

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

“LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y EL TRATAMIENTO
JURÍDICO DEL MEDIO AMBIENTE Y LA NATURALEZA EN
RELACIÓN AL IMPACTO DE LAS ACTIVIDADES
HIDROCARBURÍFERAS”

JOSÉ ALEJANDRO SALGUERO MANOSALVAS

DIRECTOR: DR. RENÉ BEDÓN

QUITO, AGOSTO-2011

DEDICATORIA

A DIOS, quien ha bendecido desde niño mi alma y mi existencia, quien con su infinita bondad me otorgó una familia llena de amor que me ha sostenido en momentos difíciles y me ha impulsado cuando he necesitado alcanzar mis objetivos.

A mi Padre, Milton Fabián Salguero Cueva, persona de mi más grande y sincera admiración, mi paradigma de ser humano, mi amigo incondicional, la persona que siempre me extenderá su mano para levantarme cuando lo requiera, para felicitarme cuando lo merezca, para reprenderme cuando lo amerite, quien hizo posible mi realización profesional y quien contribuye cada día en mi búsqueda de alcanzar la excelencia humana.

A mi hermano, Milton Fabián Salguero Manosalvas, mi amigo, mi protector, quien siempre será el ángel, qué, vigilante, intentará el bienestar de su hermano menor, mi ojo derecho, quién con su actos más o menos notorios, pero siempre importantes, ha procurado la rectitud de mis acciones, que al final son las que definen al ser humano que pretendo llegar a ser.

A la memoria de mi Madre, a su perenne e indeleble presencia en mi alma y corazón, Sandra Lina Manosalvas Mejía, mi amor eterno.

AGRADECIMIENTOS

Profundamente agradezco a DIOS por la gracia que abraza mi vida, por las aptitudes y capacidades con las que me bendijo.

A mi Padre por ser él la persona que, nunca ha escatimado prurito alguno en su trabajo, en sus sacrificios, con el único fin que sus hijos gocen de bienestar. Sin él mis estudios no hubiesen sido una realidad.

A mi Madre por sus enseñanzas en mis años primeros de vida que fueron la semilla justa que en el horizonte de mi existencia, han marcado la ruta del compromiso, de la responsabilidad, del hambre de superación profesional y personal.

Al Profesor Hernán Salgado Pesantes, maestro del Derecho que con su palabra, sabiduría y erudiciones, logro que la ciencia del Derecho sedujera mi mente y alcanzara un amor que será sempiterno hacia ésta.

Agradezco especialmente a mis guías profesionales, José Vásquez Álvarez, Tatiana Sánchez Ramón y Carlos Jaramillo, personas que me han mostrado la pasión, la honradez e incluso la perspicacia que debe definir la práctica y la utilización real de la ciencia del Derecho.

Finalmente, y no porque en mi jerarquía sentimental merezcan el último lugar, sino porque considero que mencionarlos a ellos en este punto es el mejor cierre posible a este agradecimiento; me refiero a mis nunca olvidados amigos, aquellos que compartieron conocimiento y aprendizaje en mi carrera universitaria, con quienes viví momentos impagables, inolvidables, irrepetibles, únicos, buenos, felices, en ocasiones tristes, malos, momentos todos que convirtieron a estas personas en parte esencial de mi vida, que fueron son y serán, siempre, verdaderos amigos y colegas: Daniela López, Mauricio Maldonado, Luis Calero y Juan Carlos Estrella.

ÍNDICE

Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Índice	iii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
1. DERECHO AMBIENTAL	5
1.1 Concepto	5
1.1.1 Medio Ambiente	5
1.1.2 Naturaleza	6
1.1.3 Derecho Ambiental	8
1.1.4 Principales Hitos de la evolución del Derecho Ambiental Contemporáneo	8
1.1.5 Concepto y Características	11
1.2 Fuentes del Derecho Ambiental	13
1.3 Principios del Derecho Ambiental	16
1.3.1 Desarrollo Sustentable	19
1.3.2 Igualdad Intergeneracional	21
1.3.3 Igualdad Intrageneracional	22
1.3.4 Principio de Prevención	23
1.3.5 Principio de Precaución	26
1.3.6 Principio el que contamina paga	29
1.3.7 Principio de Participación	32
1.3.8 Principio de Gestión Transversal	37
CAPÍTULO II	41

2. LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA	41
2.1 Teorías Antropocéntricas y ecocéntricas sobre el medio ambiente y la naturaleza	41
2.1.1 Teoría Antropocéntrica	41
2.1.2 Teoría Ecocéntrica	42
2.2 Derechos Constitucionales de la Naturaleza	45
2.2.1 Derecho a la Conservación	51
2.2.2 Derecho a la Restauración	53
2.2.3 Derecho a la no inclusión de organismos que alteren el patrimonio genético del Estado	56
2.2.4 Prohibición de apropiación de servicios ambientales	58
2.3 Reserva Constitucional	64
CAPÍTULO III	70
3. NORMAS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN AL SUJETO NATURALEZA Y AL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO	70
SECCIÓN I	70
3.1 Protección en la Legislación Ecuatoriana: La actividad Hidrocarburífera	76
3.1.1 Licencia Ambiental	78
3.1.2 Ley de Gestión Ambiental	82
3.1.3 Ley de Hidrocarburos	86
3.1.4 Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador	89
SECCIÓN II	103
3.2 Protección en la Constitución	103
3.2.1 Interpretación favorable en caso de duda	103
3.2.2 Responsabilidad Objetiva por daño ambiental	107

3.2.3 Legitimidad Activa para reclamar daño ambiental	119
3.2.3.1 Legitimidad por la Naturaleza	124
3.2.3.2 Legitimidad por Derechos Difusos	129
3.2.3.3 Legitimidad por Derechos Propios	134
3.2.4 Intangibilidad de Áreas Naturales Protegidas	136
3.2.5 Consulta Previa	139
3.2.6 Interés Público de preservación y conservación del medio ambiente	146
3.2.7 Mecanismos no contaminables de producción	151
3.2.8 Recursos naturales no renovables como Patrimonio inalienable e imprescriptibles	154
3.2.9 Expropiación de bienes como medida de manejo sustentable del medio ambiente	158
CAPÍTULO IV	165
4. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y NATURALEZA	165
CONCLUSIONES	178
BIBLIOGRAFÍA	181

INTRODUCCIÓN

“La Constitución de la República y el tratamiento jurídico del Medio Ambiente y la Naturaleza, en relación al impacto de las actividades hidrocarburíferas” es un tema que nos encamina al estudio acerca del alcance, sentido, interpretación y aplicabilidad de las normas constitucionales, en relación con las normas infra constitucionales, que protegen el Medio Ambiente y la Naturaleza respecto de los impactos ambientales causados por las actividades hidrocarburíferas. El tema de la presente disertación encuentra su justificación entre la dicotomía del progreso y desarrollo económico frente a la necesidad de protección y cuidado del medio ambiente. En este sentido, la economía de nuestro país, en la actualidad encuentra su principal actividad y fuente de recursos económicos, en la extracción de recursos naturales no renovables, como es el caso de los hidrocarburos. Los costos ambientales por los impactos generados por la práctica productiva de la actividad hidrocarburífera, no se han establecido con la claridad deseada y muchas veces, nuestro ordenamiento jurídico ha sido escaso en regular las responsabilidades de quienes producen daño ambiental, sumando a esta deficiencia, la falta de garantías jurídicas para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que se derivan de la protección ambiental.

Así, la nueva Constitución de la República se ocupa de proteger derechos relativos al Medio Ambiente y la Naturaleza, como sujeto de derechos propios, por lo que es necesario, analizar cuál es el alcance, contexto, sentido y aplicabilidad de estas normas con el fin de conocer e identificar de una manera más prolija esta protección del Medio Ambiente y la Naturaleza y poder establecer la real aplicación de las normas protectoras del ambiente, y así propender a que el contenido de las mismas no se agote en meras declaraciones.

Dentro de este contexto, es necesario tener presente que la relación entre el ser humano y el Medio Ambiente ha experimentado una evolución desde la edad industrial, en la cual la influencia del hombre a través de su actividad productiva y de desarrollo económico, ha significado la alteración de la conducta regular de los ecosistemas, generando nuevas relaciones que por su importancia no se han podido mantener ajenas de la ciencia jurