado equilibrio del ecosistema marino adyacente a lo largo de toda la avenida Charles Darwin. Toda la normativa referida se debe interpretar y aplicar en su conjunto, tal como determina el neoconstitucionalismo al que se deben añadir los criterios de los juristas ecuatorianos Ramiro Ávila Santamaría, Santiago Andrade Ubidia, entre otros y los de los juristas extranjeros Alessandro Pizzorusso, Roberto Gargarella, además de los antes citados. Por todas las consideraciones expuestas, el suscrito Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos resuelve ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA confirma otorgar la medida cautelar a favor de los accionantes, con la siguiente modificación: se ordena la suspensión provisional del proceso de ejecución de la obra de construcción y regeneración de la Avenida Charles Darwin, tramo comprendido entre las calles Charles Binford y Avenida Baltra, en esta ciudad de Puerto Ayora, con fecha 4 de junio de 2012, llevado a cabo por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Cruz, hasta que sea debidamente socializado el proyecto y autorizada por la autoridad ambiental la correspondiente licencia ambiental que exige la legislación vigente, obra que no podrá ejecutarse sin este requisito legal, a lo que de ser necesario se procederá con el auxilio de la fuerza pública y respetando el tiempo de inicio acordado entre la accionada y los accionantes que no podrá ser antes del primero de septiembre del dos mil doce, para garantizar a los accionantes y usuarios que para su ejecución no se afectará la temporada alta de turismo que inicia en julio y termina en agosto de cada año, teniendo en cuenta los derechos de la naturaleza contemplados en el Art. 71 de la Constitución, así como las limitaciones a las actividades tanto públicas como privadas que establece expresamente el Art. 258 de la Constitución Política de la República, en atención al principio precautelatorio e indubio pro natura del derecho ambiental constitucional ecuatoriano, y aclarando que en todos los casos prevalecen sobre el Art. 238 que hace referencia a la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados de la provincia de Galápagos, por ser esta en su mayoría Área Protegida Parque Nacional Galápagos y Reserva Marina de Galápagos, Patrimonio Natural de la Humanidad, Reserva de Biosfera entre otras relevantes categorías ambientales de primer orden nacional y mundial, que conforme con el segundo inciso del Art. 242 de la

misma Carta Magna otorga a Galápagos la calidad de régimen especial, por ser un ecosistema único en el mundo, de especial interés para la conservación y la ciencia, no solamente del país sino de la humanidad misma. - Ejecutoriada que se encuentre esta resolución, remítase copia certificada a la Corte Constitucional para efectos de su selección por su relevancia constitucional conforme el Art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y archívese el expediente.- La actuaria del despacho Secretaria (e) doctora Gioconda Barrera Burgos deberá dar cabal cumplimiento a lo establecido en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil y sentará la respectiva razón de su acatamiento así como de su ejecutoria previo a remitir mediante oficio lo antes dispuesto a la Corte Constitucional en la ciudad de Quito, República del Ecuador. - Notifíquese.-

Dr. Benjamín Pineda Cordero

Juez Temporal Segundo de lo Civil y Mercantil de Galápagos

Lo certifico . –

Sentencia Primera Instancia Acción de Protección PROYECTO CÓNDOR-MIRADOR

**No. Causa:** 2013-0038

**Judicatura:** JUZGADO VIGESIMO QUINTO DE LO CIVIL

**Acción/Delito:** ACCION DE PROTECCION

**Actor/Ofendido:** ALMEIDA ALBUJA NELY ALEXANDRA - PRESIDENTA DE LA CORPORACION ACCION ECOLOGICA  
ARCENTALES CHAMBA JOSE EFRAIN  
ARPI BERMEO ABEL MARCELINO  
BALAREZO LEON PABLO MAURICIO - DIRECTOR EJECUTIVO DE LA FUNDACION PACHAMAMA  
CHOLANGO TIPANLUISA MANUEL HUMBERTO - PRESIDENTE DE LA CONAIE  
CORDERO HEREDIA DAVID ALBERTO - PRESIDENTE DE LA FUNDACION INREDH  
GREENE LOPEZ NATALIA ANDREA - APODERADA DE LA COORDINACION ECUATORIANA DE ORGANIZACIONES PARA LA DEFENSA DE LA NATURALEZA Y MEDIO AMBIENTE  
ITJIAT YUU ANGEL SERGIO  
KAYAP SHARUP LUIS MARTIN  
MONGE YODER HERMANA ELSIE - DIRECTORA EJECUTIVA DE LA COMISION ECUMENICA DE DERECHOS HUMANOS  
TENESACA CAGUANA JOSE DELFIN - PRESIDENTE DE ECUARUNARI  
TENTDENTZA ANTUN JOSE ISIDRO  
VITERI GUALINGA FRANCO TULIO - PRESIDENTE DE CONFENIAE

**Demandado/Imputado:** ECUACORRIENTE S.A.  
MELINA EUGENIA MOREANO VENEGAS  
MINISTERIO DE RECURSOS NATURALES  
MINISTERIO DEL AMBIENTE  
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO  
ALFREDO NARVAEZ

2013-03-18

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

VISTOS: Agréguese al proceso los escritos y documentación precedente. Abel Marcelino Arpi Bermeo, José Isidro Tentdentza Antún, José Efraín Arcentales Chamba, Luis Martín Kayap Sharup, Ángel Sergio Itjiat Yuu, por sus propios derechos; Manuel Humberto Cholango Tipanluisa, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, (CONAIE); José Delfin Tenesaca Caguana, en su calidad de Presidente de la Confederación de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, (ECUARUNARI); Franco Tulio Viteri Gualinga, Presidente de la Confederación de las Nacionalidades Amazónicas del Ecuador (CONFENIAE); Elsie Monge Yoder, Directora Ejecutiva de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos; Nely Alexandra Almeida Albuja, en su calidad de Presidenta de la Corporación Acción Ecológica; Pablo Mauricio Balarezo León, Director Ejecutivo de la Fundación Pachamama; Natalia Andrea Greene López, Apoderada de la Coordinación Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Medio Ambiente (CEDENMA); María Belén Páez Cano y Pablo Balarezo, en representación de la Fundación Pachamama; David Alberto Cordero Heredia, en su calidad de Presidente de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), por sus propios derechos y por los que representan en defensa de los derechos de la naturaleza, comparecen con acción de protección para amparar la vulneración de derechos que constituye el Proyecto Minero a Cielo Abierto “Mirador”, fundamentados en cumplimiento de los deberes y responsabilidades que asumen como ecuatorianas y ecuatorianos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, de los derechos humanos y en la lucha por su cumplimiento (CE, art. 83. 5 -7) y manifiestan: Que el Juzgado de Primera Instancia de esta Provincia de Pichincha, es competente para conocer esta causa en relación al Proyecto Minero Mirador, sustentado por el contrato de explotación minera, firmado entre el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y Ecuacorriente S.A., en la ciudad de Quito, así como la Licencia Ambiental Res. No. 256 emitida por el Ministerio del Ambiente en esta ciudad de Quito. Que el Proyecto Minero a Cielo Abierto en el sector conocido como “Mirador”, se halla ubicado en la parroquia de Tundayme, cantón el Pangui, en la provincia de Zamora Chinchipe “Proyecto Minero Mirador o Proyecto Minero”, Proyecto que es el resultado de una serie de programas de exploración que se llevaron a efecto por distintas empresas a partir de los años 90. Indican que el año 2010 Ecuacorriente S.A., (ECSA), se convierte en titular de once concesiones en la Provincia de Zamora Chinchipe que abarca más territorio que el Proyecto Minero Mirador, por el que se fundamenta la presente causa. Que el 24 de febrero del 2012 el Ministerio del Ambiente a través de la Resolución No. 256, aprueba el estudio de Impacto Ambiental para la fase de explotación de minerales metálicos del Proyecto Minero Mirador, otorgándole licencia ambiental a Ecuacorriente S.A., para la fase de explotación de minerales metálicos. Que el estudio de Impacto Ambiental en referencia, fue presentado por ECSA a través de los consultores Walsh Environmental Scientists and Engineers (WALSH) el cual se compone de dos documentos, el uno presentado el 26 de noviembre de 2010 al que se le denominará “EIA 2010”; y, el otro documento en que constan las respuestas a las observaciones realizadas por el Ministerio del Ambiente, de fecha 24 de mayo del 2011, que se denominará “EIA 2011”. Que en la Licencia Ambiental para la fase de explotación, el Ministerio del Ambiente determina que Ecuacorriente S.A., deberá presentar un informe final de análisis de alternativas, durante las actividades de la fase de explotación, deberá realizar estudios necesarios para determinar el alcance del efecto de borde sobre la flora y fauna del sector, en convenio con Universidades o Institutos de Investigación, incluir dentro del plan de rescate de flora y fauna a las especies de aves y mamíferos endémicas bajo alguna categoría de amenaza, utilizando mayor número de cámaras, trampas, para el monitoreo de meso y macromamíferos del área de manera ideal permanentes, sin embargo, vista la importancia en la prevención de impactos adversos en la flora y fauna, la Licencia Ambiental no determina el plazo para la presentación de dichos informes. Indican que el 5 de marzo del 2012, el estado ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en la ciudad de Quito, suscribe el contrato de explotación minera con Ecuacorriente respecto al Proyecto Minero Mirador, contrato que confiere a la mencionada Empresa el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de concesión, a pesar de que solo cuenta con una Licencia Ambiental para Explotación. Que el mencionado contrato le confiere además a Ecuacorriente el derecho de construir e instalar plantas de beneficio, fundición y

refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, planta de generación de hidroeléctrica, sistemas de autogestión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales muelles, puertos marítimos y fluviales y realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones, sin que en la Licencia Ambiental conferida por el MAE ni del EIA realizado por WALSH determinan los impactos ambientales y sociales de estas actividades. Expresan que el plazo del contrato es por sesenta años que puede ser extendido, y el Estado ecuatoriano en razón del estudio de factibilidad y el plan general de trabajo e inversiones, acordado por las partes, firma el contrato de explotación minera por un plazo de treinta años y garantiza su renovación por el mismo período adicional. Que para ejecutar las operaciones mineras de Mirador 1, el contrato concede un área de 2895 hectáreas, además de que fuera de Mirador 1, ECSA podrá realizar actividades relacionadas en un área de 2815 hectáreas, concediendo por último el contrato un área adicional de 510 hectáreas denominada “Área de Protección”. Que el contrato de Explotación Minera junto con la Licencia Ambiental autorizan que ECSA en el Proyecto Minero Mirador realice un tajo de 1.25 Km de profundidad, lo que generaría la mina en 17 años, 144 millones de toneladas de desechos de roca, causando como áreas de impacto social del mencionado Proyecto Minero, a 8 centros poblados como son: El Quimi, Machinaza Alto, San Marcos, Las Maravillas, Tundayme, Etsa (Shuar) y Churuvía (Shuar), valle del Quimi, en las parroquias del Pangui y Bomboiza, y como áreas de impacto indirecto se han establecido 10 centros poblados: parroquia el Pangui, Certero, Chuchumbeta, La Palmira, Paquintza, Pangui, San Andrés, Santa Cruz, Santiago Pati, Remolino 1 y Remolino 2. Que el área de estudio del Proyecto Minero Mirador se encuentra en la cordillera del Cóndor, una formación montañosa aislada de la cadena oriental de los Andes, en un bosque siempre verde, clasificado como un bosque húmedo tropical, donde se halla un ecosistema frágil que posee una alta biodiversidad de especies faunísticas, según afirma Walsh, y que según conservación internacional en los años 90 priorizó a esta cordillera como un área entre las primeras de acuerdo a su potencial importancia para la conservación de la biodiversidad. De los estudios realizados por Walsh en el año 2010, reconoce que la cordillera del Cóndor tiene con certeza una de las concentraciones más altas de especies de plantas vasculares aún desconocidas científicamente, estimando que la flora de la cordillera del Cóndor excede las 4.000 especies de esta clase de plantas y que según el estudio se registró 6 especies vegetales endémicas concluyendo que el bosque del área está en un buen estado de conservación, contando con una diversidad alta y recomienda desarrollar un programa verdadero de restauración que se aplique al área de intervención que debe estar inmerso de un plan de monitoreo, y que ECSA al momento de realizar la remoción de la cobertura vegetal en la explotación minera de cielo abierto debe contemplar un equipo botánico para rescatar y coleccionar las especies que son desbrozadas. En cuanto a la fauna esta cordillera alberga una alta diversidad biológica de reconocida importancia local y global, que constituye el hábitat de especies endémicas y amenazadas del Ecuador y Perú, pues en el año 2000 el Ministerio del Ambiente ya determina que la cordillera del Cóndor no solo presenta una alta riqueza de especies, sino que tiene índices de endemismo bien significativos, constata con respecto a los anfibios y reptiles que existe una fuerte tendencia a la extinción y que sería catastrófico ya que, existen especies que son únicas, y que por esta razón, el Ministerio del Ambiente ha recomendado iniciar un programa de monitoreo de especies de anfibios que son desconocidos para la ciencia; y, que de haber explotación aurífera se recomienda extrema protección de los afluentes menores, ya que allí se producen muchas especies de anfibios. En síntesis Walsh confiesa que ante el registro de estas especies no se han establecido programas adecuados de manejo y rescate de fauna para iniciar la operación del proyecto minero. Se indica que respecto de los ecosistemas de agua dulce la mencionada empresa determina que es de gran importancia debido a la existencia de una inmensa red hidrográfica que podría verse afectada por la actividad minera en especial la artesanal, que albergan a una gran diversidad acuática que todavía no ha sido investigada y que su conservación ayudará a mantener la calidad y cantidad de agua que es de vital importancia para todos los procesos biológicos y socio económicos de la zona. Que entratándose de minería industrial o de gran escala, de cielo abierto, esto produce impactos directos, en la eliminación de la vegetación y la capa superior del suelo, ya que se dinamita la roca, se remueve todo el material hasta llegar al yacimiento, produciendo la contaminación a los suelos y agua, ruido y contaminación del aire, eliminación de cobertura vegetal, eliminación del bosque en un área de al menos de 2000 hectáreas, siendo también otro impacto directo el transporte de material y las vías de comunicación que se requiere. Que en lo referente a los impactos del Proyecto Minero Mirador en el agua, es que en las operaciones de minería a cielo abierto, el tratamiento de agua es fundamental, debido a que uno de los

principales impactos adversos, es la contaminación por drenaje ácido de mina, pues la organización Environmental Law Alliance Worldwide, explica que el drenaje ácido de mina ocurre cuando materiales de la mina como desechos de roca, son excavados y expuestos a oxígeno y agua, se acidifican si hay abundancia de minerales de hierro sulfúrico, especialmente roca pirita, si hay insuficiente cantidad de material neutralizante para contrarrestar la acidificación. Que el gobierno de la República del Perú también considera que el drenaje ácido de mina es la responsabilidad ambiental y económica más grande que actualmente afronta la industria minera, explicando que el desarrollo del drenaje ácido puede tomar años o décadas y pueden continuar siglos, siendo improbable que plantas, animales y peces sobrevivan en ríos contaminados; de tal manera que, Walsh señala que el tratamiento del agua debe ser modificado según sus necesidades para mantener la cantidad del agua y que para el tratamiento del agua, explica que se utilizaran piscinas de relave en el río Quimi; y, que por último el Ministerio del Ambiente observa que el Plan operativo anual respecto a la mitigación de drenaje ácido de roca, deberá ampliarse y detallar el método más adecuado para mitigar este impacto, respondiendo Walsh a esto que se realizará de acuerdo a lo acordado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos. Que E-Tech International explica que ya no se utiliza más por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, porque es demasiado antiguo, pues señala que dicha Agencia está en proceso de renovación y que si bien Walsh identifica material potencialmente generador de ácido para la fase de explotación, deben incluirse los resultados del estudio de impacto ambiental para la fase de beneficio, que incluye la utilización de relaves. Sin embargo se manifiesta que este estudio de impacto ambiental para la fase de beneficio no ha sido sometido a conocimiento del Ministerio del Ambiente y no consta en la aprobación de la Licencia Ambiental para el Proyecto Minero Mirador, y a pesar de ello el contrato de explotación se confiere a Ecuacorriente S.A., a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el Área de Concesión. Fundamentos De Derecho.- Se indica que la Constitución de la República del Ecuador, en el preámbulo señala que se ha decidido construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay. Que el Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: “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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. 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”. Que en esta línea la Constitución señala la obligación del Estado de aplicar 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. Los derechos de la naturaleza no pueden ser restringidos por ninguna norma jurídica, ya que deben desarrollarse de manera progresiva pues, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuando exista certidumbre de daño, de tal manera que la Constitución prohíbe la extracción de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Se manifiesta que el Art. 407 prescribe de manera excepcional que los recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional. Se indica que la Corte Constitucional Ecuatoriana ha resuelto que el respeto y protección de los derechos de la naturaleza y los derechos humanos de salud y de gozar de un ambiente sano son aspectos de fondo que involucran a la sociedad entera; pues de uno de sus elementos, el agua, depende la coexistencia de la vida, no solo la humana sino del resto de las especies vivas, siendo un imperativo precautelarse el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, enfatizando que la garantía de protección a la naturaleza goza del principio de autonomía, es decir la naturaleza debe ser considerada en su integralidad de manera holística como un fin (activo) y no como un medio o cosa (pasivo), al que irremediamente se le respete su propio comportamiento, caso contrario se omitiría la vigencia de sus derechos y su tutela efectiva, para dicho fin la Corte Interamericana determina que se invoca el principio in dubio pro natura que entraña tanto la prevención como la precaución y la recuperación integral respecto de los efectos causados por una actividad humana. Se expresa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que se viola el deber de respetar cuando un Órgano, un funcionario, una Entidad Pública o una persona que actúa prevalida de poderes que ostentan por su carácter oficial,

participa o autoriza con actos u omisiones que repercutan en el goce de los derechos protegidos, explicando que el Estado debe adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar la vida; así, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa en contra del Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la vida, por considerar que al no haber garantizado el derecho a la propiedad comunitaria, el Estado los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el Ecuador es responsable de haber puesto la vida e integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku cuando se demostró que el Estado, adoptó acciones encaminadas a no precautelar la vida, al firmar un contrato de exploración y explotación petrolera que implicó el desbroce de senderos, la siembra de cerca de 1400 kg de explosivo pentolita, un convenio de cooperación militar con las empresas petroleras para garantizar la operación de sus actividad, entre otros. Que al ser el Proyecto Minero Mirador una minería industrial a cielo abierto eliminará toda la vegetación y la capa superior del suelo, es decir, eliminará el bosque húmedo tropical de la cordillera del Cóndor que se encuentra en buen estado de conservación, eliminando 4000 especies de plantas vasculares que contiene probablemente la mayor riqueza de América del Sur, se provocará la remoción total de los hábitats de especies de anfibios y reptiles endémicos en peligro de extinción, en un área de 6220 has en la estribaciones del Bosque Protector de la Cordillera del Cóndor, es decir que, para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona. Que el Art. 73 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe la aplicación de medidas de precaución y restricción a actividades que pueden conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de ciclos naturales. Así mismo se indica que el Estado ecuatoriano incumple el compromiso constitucional de conservar la biodiversidad, de adoptar medidas oportunas que eviten los impactos ambientales cuando hay certidumbre de daño y de conservar y usar de manera sustentable los ecosistemas frágiles y amenazados, como lo es el Bosque Tropical de la Cordillera del Cóndor, en contradicción con los artículos 396 y 406 de la Carta Magna. Se enumera en adelante varias disposiciones constitucionales que hacen mención a la preservación de la naturaleza, principalmente relacionadas a la protección al Bosque Tropical de la cordillera del Cóndor. En cuanto a la violación del derecho al agua y al derecho a una vida digna, los demandantes manifiestan que la Constitución de la República del Ecuador, reconoce que es un derecho humano fundamental, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, constituyendo patrimonio nacional estratégico de uso público, conforme establece el Art. 12 de la Constitución y el Art. 318 que reconoce que el agua es vital, tanto para la existencia de la naturaleza como para la existencia de los seres humanos. Al respecto también se hace alusión a las disposiciones constitucionales de los Arts. 15, 66.2, 276, 282, 413; de esta manera se evidencia que el derecho al agua goza de una esencial protección tanto a nivel constitucional, como a nivel internacional, por ser una precondition para la vida. Expresa que Walsh en el estudio de impacto ambiental del Proyecto Minero Mirador se insertarán contaminantes altamente tóxicos que afectan la calidad del agua, y entre estos se puede mencionar metales pesados que de por sí eliminan plantas, peces y animales que viven del uso del agua, estos contaminantes altamente tóxicos ingresan en la cadena trófica del ecosistema y pese a que el ser humano es parte de esta cadena el estudio de Walsh no identifica cuáles son los usos de los ríos Tundayme, Wawayme y Quimi, de las poblaciones directa e indirectamente afectadas por esta posible contaminación, sin que se cuente con un plan de remediación para los impactos en la salud que se producirán por efectos de esta contaminación denominada “drenaje ácido de mina”, sin embargo, de esto, se ha firmado el contrato de explotación minera, avalado por el Ministerio del Ambiente, que aprueba esta situación al resolver la Licencia Ambiental a favor de ECSA. Pretensión Jurídica. Con los antecedentes expuestos y fundamentados en los Arts. 71, 73, 66.2 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador y del Art. 41 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional los requirentes solicitan admitir la procedencia de la presente acción y que se declare al Proyecto Minero Mirador como un acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera que firma el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con ECSA y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que, son actos estatales que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y el derecho a una vida digna. Solicitan medidas cautelares de acuerdo al Art. 10, numeral 7 y al Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como son: a) Ordenar a Ecuacorriente S.A., la suspensión del

Proyecto Minero Mirador; b) Disponer la realización de un estudio de impacto ambiental alterno, que de manera específica amplíe información sobre los impactos de drenaje ácido de mina del Proyecto Minero Mirador en el ecosistema de la Cordillera del Cóndor y en las personas respecto a los usos actuales que tienen los ríos Tundayme, Wawayme y Quimi, este estudio de impacto ambiental alterno debe ser realizado por peritos imparciales y de alto reconocimiento, sin financiamiento de Ecuacorriente o de los Ministerios demandados y bajo la supervisión de la Fiscalía General del Estado. La presente acción está dirigida en contra del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, representada por el Ministro Wilson Pastor, en contra del Ministerio del Ambiente, representada por su Ministra Marcela Lorena Tapia, y en contra de Ecuacorriente S.A., representada por el señor Li Dongqing, en su calidad de Apoderado General, se adjuntan documentos; y, declaran bajo juramento que no han planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, en contra de las mismas personas por la misma pretensión. La competencia de esta causa se ha radicado en esta Judicatura mediante sorteo de Ley, asimismo la legitimación activa se encuentra justificada conforme lo previsto en el Art. 71 de la Constitución de la República y Art. 9 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Aceptada a trámite la acción, por cuanto dos de los legitimados pasivos son instituciones públicas, se ha dispuesto contar con el señor Procurador General del Estado, conforme lo dispone el Art. 3 en concordancia con el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Una vez que se ha notificado a los legitimados pasivos Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, Ministerio del Ambiente y Ecuacorriente S.A., así como al Procurador General del Estado, se ha efectuado la audiencia pública prevista en el Art. 86 numeral 3 de la Carta Magna y Art. 14 de la Ley de la materia, conforme se aprecia de fojas 1604 a 1613 del proceso; en dicha audiencia se ha verificado la comparecencia del abogado José Antonio Colorado Lovato, con oferta de poder y ratificación del Ministerio del Ambiente, Manuel Humberto Cholango Tipanluisa, Nely Alexandra Almeida Albuja, acompañados de su defensor Dr. Hernán Bolívar Beltrán Gutiérrez, Ángel Sergio Itijiat Yuu, con su abogado defensor, Dra. Silvana Rivadeneira Arcos; y, los abogados Verónica María Yuquilema Yupangui, Mario Efraín Melo Cevallos, Juan Gabriel Auz Vaca, y Wilson David Ordoñez Narváez, con oferta de poder o ratificación de los señores: José Efraín Arcentales Chamba, Abel Marcelino Arpi Bermeo, Pablo Mauricio Balarezo León, Director Ejecutivo de la Fundación Pachamama, David Alberto Cordero Heredia, Presidente de la Fundación INREDH, Natalia Andrea Greene López, apoderada de la Coordinación Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Medio Ambiente, Luis Martín Kayap Sharup, Elsie Monge Yoder Hoper, Directora Ejecutiva de la Comisión Ecuaménica de Derechos Humanos, José Delfín Tenesaca Caguana, Presidente de ECUARUNARI, José Isidro Tentdentza Antun, Franco Tulio Viteri Gualinga, Presidente de CONFENIAE, Dr., ofreciendo poder o ratificación de los señores José Efraín Arcentales Chamba; el abogado Luis Alberto Silva Soria, ofreciendo poder o ratificación del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables; abogado Jaime Fernando Galán, en calidad de abogado patrocinador de Ecuacorriente S.A., el Ing. Geólogo Raúl Enrique Brito Morales; y, la abogada María Cecilia Delgado Alcívar, ofreciendo poder o ratificación de la Procuraduría General del Estado. Los comparecientes hacen sus exposiciones en derecho, las mismas que son transcritas en el acta respectiva, en la que se procede a agregar la documentación presentada en la diligencia y se concede el término de 5 días para que los profesionales en derecho legitimen sus intervenciones a nombre de sus defendidos, y presenten las pruebas de descargo. Legitimadas que han sido las intervenciones de los abogados patrocinadores y defensores, por sus intervenciones realizadas en la audiencia pública, encontrándose la causa al estado de resolver, se considera: PRIMERO. A la presente causa se la ha dado el trámite previsto en el Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador y Arts. 12, 13, 39, 40 y demás pertinentes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que se declara su validez. SEGUNDO. Los recurrentes declaran bajo juramento que no han planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones en contra de las personas que han sido demandadas en esta pretensión. TERCERO. El Art. 88 de nuestra Carta Fundamental, señala que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas, cuando supongan la privación de goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave; si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o por concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. CUARTO. Los demandantes fundamentados en el Art. 41 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en

los Arts. 71, 73, 66.2 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador, solicitan que se declare al Proyecto Minero Mirador como tal, como acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera firmado por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con la empresa Ecuacorriente S.A. ECSA, y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que son actos estatales que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua, y el derecho a una vida digna; solicitando además medidas cautelares; al respecto cabe realizar el siguiente análisis: a) A fojas. 484 consta copia certificada de la escritura pública del Contrato de Explotación Minera otorgado por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a favor de la compañía Ecuacorriente S.A., celebrado el 5 de marzo del 2012, en la Notaria Cuadragésima del cantón Quito, del que en la parte pertinente de la Cláusula Cuarta, se estipula la naturaleza e interpretación del contrato, y entre estas se considera: "...cuatro punto cinco punto ocho. Autoridad Ambiental Nacional: es el Ministerio del Ambiente, Cartera de Estado encargado de controlar, fiscalizar y auditar la gestión socio ambiental que realizará la evaluación, aprobación de los estudios ambientales, licenciamiento y el seguimiento de las actividades mineras en todo el territorio ecuatoriano de conformidad con la Legislación aplicable; cuatro punto cinco punto veinte y dos. Daño Ambiental: es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes que afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos; cuatro punto cinco punto veinte y tres. Daño social: son los daños ocasionados a la salud humana al paisaje, al sosiego público y a los bienes públicos o privados directamente por contaminación.- cuatro punto cinco punto veinte y cuatro.- EIA: es el estudio de impacto ambiental que corresponde a un estudio técnico de carácter multidisciplinario destinado a predecir, identificar, valorar y corregir los efectos ambientales que la actividad minera puede causar sobre su entorno, la calidad de vida del hombre y el medio natural; cuatro punto cinco punto veinte y cinco. Estudio de Factibilidad: Es el documento que consolida y desarrolla las siguientes etapas: selección del método de explotación y procesamiento, selección del tamaño de la mina y de la planta, determinación de las reservas (recursos económicamente explotables), plan minero (desarrollo, extracción y producción), determinación del equipamiento e infraestructura, determinación de las inversiones, determinación de costos de producción y comercialización... aspectos legales (propiedad agua, energía, accesos, etc), aspectos sociales y ambientales. El cual se encuentra aprobado mediante oficio No. OF-1-ARCOM-CGEEM-2012, de fecha 13 de enero del 2012; cuatro punto cinco punto cuarenta y tres. Programa y Presupuesto Ambiental Anual: Es el programa y presupuesto anual de actividades ambientales que debe ser presentado y aprobado por la autoridad ambiental nacional, e incluye todos los aspectos determinados en la Legislación Aplicable...CAPÍTULO DOS: DEL OBJETO, PLAZO Y MODIFICACIONES.- CLAUSULA QUINTA: OBJETO.- CINCO PUNTO UNO. Al amparo del precepto constitucional que garantiza el derecho del Estado para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia y vista la delegación excepcional a la que se remiten el inciso segundo del artículo treientos diez y seis (316) de la Constitución de la República del Ecuador y el inciso segundo del artículo uno (1), así como los artículos veinte y siete (27), treinta (30), treinta y uno (31) y cuarenta y uno (41) de la Ley de Minería, este contrato tiene por objeto, determinar los términos, condiciones y plazos para la preparación y desarrollo (construcción y montaje del yacimiento o yacimientos localizados en el Área del Contrato)...CLAUSULA SEXTA: PLAZO DEL CONTRATO.- SEIS PUNTO UNO. Este contrato tiene un plazo de duración de veinte y cinco (25) años contados a partir de la fecha efectiva; el mismo que podrá ser extendido según lo establecido en esta cláusula o por acuerdo de las partes de acuerdo a la Legislación Aplicable y a este contrato.- SEIS PUNTO DOS. Toda vez que el Proyecto Minero, de conformidad con el estudio de factibilidad y el plan general de trabajo e inversiones acordado por las partes, requiere de un plazo aproximado de treinta años para la ejecución, y en vista de que este plazo excede el plazo legal de la concesión minera, el Estado garantiza, de conformidad con esta cláusula y la legislación aplicable, la renovación de la Concesión Minera por el período adicional requerido para la ejecución del Proyecto Minero de acuerdo con el estudio de Factibilidad y el Plan General de Trabajo e Inversiones, y consecuentemente el plazo del presente Contrato quedará automáticamente extendido por el mismo período adicional" CAPITULO TRES: DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.- CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: OCHO PUNTO UNO. Obligaciones del Concesionario Minero: el Concesionario Minero estará obligado a: Ocho punto uno punto uno. Acreditar ante el Ministerio Sectorial, el haber presentado las solicitudes correspondientes para el cumplimiento de los actos administrativos contemplados en los artículos veinte y seis (26) y setenta y ocho (78)

de la Ley de Minería en concordancia con el artículo cuarenta y uno (41) de la Ley de Minería último inciso... Ocho punto uno punto nueve. Cumplir con las obligaciones en materia de gestión ambiental señaladas en la cláusula décimo segunda (12) de este contrato... Ocho punto uno punto diez. Cumplir con la reparación o remediación ambiental según lo requerido por la legislación aplicable... CAPITULO QUINTO: DE LA GESTION AMBIENTAL.- CLAUSULA DECIMO SEGUNDA: OBLIGACIONES AMBIENTALES.- DOCE PUNTO UNO. Licencia Ambiental.- El Concesionario Minero, de forma previa al inicio de las actividades mineras contempladas en el presente Contrato deberá obtener la Licencia Ambiental emitida por la Autoridad Ambiental Nacional para el cumplimiento del objeto del presente contrato conforme lo establecido en los artículos cuarenta y uno (41) último inciso y setenta y ocho (78) de la Ley de Minería en concordancia con el artículo diez y siete (17) del Reglamento Ambiental para la Actividad Minera en la República del Ecuador. DOCE PUNTO DOS. Responsabilidad Ambiental del Concesionario Minero.- Doce punto dos punto uno. De las operaciones: El Concesionario Minero conducirá las operaciones ciñéndose a los lineamientos del desarrollo sostenible, de la conservación y protección del ambiente, de acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador y la Legislación Aplicable. El Concesionario primero aplicará en forma indicativa el Plan Nacional del Buen Vivir.- El Concesionario Minero tomará las precauciones necesarias, y establecidas en el EIA aprobado, para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, remediar y compensar los impactos negativos que sus actividades mineras puedan tener sobre el ambiente y la comunidad...”; b) A fojas. 1343, consta el oficio No. MAE-SCA-2012-1743, fechado en Quito el 26 de septiembre del 2012, dirigido al señor Sihai Ma, apoderado especial de Ecuacorrientes S.A., dirigido por Juan Carlos Soria Cabrera, Subsecretario de Calidad Ambiental por el que se le hace conocer el contenido de los oficios No. MAE-DNPCA-2011-1252, de 10 de junio del 2011, por el que se ha solicitado que se presente la información aclaratoria y ampliatoria al estudio de impacto ambiental para la fase de beneficio de minerales metálicos del Proyecto Minero Mirador – Mirador Norte; y, el contenido de otros oficios solicitando información complementaria del estudio del impacto ambiental del Proyecto Minero Mirador; y que en conclusión, “Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el titular minero previo a la emisión de la Licencia Ambiental deberá presentar el estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental definitivo, que contenga todas las correcciones implementadas, en base a las observaciones realizadas, mediante oficios No. MAE-DNPCA-2011-1252, del 10 de junio del 2011, MAE-DNPCA-2011-2387 del 27 de diciembre de 2011, y MAE-DNPCA-2012-0388 del 14 de marzo de 2012”; c) A fojas 1346, se observa el oficio ECSA-GG-2012-0015, de Quito a 23 de marzo de 2012, suscrito por el Apoderado General de Ecuacorriente S.A., Li Dongqing, enviado al Subsecretario de Calidad Ambiental del Ministerio del Ambiente, del que da informe de monitoreo y cumplimiento ambiental por el período Octubre a Diciembre del 2011, Proyecto Minero Mirador-Mirador Norte, Fase de Exploración Avanzada, destacando, que en adelante también existen oficios similares, dando a conocer sobre los monitoreos realizados durante los años 2011 y 2012; d) A fojas 1351 consta el oficio No. MAE-SCA-2012-2015 de 29 de octubre de 2012, suscrito por el Subsecretario de Calidad Ambiental, del Ministerio del Ambiente, mediante el cual acepta el informe de monitoreo y cumplimiento ambiental del Segundo Semestre, del Proyecto Minero Mirador – Mirador Norte, Fase de Exploración; e) A fojas 1352 se advierte el oficio del Ministerio del Ambiente No. MAE-SCA-2012-2016 de 29 de octubre de 2012, del que se desprende que se acepta el informe de monitoreo y cumplimiento ambiental del Primer Trimestre del 2012, del Proyecto Minero Mirador – Mirador Norte, Fase de Exploración Avanzada; f) A fojas 1357 se puede apreciar el informe de inventario forestal, es el estudio de impacto ambiental definitivo para el diseño, construcción, operación y retiro de la línea de transmisión a 230 KV, Subestación Bomboiza – Subestación Mirador de 17,595 km; conexión con las subestaciones, Santa Cruz y Mirador de 15,896 km y construcción, operación y retiro de la subestación Mirador, del que se concluye que existen variedad de especies respecto de la flora y fauna de la zona y se recomienda efectuar un trabajo de reforestación y recuperación de zonas degradadas durante los primeros seis meses, luego en el segundo año se realizará dos veces y en el tercer año un monitoreo será suficiente; g) De fojas 1590 a 1593, consta Resolución del Ministerio del Ambiente No. 259, de 24 de febrero del 2012, en el que amparada en las disposiciones constitucionales contenidas en los Arts. 14, 66 numeral 27 y 276 numeral 4; en la Ley de Gestión Ambiental, Arts. 19, 20, 28 y 29; el Art. 20 del Sistema Único del Sistema Ambiental; y, varias resoluciones y Decreto Ejecutivo No. 1630 publicado en el R.O. 561 de 01 de abril de 2009, resuelve: “Art. 1. Aprobar estudio de impacto ambiental para la fase de explotación de minerales metálicos del Proyecto Minero Mirador, concesión minera “Mirador 1 (acumulada)” (Cód. 500807), ubicada en el cantón el Pangui, provincia de Zamora Chinchipe, sobre la base del informe técnico No. 0941-2011-DNPCA-SCA-

MA del 27 de junio del 2011, memorando MAE-DNPCA-2011-2140 de 25 de julio del 2011 y oficio No. MAE-SCA-2011-2240 del 25 de julio del 2011. Art. 2. Otorgar la Licencia Ambiental a la Compañía Ecuacorriente S.A., para la fase de explotación de minerales metálicos del proyecto minero Mirador, concesión minera “Mirador 1 (acumulada)”, ubicada en el cantón el Pangui, provincia de Zamora Chinchipe. Art. 3. Los documentos habilitantes que se presentaren para reforzar la evaluación ambiental del proyecto, pasarán a constituir parte integrante del estudio de impacto ambiental y del plan del manejo ambiental y plan de acción, los mismos que deberán cumplirse estrictamente, caso contrario se procederá con la suspensión o revocatoria de la licencia ambiental conforme lo establece los artículos 27 y 28 del Sistema Único de Manejo Ambiental (SUMA), del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente”. h) A fojas 1594 y 1595, consta la Licencia Ambiental fechada en Quito el 24 de febrero del 2012, en virtud de la cual, se obliga a la compañía Ecuacorriente S.A., a cumplir entre otros puntos, estrictamente con lo señalado en el estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental aprobado. i) A fojas 1554, consta la garantía bancaria incondicional irrevocable y de cobro inmediato a favor del Ministerio del Ambiente por cuenta y responsabilidad de Ecuacorriente S.A., por un monto de hasta USD 2.060,000.00 que garantiza el cumplimiento del plan de manejo ambiental para la fase de explotación del Proyecto Mirador y que se encuentra vigente a la fecha. De lo manifestado se concluye que por parte de la Entidad Estatal, Ministerio del Ambiente, se han realizado los estudios correspondientes para poder otorgar la Licencia Ambiental. Asimismo, de lo expuesto en líneas precedentes, se concluye que el Estado ecuatoriano para concesionar el área minera del Proyecto Minero Mirador, haber celebrado el contrato de explotación minera con Ecuacorrientes S.A., y autorizar el otorgamiento de la Licencia Ambiental, a través del Ministerio del Ambiente, ha realizado los estudios de factibilidad de conservación del medio ambiente, para precautelar que el ecosistema no resulte afectado por la explotación minera, observando y haciendo uso de su derecho, de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos: 71, 72 y 73, 313, 317, 318, 408, en concordancia con el numeral 11 del Art. 261 de la indicada Norma Suprema, reconociendo el Estado el derecho de la naturaleza, su protección y restauración; así como el de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de acuerdo con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia, elementos que como queda dicho se encuentran estipulados tanto en el Contrato de Concesión Minera, como en la Licencia Ambiental otorgada; al respecto la jurisprudencia emitida de la Corte Constitucional para el Período de Transición, en el caso No. 0008-IC-JC, sentencia No. 001-12-SIC-CC, publicada en el S.R.O. No. 629 de 30 de enero de 2012, dicta sentencia interpretativa, y en su parte pertinente manifiesta: “... Por otra parte debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tenga dicha atribución legal podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular o solidaria, la gestión de los sectores estratégicos...”. En este sentido se precautela además el derecho del buen vivir, de quienes habitan en el cantón Pangui de la Provincia de Zamora Chinchipe, que se halla previsto en el numeral 5 del Art. 3, 12 y 14 de la Carta Magna, y exclusivamente para el área operativa declarada dentro de las coordenadas geográficas delimitadas para su explotación; así como también ha prevenido la restauración en caso de existir daños ambientales que se produzcan por la actividad minera, verificando que la Concesionaria ha realizado los estudios pertinentes para la conservación del medio ambiente, responsabilizándole de su reparación en caso de que el ecosistema resulte afectado, así sea, en una proporción menor a lo previsto. QUINTO. A fojas 1341, consta el oficio No. MAE-DNPCA-2012-0387, de 14 de marzo de 2012, en referencia al Expediente No. 12837 – certificado de intersección Proyecto Minero Mirador, dirigido al señor Li Dongqing, apoderado general de ECSA – ECUACORRIENTE S.A., por Víctor Alexander Pérez Balladares, Director Nacional de Prevención de la Contaminación Ambiental, del que se desprende que el Ministerio del Ambiente ratifica el contenido del oficio No. 4925-DPCCMA de 26 de julio del 2006, emitido por la Dirección Nacional de Prevención de la Contaminación Ambiental, con el que informa en forma jurídica y técnica que el certificado de intersección para “EL PROYECTO MINERO MIRADOR”, ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe y Morona Santiago, NO INTERSECTA con el patrimonio Áreas Naturales del Estado, Bosques y Vegetación Protectora y Patrimonio Forestal del Estado; y, además de fojas 1587 a 1589, aparece la Resolución No. 1017 de 9 de julio del 2012, expedida por la Ministra del Ambiente (E), Mercy Borbor Córdova en la que en el Art. 1 expone: “Considerar el contenido de los oficios 4925-DPCC/MA del 26 de julio del 2006 y MAE-DNPCA-2012-0387 del 14 de marzo del 2012 en los cuales se determina que el área operativa del proyecto minero Mirador – Mirador Norte, NO INTERSECTA con el sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal

del Estado...”. A fojas 1589 consta un mapa en el que el Ministerio del Ambiente señala el Área operativa donde se va a realizar el Proyecto Minero Mirador Fase de Explotación, del que se aprecia que se encuentra fuera del área de zonas protegidas (Bosque Protector Cordillera del Cóndor). SEXTO. De las pruebas aportadas al proceso y del análisis realizado en los Considerandos Cuarto y Quinto de esta sentencia, se concluye que respecto del Proyecto Minero Mirador, según consta de la documentación revisada anteriormente, esta actividad minera se va a desarrollar fuera de la zona protegida (Bosque Protector Cordillera del Cóndor), y no como argumentan los accionantes de que se va a realizar dentro del área considerada como “Áreas Protegidas”, de tal manera que la invocación de la norma constitucional (Art. 407) no es aplicable en el presente caso. Por consiguiente, el Proyecto Minero Mirador, no interseca con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado ecuatoriano. SÉPTIMO. El Juzgador al haber realizado el estudio procesal en forma minuciosa y al haber hecho un análisis a las pruebas aportadas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, llega a la convicción de que no se avizora de manera certera y fehaciente, la supuesta vulneración de los derechos constitucionales invocados por los accionantes, tanto más que los organismos estatales encargados de regular y controlar la explotación de los recursos naturales entrañados en nuestro territorio nacional, han cumplido con la potestades y atribuciones constitucional y legalmente atribuidas a ellos, sin que se pueda obviar el hecho cierto de que la explotación de dicho recursos es de interés nacional, ya que va en favor de todas y todos los ecuatorianos y del desarrollo del Estado, previsto en los Arts. 3 numeral 5 y 275 de la Constitución de la República del Ecuador. Al respecto cabe citar el criterio del tratadista argentino Roberto Dromi en su obra “Tratado de Derecho Administrativo”, Pág. 23, quien sobre el tema señala: “En el proceso de transformación del Estado, reconvirtiendo el sector público de la economía, el principio de la función subsidiaria debe ser aplicado a la estructura de la organización administrativa y empresaria del Estado. La primera consecuencia de la función subsidiaria del Estado radica en el deber del mismo, en procura del bien común...”, de tal manera que en nuestro sistema jurídico, se establece que el buen vivir o *sumak kawsay* está sobre los intereses particulares, de tal suerte que el Estado debe procurar que la sociedad a quien representa alcance el bien común, y para ello el Estado debe tener un desarrollo económico sustentable, para el cumplimiento de sus fines sociales. OCTAVO. Por otro lado, el Art. 91 de la Ley de Minería, referente a las denuncias de amenazas o daños sociales ambientales, prevé la acción popular para denunciar las actividades mineras que puedan o generen impactos sociales, culturales o ambientales, ante el Ministerio del Ramo, denuncia que del proceso no aparece haberse realizado por parte de los demandantes, conforme mandan además los artículos 85 y 95 de la Constitución de la República. NOVENO. Las disquisiciones realizadas en la parte motiva de este fallo, permiten concluir que el Proyecto Minero Mirador, el contrato de explotación minera y la concesión otorgada por el Estado Ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables a Ecuacorriente S.A.; y, la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, no son violatorios de los derechos de la naturaleza, imposibilitando a este Juzgador declararlos en tal sentido. No obstante haberse instituido la improcedencia de la acción, es imprescindible para este juzgador recalcar el papel que desempeñan las carteras de Estado encargadas de la gestión en materia de recursos naturales, quienes por expreso mandato constitucional y legal, deben ejercer oportuna y responsablemente el control, vigilancia y fiscalización de las licencias, contratos y/o concesiones que otorgan, so pena de las responsabilidades que pudieren derivarse y fundamentalmente a fin de evitar impactos irremediables que pudieren afectar los ecosistemas enclavados en nuestro territorio nacional. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, se desecha la acción planteada. Sin costas y sin honorarios que regular. Notifíquese.

## Sentencia Segunda Instancia Acción de Protección PROYECTO CÓNDOR-MIRADOR

No. causa: 17111-2013-0317 - (09/04/2013)  
Judicatura: SALA. CIVIL Y MERCANTIL  
Acción/Delito: ACCION DE PROTECCION  
ALMEIDA ALBUJA NELY ALEXANDRA - PRESIDENTA DE LA CORPORACION ACCION ECOLOGICA, ARCENTALES CHAMBA JOSE EFRAIN, ARPI BERMEO ABEL MARCELINO, BALAREZO LEON PABLO MAURICIO - DIRECTOR EJECUTIVO DE LA FUNDACION PACHAMAMA, CHOLANGO TIPANLUISA MANUEL HUMBERTO - PRESIDENTE DE LA CONAIE, CORDERO HEREDIA DAVID ALBERTO - PRESIDENTE DE LA FUNDACION INREDH, GREENE LOPEZ NATALIA ANDREA - APODERADA DE LA COORDINACION ECUATORIANA DE ORGANIZACIONES PARA LA DEFENSA DE LA NATURALEZA Y MEDIO AMBIENTE, ITJIAT YUU ANGEL SERGIO, KAYAP SHARUP LUIS MARTIN, MONGE YODER HERMANA ELSIE - DIRECTORA EJECUTIVA DE LA COMISION ECUMENICA DE DERECHOS HUMANOS, TENESACA CAGUANA JOSE DELFIN - PRESIDENTE DE ECUARUNARI, TENTDENTZA ANTUN JOSE ISIDRO, VITERI GUALINGA FRANCO TULIO - PRESIDENTE DE CONFENIAE  
Actor/Ofendido:  
ALFREDO NARVAEZ, ECUACORRIENTE S.A., MELINA EUGENIA MOREANO VENEGAS, MINISTERIO DE RECURSOS NATURALES, MINISTERIO DEL AMBIENTE, PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO  
Demandado/Imputado:  
Otras instancias: [JUZ. 25TO CIVIL - \(15/01/2013\)](#)

20/06/2013

### SENTENCIA CORTE PROVINCIAL PICHINCHA

VISTOS.- Avoca conocimiento de la presente causa la Doctora Patricia Velasco Mesías, en su calidad de Juez Titular, según Acción de Personal No. 7588-DP-DPP. Sube en grado la causa por recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia dictada por la Juez Décimo Segundo de la Niñez y Adolescencia de Pichincha. Por sorteo ha correspondido a esta Sala su conocimiento y resolución, y para hacerlo se considera: PRIMERO: Esta Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha es competente para resolver esta clase de acciones, al tenor de lo enunciado por el último inciso del Art. 86 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador y Arts. 4 numeral 8 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. SEGUNDO: Del proceso se evidencia que se han cumplido con las formalidades exigidas para esta clase de acciones constitucionales, sin que exista omisión de solemnidad sustancial alguna por la que deba declararse algún tipo de nulidad, por lo que se declara la validez del proceso. TERCERO: A) Comparecen en el cuaderno de primera instancia las siguientes personas: Abel Marcelino Arpi Bermeo, José Isidro Tentdentza Antún, José Efraín Arcentales Chamba, Luis Martín Kayap Sharup, Ángel Sergio Itjiat Yuu, por sus propios derechos; Manuel Humberto Cholango Tipanluisa, en su calidad de Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, (CONAIE); José Delfín Tenesaca Caguana, en su calidad de Presidente de la Confederación de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, (ECUARUNARI); Franco Tulio Viteri Gualinga, Presidente de la Confederación de las Nacionalidades Amazónicas del Ecuador (CONFENIAE); Elsie Monge Yoder, Directora Ejecutiva de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos; Nely Alexandra Almeida Albuja, en su calidad de Presidenta de la Corporación Acción Ecológica; Pablo Mauricio Balarezo León, Director

Ejecutivo de la Fundación Pachamama; Natalia Andrea Greene López, Apoderada de la Coordinación Ecuatoriana de Organizaciones para la Defensa de la Naturaleza y Medio Ambiente (CEDENMA); María Belén Páez Cano y Pablo Balarezo, en representación de la Fundación Pachamama; David Alberto Cordero Heredia, en su calidad de Presidente de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); todos quienes por sus propios derechos y por los que representan en “defensa de los derechos de la naturaleza”, según sostienen, interponen la Acción Constitucional de Protección de Derechos para “amparar la vulneración de derechos que constituye el Proyecto Minero a Cielo Abierto “Mirador”, fundamentados, según afirman, en el cumplimiento de los deberes y responsabilidades que asumen como ecuatorianas y ecuatorianos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, de los derechos humanos y en la lucha por su cumplimiento; amparados para la implementación de esta Acción Constitucional, en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), Art. 83, numerales 5 a 7; y, manifiestan: i) Que el Juzgado de Primera Instancia de esta Provincia de Pichincha, es competente para conocer esta causa en relación al Proyecto Minero Mirador, sustentado por el contrato de explotación minera, firmado entre el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y Ecuacorriente S.A., en la ciudad de Quito, así como la Licencia Ambiental Res. No. 256 emitida por el Ministerio del Ambiente en esta ciudad de Quito; ii) Que el Proyecto Minero a cielo abierto en el sector conocido como “Mirador”, se halla ubicado en la parroquia de Tundayme, cantón el Pangui, en la provincia de Zamora Chinchipe el “Proyecto Minero “Mirador” o Proyecto “Minero”, mismo que es el resultado de una serie de programas de exploración que se llevaron a efecto por distintas empresas a partir de los años noventa; iii) Indican conjuntamente, que el año 2010 Ecuacorriente S.A., (ECSA), se convierte en titular de once concesiones en la Provincia de Zamora Chinchipe que abarca más territorio que el Proyecto Minero “Mirador”, por el que se fundamenta la presente causa; iv) Que el 24 de febrero del 2012 el Ministerio del Ambiente a través de la Resolución No. 256, aprueba el estudio de Impacto Ambiental para la fase de explotación de minerales metálicos del Proyecto Minero Mirador, otorgándole licencia ambiental a Ecuacorriente S.A., para la fase de explotación de minerales metálicos; v) Que el estudio de Impacto Ambiental en referencia, fue presentado por ECSA a través de la Consultora Ambiental Internacional “Walsh Environmental Scientists and Engineers” (WALSH), la misma que se compone de dos documentos: el uno presentado el 26 de noviembre de 2010 al que se le denominará “EIA 2010”; y, el otro, el documento en que constan las respuestas a las observaciones realizadas por el Ministerio del Ambiente, de fecha 24 de mayo de 2011, que se denominará “EIA 2011”; v) Que en la Licencia Ambiental para la fase de explotación, el Ministerio del Ambiente determina que Ecuacorriente S.A.: “deberá presentar un informe final de análisis de alternativas, durante las actividades de la fase de explotación [...], deberá realizar estudios necesarios para determinar el alcance del efecto de borde sobre la flora y fauna del sector, en convenio con Universidades o Institutos de Investigación..., incluir dentro del plan de rescate de flora y fauna a las especies de aves y mamíferos endémicas bajo alguna categoría de amenaza, utilizando mayor número de cámaras, trampas, para el monitoreo de meso y macromamíferos del área de manera ideal permanentes”; sin embargo, dicen, vista la importancia en la prevención de impactos adversos en la flora y fauna, la Licencia Ambiental no determina el plazo para la presentación de dichos informes; vi) Indican que el 5 de marzo del 2012, el estado ecuatoriano a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en la ciudad de Quito, suscribió el contrato de explotación minera con Ecuacorriente respecto al Proyecto Minero Mirador, contrato que confiere a la mencionada Empresa el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de concesión “a pesar de que solo cuenta con una Licencia Ambiental para Explotación”; vii) Que el mencionado contrato le confiere además a Ecuacorriente el derecho de construir e instalar. “plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, planta de generación de hidroeléctrica, sistemas de autogestión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales muelles, puertos marítimos y fluviales”; y, realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones “sin que en la Licencia Ambiental conferida por el MAE ni del EIA realizado por WALSH se determinen los impactos ambientales y sociales de estas actividades”; viii) Expresan que el plazo del contrato es por sesenta años que puede ser extendido y el Estado ecuatoriano en razón del estudio de factibilidad y el plan general de trabajo e inversiones, acordado por las partes, firma el contrato de explotación minera por un plazo de treinta años y garantiza su renovación por el mismo período adicional; ix) Que para ejecutar las operaciones mineras de “Mirador 1”, el contrato concede un área de 2.895 hectáreas,

además de que “fuera de Mirador 1, ECSA podrá realizar actividades relacionadas en un área de 2815 hectáreas”, concediendo por último el contrato un área adicional de 510 hectáreas denominada “Área de Protección”; x) Que el contrato de Explotación Minera junto con la Licencia Ambiental autorizan para que ECSA, en el Proyecto Minero Mirador realice un tajo de 1,25 Km de profundidad, lo que generaría la mina en 17 años, 144 millones de toneladas de desechos de roca, causando como áreas de impacto social del mencionado Proyecto Minero, a 8 centros poblados como son: El Quimi, Machinaza Alto, San Marcos, Las Maravillas, Tundayme, Etsa (Shuar) y Churuvía (Shuar), valle del Quimi, en las parroquias del Pangui y Bomboiza; y, que como áreas de impacto indirecto se han establecido 10 centros poblados: parroquia el Pangui, Certero, Chuchumletza, La Palmira, Paquintza, Pangui, San Andrés, Santa Cruz, Santiago Pati, Remolino 1 y Remolino 2; xi) Que el área de estudio del Proyecto Minero Mirador se encuentra en la cordillera del Cóndor; la cual constituye “una formación montañosa aislada de la cadena oriental de los Andes, en un bosque siempre verde, clasificado como un bosque húmedo tropical, donde se halla un ecosistema frágil que posee una alta biodiversidad de especies faunísticas”, según afirma Walsh, y que según “Conservación Internacional”, en los años 90, priorizó a esta Cordillera como un área entre las primeras de acuerdo a su potencial importancia para la conservación de la biodiversidad; xii) Que de los estudios realizados por Walsh en el año 2010, reconoce que la cordillera del Cóndor tiene con certeza una de las concentraciones más altas de especies de plantas vasculares aún desconocidas científicamente, estimando que la flora de la Cordillera del Cóndor excede las 4.000 especies de esta clase de plantas y que según el estudio se registró 6 especies vegetales endémicas concluyendo que el bosque del área está “en un buen estado de conservación”, contando con una diversidad alta y recomienda desarrollar un programa “verdadero” de restauración que se aplique al área de intervención que debe estar inmerso de un plan de monitoreo; y, que ECSA al momento de realizar la remoción de la cobertura vegetal en la explotación minera de cielo abierto “debe” contar con un equipo botánico para rescatar y coleccionar las especies que son desbrozadas; xiii) Además, que en cuanto a la fauna, esta Cordillera alberga una alta diversidad biológica de reconocida importancia local y global, que constituye el hábitat de especies endémicas y amenazadas del Ecuador y Perú, pues en el año 2000 el Ministerio del Ambiente ya determinó (...) que la Cordillera del Cóndor no solo presenta una alta riqueza de especies, sino que tiene índices de endemismo bien significativos; constata con respecto a los anfibios y reptiles que existe “una fuerte tendencia a la extinción” y que sería “catastrófico” (...), ya que existen especies que son únicas, y que por esta razón, el Ministerio del Ambiente ha “recomendado” iniciar un programa de monitoreo de especies de anfibios que son desconocidos para la ciencia; y, que “de haber explotación aurífera” se ‘recomienda’ extrema protección de los afluentes menores, ya que allí se producen muchas especies de anfibios; . xiv) En síntesis, afirman que “Walsh”, en su informe, ‘confiesa’ que ante el registro de estas especies no se han establecido programas adecuados de manejo, ni rescate de fauna para iniciar la operación del proyecto minero; xv) Se indica que respecto de los ecosistemas de agua dulce la mencionada empresa determina que es de gran importancia debido a la existencia de una inmensa red hidrográfica que podría verse afectada por la actividad minera [“en especial la artesanal”]; que albergan a una gran diversidad acuática que todavía no ha sido investigada y que su conservación ayudará a mantener la calidad y cantidad de agua que es de vital importancia para todos los procesos biológicos y socio económicos de la zona; xvi) Que, tratándose de minería industrial o de gran escala, de cielo abierto, esto produce impactos directos, en la eliminación de la vegetación y la capa superior del suelo, ya que se dinamita la roca, se remueve todo el material hasta llegar al yacimiento, produciendo la contaminación a los suelos y agua, ruido y contaminación del aire, eliminación de cobertura vegetal, eliminación del bosque en un área de al menos de 2000 hectáreas, siendo también otro impacto directo el transporte de material y las vías de comunicación que se requiere; xvii) Que en lo referente a los impactos del Proyecto Minero Mirador en el agua, es que en las operaciones de minería a cielo abierto, el tratamiento de agua es fundamental, debido a que uno de los principales impactos adversos, es la contaminación por drenaje ácido de mina, pues la organización “Environmental Law Alliance Worldwide”, explica que el drenaje ácido de mina ocurre cuando materiales de la mina como desechos de roca, son excavados y expuestos a oxígeno y agua, se acidifican si hay abundancia de minerales de hierro sulfúrico, especialmente roca pirita “si hay insuficiente cantidad de material neutralizante para contrarrestar la acidificación”; xviii) Que el gobierno de la República del Perú también considera que el drenaje ácido de mina es la responsabilidad ambiental y económica más grande que actualmente afronta la industria minera, explicando que el desarrollo del drenaje ácido puede tomar años o décadas y pueden continuar siglos, siendo improbable que plantas, animales y peces sobrevivan en ríos contaminados; de tal manera que, conforme el informe de Walsh, se señala que el tratamiento del

agua “debe ser modificado según sus necesidades para mantener la cantidad del agua y que para el tratamiento del agua”, explica que se utilizarán piscinas de relave en el río Quimi; y, xix) Que, por último, el Ministerio del Ambiente ‘observa’ que el Plan operativo anual respecto a la mitigación de drenaje ácido de roca “deberá ampliarse y detallar el método más adecuado para mitigar este impacto”; respondiendo Walsh a esto, que se realizará “de acuerdo a lo acordado por la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos”; ante lo cual señalan que remitiéndose a “E-Tech International”, se explica que ya no se utiliza más a la “Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos”, porque es ‘demasiado antiguo’, pues, se señala que dicha Agencia está en proceso de renovación y que si bien “Walsh” identifica material potencialmente generador de ácido para la fase de explotación, deben incluirse los resultados del estudio de impacto ambiental para la fase de beneficio, que incluye la utilización de relaves; sin embargo, se manifiesta que este estudio de impacto ambiental para la fase de beneficio no ha sido sometido a conocimiento del Ministerio del Ambiente y no consta en la aprobación de la Licencia Ambiental para el Proyecto Minero Mirador, y a pesar de ello el contrato de explotación se ha conferido a la empresa “Ecuacorriente S.A.”, para: prospector, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el Área de Concesión. B).- Fundamentos de Derecho.- En relación a los fundamentos de derecho expresan: i) Que la Constitución de la República del Ecuador, en el preámbulo señala que se ha decidido construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; ii) Que el Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: “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. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. 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”; iii) Que en esta línea, la Constitución señala la obligación del Estado de aplicar 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. Los derechos de la naturaleza no pueden ser restringidos por ninguna norma jurídica, ya que deben desarrollarse de manera progresiva, pues el Estado tiene la obligación de adoptar medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuando exista certidumbre de daño; de tal manera que la Constitución prohíbe la extracción de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal; iii) Se manifiesta que el Art. 407 prescribe de manera excepcional que los recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional; iv) Se indica que la Corte Constitucional Ecuatoriana ha resuelto que el respeto y protección de los derechos de la naturaleza y los derechos humanos de salud y de gozar de un ambiente sano son aspectos de fondo que involucran a la sociedad entera; pues, de uno de sus elementos, el agua, depende la coexistencia de la vida, no solo la humana sino del resto de las especies vivas, siendo un imperativo precautelar el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, enfatizando que la garantía de protección a la naturaleza goza del principio de autonomía, es decir la naturaleza debe ser considerada en su integralidad de manera holística como un fin (activo) y no como un medio o cosa (pasivo), al que irremediamente se le respete su propio comportamiento, caso contrario se omitiría la vigencia de sus derechos y su tutela efectiva, para dicho fin la Corte Interamericana determina que se invoca el principio *in dubio pro natura* que entraña tanto la prevención como la precaución y la recuperación integral respecto de los efectos causados por una actividad humana; v) Se expresa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que se viola el deber de respetar cuando un Órgano, un funcionario, una Entidad Pública o una persona que actúa prevalida de poderes que ostentan por su carácter oficial, participa o autoriza con actos u omisiones que repercutan en el goce de los derechos protegidos, explicando que el Estado debe adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar la vida; así, según afirman, en el caso de la comunidad indígena *Yakye Axa* en contra del Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la vida, por considerar que al no haber garantizado el derecho a la propiedad comunitaria, el Estado los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de medicina tradicional de prevención y cura de

enfermedades; vi) Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el Ecuador es responsable de haber puesto la vida e integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku cuando se demostró que el Estado, adoptó acciones encaminadas a no precautelar la vida, al firmar un contrato de exploración y explotación petrolera que implicó el desbroce de senderos, la siembra de cerca de 1400 kg de explosivo pentolita, un convenio de cooperación militar con las empresas petroleras para garantizar la operación de sus actividad, entre otros; vii) Que al ser el Proyecto Minero Mirador una minería industrial a cielo abierto eliminará toda la vegetación y la capa superior del suelo; es decir, eliminará el bosque húmedo tropical de la cordillera del Cóndor que se encuentra en buen estado de conservación, eliminando 4000 especies de plantas vasculares que contiene probablemente la mayor riqueza de América del Sur, se provocará la remoción total de los hábitats de especies de anfibios y reptiles endémicos en peligro de extinción, en un área de 6220 has en la estribaciones del Bosque Protector de la Cordillera del Cóndor; es decir, sostienen, que para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona; viii) Que el Art. 73 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe la aplicación de medidas de precaución y restricción a actividades que pueden conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de ciclos naturales; ix) Así mismo, se indica que el Estado ecuatoriano ‘incumple’ el compromiso constitucional de conservar la biodiversidad, de adoptar medidas oportunas que eviten los impactos ambientales cuando hay certidumbre de daño y de conservar y usar de manera sustentable los ecosistemas frágiles y amenazados, como lo es el Bosque Tropical de la Cordillera del Cóndor “en contradicción con los artículos 396 y 406 de la Carta Magna”; x) En cuanto a la violación del derecho al agua y al derecho a una vida digna, los demandantes manifiestan que la Constitución de la República del Ecuador, reconoce que es un derecho humano fundamental, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, constituyendo patrimonio nacional estratégico de uso público, conforme establece el Art. 12 de la Constitución y el Art. 318 que reconoce que el agua es vital, tanto para la existencia de la naturaleza como para la existencia de los seres humanos; al respecto también hacen alusión a las disposiciones constitucionales de los Arts. 15, 66.2, 276, 282, 413; de esta manera, se evidencia que el derecho al agua goza de una esencial protección tanto a nivel constitucional, como a nivel internacional, por ser una precondition para la vida; xi) Expresan, nuevamente, que “Walsh” en el estudio de impacto ambiental del Proyecto Minero Mirador afirma que se insertarán contaminantes altamente tóxicos que afectan la calidad del agua, y entre estos se puede mencionar metales pesados que de por sí eliminan plantas, peces y animales que viven del uso del agua, estos contaminantes altamente tóxicos ingresan en la cadena trófica del ecosistema y pese a que el ser humano es parte de esta cadena el estudio de “Walsh” no identifica cuáles son los usos de los ríos Tundayme, Wawayme y Quimi, de las poblaciones directa e indirectamente afectadas por esta posible contaminación, sin que se cuente con un “plan de remediación” para los impactos en la salud que se producirán por efectos de esta contaminación denominada “drenaje ácido de mina”, sin embargo, de esto, acusan, que se ha firmado el contrato de explotación minera, avalado por el Ministerio del Ambiente, que aprueba esta situación al resolver la Licencia Ambiental a favor de ECSA. C.- Pretensión Concreta.- Con los antecedentes expuestos y fundamentados en los Arts. 71, 73, 66.2 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador y del Art. 41 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional los requirentes solicitan admitir la procedencia de la presente acción y que se declare al Proyecto Minero “Mirador”: i) como un acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera que firma el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con ECSA y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que, son ‘actos estatales’ que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y el derecho a una vida digna; ii) Solicitan medidas cautelares de acuerdo al Art. 10, numeral 7 y al Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como son: a) Ordenar a Ecuacorriente S.A., la suspensión del Proyecto Minero Mirador; b) Disponer la realización de un estudio de impacto ambiental alterno, que de manera específica amplíe información sobre los impactos de drenaje ácido de mina del Proyecto Minero Mirador en el ecosistema de la Cordillera del Cóndor y en las personas respecto a los usos actuales que tienen los ríos Tundayme, Wawayme y Quimi, este estudio de impacto ambiental alterno, exigen, debe ser realizado por peritos imparciales y de alto reconocimiento, sin financiamiento de Ecuacorriente o de los Ministerios demandados y bajo la supervisión de la Fiscalía General del Estado. La presente acción se halla dirigida en contra del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, representada por el Ministro Wilson Pastor, en contra del Ministerio del Ambiente, representada por su Ministra Marcela Lorena Tapia, y en contra

de Ecuacorriente S.A., representada por el señor Li Dongqing, en su calidad de Apoderado General. CUARTO.- La legitimación activa de los accionantes se halla justificada de autos. De su parte, las autoridades públicas demandadas en esta acción; esto es, el señor Ministro de Recursos Naturales No Renovables; Ministro del Ambiente y Representante legal de la empresa Ecuacorriente S.A.; así como el Procurador General del Estado, en su calidad de abogado de la institucionalidad pública; todos quienes han sido debida y legalmente notificados, cuya constancia obra de los autos; han legitimado sus intervenciones; y, consta así también del expediente que han concurrido cada uno de sus representantes legales a la audiencia del trámite constitucional, habiendo dejado expresado cada uno de éstos sus posiciones en torno a la acción de protección que se ha presentado. QUINTO.- En la acción de protección, el objetivo preciso (“Petición Concreta”) por el cual se ha planteado la presente acción ha sido: que se declare al Proyecto Minero “Mirador”: i) como un acto violatorio de los derechos de la naturaleza, incluyendo la concesión, el contrato de explotación minera que firma el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables con ECSA y la Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente, ya que, son ‘actos estatales’ que provocarían daños graves y vulneración a los derechos de la naturaleza, el derecho al agua y el derecho a una vida digna; ii) Solicitan medidas cautelares de acuerdo al Art. 10, numeral 7 y al Art. 32 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como son: a) Ordenar a Ecuacorriente S.A., la suspensión del Proyecto Minero Mirador; b) Disponer la realización de un estudio de impacto ambiental alterno, que debe ser realizado por peritos imparciales y de alto reconocimiento, bajo la supervisión de la Fiscalía General del Estado. En tanto y en cuanto el fallo de primer nivel, ha desechado la acción planteada, por no estar de acuerdo los justiciables han recurrido de la sentencia constitucional, apelando simple y llanamente la misma por cuanto “la sentencia no ha considerado las disposiciones constitucionales que para los accionantes y la naturaleza no son meros enunciados a los que hay que inobservarlos sin analizar el verdadero alcance y espíritu con el que dictada la norma constitucional que es directa e inmediatamente aplicable y tomando en cuenta además que la sentencia no ha valorado la abundante prueba técnica y científica por nosotros aportada, que hace prueba plena en el presente caso...”. En la causa, se tiene que el accionante de manera tácita orienta su pretensión en el Art. 40.1 y 40.3 de la indicada LOGJCC; estableciendo que, según el Art. 41.2 ibídem, existe el Contrato Minero suscrito por parte del Estado ecuatoriano, representado por el Ministro de Recursos No Renovables, el Contrato de Explotación Minera, de fecha 5 de marzo de 2012, con la empresa Ecuacorriente S.A. respecto del Proyecto Minero “Mirador”; que se ha otorgado Licencia Ambiental emitida por el Ministerio del Ambiente de manera ilegal e ilegítima, pues el atentado en contra de los Derechos de la Naturaleza, según se afirma, es evidente por los extensos estudios biológicos y del ecosistema de la zona, que se afectará a la flora, fauna y las vertientes de agua con la explotación minera; conforme se ha orientado de la vasta exposición exhibida a lo largo del expediente. La discusión medular de la acción se apoya en varios elementos de juicio: 1) La estricta formalidad de la acción y dentro de ésta: i) La legitimidad pasiva de los demandados en esta acción; ii) La legitimidad de la acción propiamente dicha en relación a las pretensiones jurídicas de los accionantes; y, iii) La relevancia de la aplicación de medidas cautelares en relación a la acción propuesta. De otro lado; i) El ejercicio de ponderación relativo a la gobernabilidad en materia de áreas estratégicas, versus los derechos de la naturaleza concebidos dentro del ámbito constitucional. SEXTO.- Para el caso, la Sala considera en primer lugar analizar la problemática ambiental desde la óptica constitucional; esto es, la defensa de los derechos de la naturaleza a través de la gobernabilidad y el manejo sustentable frente a la explotación de los recursos naturales no renovables, en beneficio del desarrollo social y económico de la sociedad ecuatoriana, lo que sin lugar a dudas, obliga una ponderación de derechos constitucionales. En este contexto, se tiene que la discusión al respecto ha sido abundante: en esta óptica el autor Iván Narváez en su texto “Derecho Ambiental en clave constitucional” resume los antecedentes de defensa ambiental de la siguiente manera: “Habiendo revisado las discusiones ambientales de los años sesenta y abordado a las conclusiones de Estocolmo en 1972, lo que menos se esperaba era que los argumentos esgrimidos por los países pobres en esa Conferencia se volverían contra ellos en Río de Janeiro 1992. La impresión que quedó de ese espacio es que los países industrializados iban a conservar los beneficios del desarrollo actual y no iban a colocarlo en ninguna mesa de discusión. Tal como expresó la delegación de los Estados Unidos: “El Patrón de consumo al que han llegado los países industrializados no está en discusión. Es un derecho adquirido”. Por su parte los países pobres dicen que tienen derecho a gozar de ese derecho. Es cuando en las discusiones interminables sobre estos temas se introdujeron las coletillas ambientales resumidas en el término “desarrollo sostenible” que tienen como base el Informe Brundtland y se consolida en la Conferencia de Río 92. Esto implicaba, que ese desarrollo pude hacerse

sostenible, pero no se sabe cómo, sin embargo, la Agenda XXI Aprobada en Brasil 92 estableció un programa de acción, pero no se sabía si esa agenda era o no viable y si haría realmente sostenible el desarrollo”. Como vemos, lo que se había planteado por un lado es la discusión mundial de un modelo de desarrollo inclusivo “para los países pobres”; ‘sustentable’ en la medida en que se deba ejercer un amplio eje de protección ambiental. Esta responsabilidad invariable e inevitablemente propendía a que ‘todos’ los países ejercerían acciones para defender el medio ambiente. Los derechos de la naturaleza, como se puede advertir de la doctrina ambientalista comienza ya en los años setenta en la cumbre de Estocolmo; en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo humano, de Suecia, en 1972. Godofredo Strudzin hacia 1977 [“La naturaleza de los derechos y los derechos de la Naturaleza”], plantea que sea considerada a la Naturaleza como sujeto de derechos y no como objeto de protección; así: “[...] La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnosfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte integrante de los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural”. Ahora bien, dentro del debate ambiental, existen varias corrientes que han sido dimensionadas en las conceptualizaciones de “antropocentrismo” y de “ecocentrismo”; según la óptica para abordar el tema ambiental. En el mismo debate del tema de “Derechos de la Naturaleza” de la Asamblea Constituyente de Ecuador de 2008 que hay que decirlo fue pionero en jerarquizarlo a nivel constitucional de manera puntual y objetiva, se han dejado ver estas posiciones: unas en defensa de acentuar en la Carta Política el tema de “Derechos de la Naturaleza” como uno de dimensión objetiva y prevalente dentro de los derechos humanos como parte integrante del bien común de toda sociedad que tiene derecho a desenvolverse en un medio ambiente sano (vigente en el país desde 1969); y, otra [“antropocentrista”] que mira el asunto desde una manera tangencial y que debe ser tratado, como así lo ha sido jurídicamente, desde los instrumentos del Derecho Positivo; de inclusión de la defensa ambiental, empero, desde la mera legalidad y reglamentariedad. Esto es, dos tesis: una que defiende la premisa de la defensa de los derechos de la naturaleza, porque así lo exige la propia ‘Pacha Mama’, dentro de la progresión y progresividad de derechos constitucionales [“no se trata de que el medio ambiente tiene algún derecho, sino que está reconociendo al ser humano un nuevo derecho”; L. Narváez, op. Cit. Pág. 181]; y, otra, que simple y llanamente determina que “quienes gozarán de los derechos de la naturaleza son los seres humanos mismos”; pues como indica el autor Luis Sánchez Baquerizo: “Si el derecho humano, económico, social y cultural a vivir en un medio ambiente sano, vigente en nuestro país desde 24 de enero de 1969, no tiene un mecanismo eficaz para ser garantizado, entonces lo que hay que cambiar es el mecanismo de exigibilidad y no el concepto de los derechos”. Como vemos, dentro de este nuevo paradigma indudablemente que el Derecho Ambiental, sobra decirlo, los instrumentos legales, reglamentarios, etc. o el marco de protección legal que nuestro país tiene sobre Derecho ambiental, a pesar de contener principios incluidos en determinados Instrumentos Internacionales de los cuales el Ecuador ha sido signatario; sin embargo de ello, es evidente, se halla rezagado de conformidad con la nueva óptica de la defensa ambiental; lo cual se exige desde la Carta Magna bajo los parámetros que se establecen en las normas respectivas. Dicho de otra manera, el modelo tutelar antropocéntrico “era insuficiente para tutelar a la naturaleza, cada vez más amenazada por un modelo de crecimiento económico irracional”. Como se ha mencionado, nos hallamos frente a un debate amplio: por un lado, el Estado [entiéndase la Administración del Estado], convencida de implementar el desarrollo integral, y dentro de éste, es evidente y legítimo desde el punto de vista estrictamente político, el desarrollo de la minería con vista a su ulterior explotación; teniendo en consideración que se orienta hacia el ‘progreso’ en todo el espectro [cambio de matriz productiva, desarrollo de áreas estratégicas, etc.], todo lo cual sin lugar a dudas exige, dentro de otras, la implementación de políticas orientadas, reiteramos, hacia el extractivismo minero a gran escala; y, por otro lado, la visión biocéntrica, orientada a defender el ambiente en toda la línea. Lo que podría considerarse como visiones irreconciliables, que no lo son; cada ente integrante del Estado [más allá de la administración pública] tiene el derecho [y el deber] de ejercer sus roles y actividades en torno al bien común de la sociedad en su conjunto; así bien lo han pronunciado los analistas y tratadistas del tema: “El contrato social exige así también un contrato ambiental” [Carlos A. Zárate “Hacia el planteamiento de un nuevo contrato natural de Holbach y Morely”]. El mero hecho de que no exista un marco legal suficiente [en la óptica del biocentrismo] para defender de manera efectiva los derechos de la Naturaleza; no significa, de ninguna manera que de pauta para que el Estado [entiéndase Administración Pública, Ejecutivo] se ‘aproveche’ -por decirlo de alguna manera-, de aquél status quo para desentenderse y/o atentar contra ‘sus derechos’; empero, y no es menos cierto, que hemos pasado de una etapa ‘sanitarista’ a otra, ‘conservacionista’,

hasta llegar a la “ambientalista” “que se halla en formación”; conforme así lo afirman autores sobre el Tema: “Conforme se asevera, es una novísima y compleja rama del Derecho, cuya investigación y estructura demanda profundas reflexiones y estudios, puesto que se enfrenta la gran tarea de convertir en categorías jurídicas lo que han venido siendo conceptos de las ciencias naturales, ambientales y sociales en general. Teniendo en cuenta que en el caso ecuatoriano, la producción doctrinario-jurídica en sí es escasa, más aun cuando se trata de legislación protectora de la naturaleza. En todo caso se registra que en el Ecuador esta legislación se desarrolla junto con los esfuerzos que sobre esta materia hacen la CEPAL, PNUMA, posteriormente OLADE y ARPEL, en relación al campo energético para América Latina; ... es un Derecho de tercera generación... normas que tienen que ver con un contexto social... y buscan imponer un determinado modelo de organización social” [L. Narváez, Pág. 295 obra ya citada]. De forma que, se tiene que es el mismo Estado desde el Legislativo, el ente que viene realizando un amplio debate sobre la discusión de los actores sociales y la reacción social al respecto (no olvidemos que la Constitución se legitimó vía Referendo); asumiendo su rol de ser el ente llamado a corregir desfases y ante todo a regular y normar el esquema bajo el cual el Estado pueda proceder a viabilizar el desarrollo vía la explotación minera, cual es el presente caso. Es menester por tanto, no perder de vista que, de ninguna manera, y siguiendo este orden de argumentaciones y vía de discusión, se pueda -siquiera hacer referencia- a que el Legislativo ‘pueda’ vedar de plano el extractivismo minero a gran escala; sino ‘regularlo’: esto es, determinar las condiciones en las cuales se deberá realizar la actividad minera en el país, propendiendo con ello además al desarrollo social sostenible. Por lo dicho, no es posible que dicha actividad, como cualquiera otra de índole de política estatal que infiera el cambio de la matriz productiva y que sea relacionada como “área estratégica” de principal interés de la Administración Pública, sea prohibida o negada en su actividad. Evidentemente, aquello tampoco implica que dicha normativa no contenga condiciones de excepción para el ejercicio de dichas actividades. De ahí que, como bien se hace mención por parte de todas las contribuciones y actuaciones realizadas en calidad de ‘amicus curiae’ ejercitadas de manera legítima, tanto por personas naturales como jurídicas que se han hecho presentes en este proceso, constituye una tarea multisectorial la defensa a los derechos de la Naturaleza, uno de ellos, aquél que implica el Observatorio de Derechos en materia Ambiental; que así también infiere la responsabilidad del rol del control ciudadano a todas y cada una de las actividades extractivistas y del tema minero en general, desde la etapa inicial hasta la de explotación y especialmente en la formación del Derecho Ambiental ecuatoriano [“ La expresión buena ley la entendemos como la Ley legítima, resultado de la deliberación general y no la expresión de la voluntad general... ya que la fuente de la legitimidad no es la voluntad predeterminada de los individuos, sino más bien el proceso de su formación, es decir, la deliberación misma” [B. Manin “On legitimacy and political Deliberation”.- Teoría Política.- vol. 15, 1987. Ref.: “Historia Crítica de la de la opinión pública”, pág. 26. J. Habermas, México, 1994)]. Por ello, el rol de las organizaciones no gubernamentales se halla establecido por la misma responsabilidad que tienen en la producción de la ley, en sus reformas, en la puntualización de sus debilidades; y, esencialmente, en la protesta de la política pública ambiental, en el contrapunto justamente de las responsabilidades de las instituciones públicas que de cualquier manera pudiesen irrespetar las normas ambientales en su conjunto; pues aquello redundará en el mejoramiento de la defensa de los derechos de la naturaleza cual es el objetivo ulterior de las normas constitucionales. SÉPTIMO.- En la especie, se tiene que del contenido mismo del contrato de explotación minera concedido por parte del Estado ecuatoriano, a la empresa Ecuacorriente S.A., de sus propios antecedentes se ha cumplido con todas las exigencias contractuales y legales por parte de la empresa minera con la finalidad de que proceda con la fase de explotación. Se han cumplido con los Informes Ambientales y demás exigencias dentro del marco de la Ley de Minería y del Ambiente. Sobra así también referirse a que las resoluciones administrativas en las cuales se fundamenta el antecedente del contrato minero gozan de legitimidad por reserva legal; sin perder de vista, de forma alguna que cada uno de los funcionarios públicos involucrados tienen su responsabilidad en la manera establecida en la Constitución [Art. 233 CRE] y la ley, por lo cual, sus actuaciones u omisiones son “auditables” en toda la línea de conformidad con la ley. Es esencial así también establecer que el funcionario de ambiente ha referido de manera expresa en su informe que el Proyecto no “intersecta” el área del bosque ‘protector’, de lo cual se infiere que la explotación se llevará a cabo en un área específica y objetivamente determinada. De la misma forma, en la medida en que el proyecto aún no entra en fase de explotación, se deduce que “aun” es exigible en dicha fase que se cumplan con todos los parámetros para que el impacto sea mermado en relación a los temas de relavado y de acidificación de suelos; ante lo cual cabe, sin lugar a dudas las auditorías ambientales, con la oportunidad del caso y

ante los órganos y en las condiciones que se exige a las partes contractuales. La expectativa de daño ambiental no significa que se “incumplirán” las condiciones contractuales en cuanto a seguridad ambiental. Más aun, es evidente que existirá “impacto” sobre el ambiente, empero, este impacto tendrá que ver con el manejo sustentable del proyecto con el concurso del control ciudadano, de las Ong’s involucradas, etc. No se puede admitir, en un sistema democrático, que desde un solo enfoque ambiental se objete cuanto proyecto minero, para el caso, sea emprendido desde el ente estatal; aquello sería redundar en una visión maniqueísta que pretenda que no se pueda ejercer el desarrollo de dicha área estratégica bajo ningún concepto y sin que exista condición alguna. De ninguna manera se puede perder de vista que toda actividad humana repercute en la naturaleza y en su hábitat, tal como sucedió en la época del boom petrolero; sin embargo, el ejercicio de ponderación justamente se analiza desde el punto de vista del mejoramiento de la condiciones de vida de la sociedad en su conjunto frente al impacto ambiental que se podría provocar en una determinada área. Este pretendido mejoramiento de las condiciones de vida, recursos y desarrollo está por encima, ciertamente, del impacto en una determinada zona. Tornándose la discusión de tipo axiológico, viene al caso reproducir: “La categoría racionalidad ambiental funciona como un concepto heurístico que orienta y promueve la praxeología del ambientalismo. Se construye y concreta en una interrelación permanente entre la teoría y la praxis. La cuestión ambiental, incluida su problemática gnoseológica surge en el terreno práctico de la problemática social generalizada que orienta el saber y la investigación, hacia el campo estratégico del poder y la acción política. La racionalidad ambiental se contrapone a la racionalidad capitalista. La racionalidad capitalista ha estado más asociada a la racionalidad científica y tecnológica en función de incrementar la capacidad de certidumbre, de predicción y de control sobre la realidad, asegurando una eficacia creciente entre medios y fines. El saber ambiental cuestiona la racionalidad científica como instrumento de dominación de la naturaleza y su pretensión de disolver las externalidades del sistema a través de una gestión racional del proceso de desarrollo...” [Enrique Leff. “Saber ambiental sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder”. Ed. Siglo XXI, México, 2002]; ante lo cual, el autor Luis Narváz (ob. cit. pág. 433) comenta: “Esto es precisamente lo que se debe resolver a partir del nuevo marco normativo, institucional y de políticas ambientales públicas que vislumbra la Constitución del Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional. Si no se operacionalizan los preceptos constitucionales, está en riesgo el modelo político de Estado erigido sobre bases neoconstitucionales”. Así pues, visto el dilema de que el Juez constitucional ‘deba’ asumir una posición, es menester aludir a Miguel de Unamuno: “Unamuno señalaba –cuando en los años treinta se hablaba de una posible guerra civil española- que él no sería ‘neutral’ (que significa «no estar ni con unos ni con otros»), sino ‘alterutal’ (o sea, «estar con uno y con otros, uniéndolos»). Tal vez, también el Derecho, para buscar la igualdad, debiera ser hoy más «alterutal», que «neutral». Por su parte, Norberto Bobbio subraya que no deben identificarse, sin más los conceptos de neutralidad e imparcialidad: esta última, más deseable, no impide tomar partido, si se hace honesta y objetivamente”. [Elías Díaz, “La sociedad entre el Derecho y la Justicia”]. En este orden de cosas, pretender que un Juez, de cualquier nivel y competencia, tenga posiciones en contra del “ambiente” o de la “naturaleza”, es absolutamente incongruente. Así, tampoco es posible tildarse de manera peyorativa que quien Administra Justicia por resolver asuntos de legalidad, sea visto como “a favor de los contratos mineros”, en vista, de que, es por demás obvio, que aquéllos son absolutamente legales, en la óptica que las partes cumplan con cada una de sus obligaciones emitidas de éstos. Por ello, mientras el contrato cumpla con las exigencias legales [y en el marco constitucional: buen vivir, derechos de la naturaleza], no es justo posible de una forma externalizada acusarlo [al contrato] como que incumple con los Derechos de la Naturaleza y por ende tildar a un Juez de hallarse en contra de los derechos de la Naturaleza. OCTAVO.- Por último es menester hacer alusión a la Teoría de la Argumentación Lógica; dentro de esta categoría conceptual podemos observar que, tanto en la demanda, cuanto en la presentación del recurso, se ha incurrido en varias “falacias”, para el caso, tenemos que los accionantes, con el argumento y premisa reiterada de que la zona en la cual se halla el proyecto de explotación minera [Proyecto Minero Mirador] determinado en el contrato de explotación minera, se encuentra un “bosque húmedo tropical de la cordillera del Cóndor que se encuentra en buen estado de conservación, eliminando 4000 especies de plantas vasculares que contiene probablemente la mayor riqueza de América del Sur, se provocará la remoción total de los hábitats de especies de anfibios y reptiles endémicos en peligro de extinción, en un área de 6220 has en la estribaciones del Bosque Protector de la Cordillera del Cóndor; es decir, sostienen, que para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona[...].” Cuando es evidente que la zona se halla ‘focalizada’ y

'pendiente' de asegurar (conforme consta del Contrato) que el impacto ambiental sea reducido garantizando el cumplimiento de medidas adecuadas; es decir, contienen argumentaciones generalizadas y con evidente sesgo de argumentación dirigido a las consecuencias; esto es, dar por hecho una consecuencia que siendo previsible, es evidentemente subsanable en la medida de ejercer protección responsable; conforme las exigencias del marco legal ambientalista y del contrato de explotación minera mismo. NOVENO.- Consecuentemente la presente acción constitucional y de medidas cautelares que nos ocupan devienen en improcedentes, al tenor de lo que disponen los Arts. 42 numeral 1 y Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El Art. 87 de la Constitución de la República, dispone: "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho"; de manera concordante, el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que: "Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad". El Art. 27 *ibidem* determina los requisitos intrínsecos que debe cumplir la petición de medidas cautelares. Estos requisitos tienen que ver exclusivamente con que el hecho puesto en conocimiento del Juez Constitucional "debe amenazar de manera inminente o grave con violar un derecho o viole un derecho"; señala además, que se considerará "grave": "cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación". Por lo cual, mediante la interpretación teleológica y literal, podemos advertir que la norma del Art. 26 *ib.*, expone la calidad de "inminente" de la amenaza que debe acusar el hecho; y, además que esta sea de naturaleza "grave" (que ocasione "daños irreversibles"). Ahora bien, el procedimiento constitucional de "medidas cautelares" es un procedimiento además de especialísimo; sumarísimo, debiéndose acotar, que no existe en la legislación ecuatoriana procedimiento más sumario que éste, por su "celeridad": en un solo acto o diligencia judicial el Juez está facultado para conceder las medidas cautelares o negarlas "por la sola descripción de los hechos". Por lo dicho, esta diligencia constitucional es de tal importancia jurisdiccional, que exige que los "hechos" deban ser de igual categoría: por las características que se exigen del hecho deben ser de naturaleza no común, poco ortodoxa y de una importancia tal, que requiera la inmediata protección de la autoridad judicial frente a un acto de igual proporción y magnitud; es decir, la calidad del "acto" o "hecho" puesto en el conocimiento del juez, debe ser de una gravedad evidente no utópica, tal que requiera del Juez una inmediata e indubitada acción correlativa que le compela a ordenar tales medidas cautelares. Los términos "inminencia"; "gravedad" y "daños irreversibles", no son como se puede apreciar, y conforme el método de interpretación literal, ciertamente una irrealdad, por lo que no necesitan ser analizados a profundidad, pues *per-se* se dan a entender: la inminencia hace alusión a un tiempo cortísimo, no solo relativamente "corto"; y, la "gravedad" debe ser tal que provoque un "daño irreversible", esto es, que no se pueda subsanar, enmendar o corregir acudiendo a recursos judiciales o administrativos. Por lo expuesto, este Tribunal no encuentra, que la actividad minera a realizarse por la accionada "Ecuacorriente"; ni los actos administrativos emanados de las Instituciones Públicas demandadas, vulneran derechos o garantías constitucionales referentes a la naturaleza como sujeto de derechos, pues se trata de actos y contratos legalmente suscritos por autoridad competente, dentro de sus campos de competencia, con informes previos de por medio. En uso de las atribuciones constantes de los Arts. 88 de la Constitución Política del Estado y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Primera Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, desecha el recurso de apelación interpuesto por los accionantes y confirma el fallo venido en grado que rechaza la acción propuesta. Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el proceso al Inferior para los fines legales pertinentes y cúmplase con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, para los fines previstos en la indicada norma. Notifíquese.-

## Lista de referencias

- Acosta, Alberto 2011. (Comp.) *La Naturaleza con Derechos*. Abya Yala. Quito.
- Acosta, Alberto 2009. *Derechos de la Naturaleza*. Abya Yala. Quito.
- Ávila, Ramiro 2011. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución del 2008*. Abya Yala. Quito.
- Ávila, Ramiro 2011. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Corte Constitucional para el Período de Transición/ CEDEC, Quito.
- Bebbington Anthony 2009. “Actores y ambientalistas: conflictos socio-ambientales en Perú”, en: *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*. No, 35, 117-128, septiembre.
- Bibiloni. Héctor. 2005. *El Proceso Ambiental*. LexisNexis. Buenos Aires.
- Bobbio, Norberto 2005. *Teoría General del Derecho*, Ed. TEMIS, Bogotá.
- Boff, Leonardo 2011. *Ecología: Grito de la tierra, grito de los pobres*. Trotta, Madrid.
- Carbonell, Miguel 2011. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Ed. Cevallos. Quito.
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Corte Constitucional 2010. *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Quito.
- Dahrendorf ,Ralf. 1992, “Hacia una teoría del conflicto social”, en Amitai Etzioni y Eva Etzioni (compiladores), *Los cambios sociales: fuentes, tipos y consecuencias*, Fondo de Cultura Económica, México
- Estrada, Alexie. 2007. “Los tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Ed.): 121 –157. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi 2011. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia* Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi 2007. “Sobre los derechos fundamentales”. En *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Ed.): 71 –89. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi 2006. *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid.
- Fontaine G. 2005. “Del manejo de conflictos ambientales a la institucionalización de arreglos: el aporte de las teorías de la gobernanza”, en Sergio Florencio Abreu (Comp.). , Quito, FLACSO, CAF, Embajada de Brasil, Ministerio das Relacaos Exteriores, Odebrecht, pp. 131-148.
- Foucault, Michel 1999a. *Estrategias del poder*. Barcelona: Ed. Paidós.

- 1999b. “La verdad y las formas jurídicas”. En *Estrategias de poder*. Barcelona: Ed. Paidós.
- Guastini, Ricardo 2010. *Teoría ideológica de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Guastini, Ricardo. 2007 “Sobre el concepto de constitución”. En *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (Ed.): 15 –28. Madrid: Trotta.
- Guha, Ramachandra 1994. “El ecologismo de los pobres”. *Ecología Política*. 137-151.
- Grijalva, Agustín. 2011 *Constitucionalismo en Ecuador*. Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Quito.
- Gudynas, Eduardo 2009. *El Mandato Ecológico*. Abya Yala. Quito.
- Habermas, Jürgen 2012. *La constitución de Europa*. Trotta. Madrid.
- Kelsen, Hans 1995. *Teoría General del derecho y del Estado*. UNAM. México D.F.
- Leff, Enrique. 2006. “La ecología política en América Latina, Un campo en construcción”, en: Hector Alimonda (comp.), *Aportes para una ecología política Latinoamericana*, CLACSO, Buenos Aires.
- Leff, Enrique 2004. *Racionalidad ambiental*. Siglo Veintiuno. México DF.
- Leff, Enrique 2002. *Saber ambiental*. Siglo Veintiuno. México DF.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional 2009.
- Lorenzetti, Ricardo 2011 *Teoría del Derecho Ambiental*. TEMIS, Bogotá.
- Martínez Alier, Joan 2004: "Las relaciones entre la Ecología Política y la Economía Ecológica", *El ecologismo de los pobres Conflictos ambientales y lenguajes de valoración*. Icaria, Barcelona, pp. 317-341.
- Montaño, Juan 2011. *Apuntes de derecho procesal constitucional*. Corte Constitucional para el Período de Transición. Quito
- Narváez, Iván y Narváez María José 2012. *Derecho Ambiental en clave neoconstitucional*, FLACSO, Quito.
- Narváez, Iván. 2010. *Enfoque Neoconstitucional: la dimension ambiental en la Constitución de la República del Ecuador*. Ecociencia. Quito.
- Organización de Estudios Ecologistas 2011. *Los Derechos de la Naturaleza. Nueva Arma de Lucha Frente a las Actividades Petroleras en los Países Amazónicos*. Quito.
- Perez, Efraín 2011. “El proceso ambiental en la Constitución”. *Novedades Jurídicas*. Vol. VIII, N°. 66: 20-31, diciembre.

Pozolo, Susanna, 1998. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, DOXA 21-II.

Prieto Sanchís, Luis 2009. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta. Madrid.

Prieto Sanchís, Luis. 2007) “El Constitucionalismo de los derechos”. En *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. , Teodoro Bustamante y Miguel Carbonell (Ed.): 213 – 235. Madrid: Trotta.

Protocolo para la elaboración de precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO).

Schmidt, Alfred. 1976. “*El concepto de NATURALEZA en MARX*”. Siglo XXI Editores. México D.F.

Stutzin, Godofredo. 1984.”Un imperativo Ecológico: Reconocer los derechos de la naturaleza”. *Revista Ambiente y Desarrollo* I (1). 97-114. Santiago de Chile.

Trujillo, Julio César 1994. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Corporación Editora Nacional. Quito.

Zagrebelsky, Gustavo. 2009. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trotta, Madrid.

## **Entrevistas**

Entrevista 01A

Jhoel Escudero S

Profesor investigador para la Universidad de las Américas.

Ecuador Servicios jurídicos

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional.

Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado, y Diploma en Mediación, Universidad Central del Ecuador, Quito (UCE); Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional

Entrevista 02A

Natalia Greene

Coordinadora del Programa de Derechos de la Naturaleza en Fundación Pachamama

Consultora de Derechos de la Naturaleza

Máster en Ciencias Sociales con mención en Ciencia Política

Activista

Entrevista 03A

Mario Melo:

Coordinador del centro de derechos humanos en la Universidad Católica

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica del Ecuador, Quito

Máster en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco, Donostia

Diploma en Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago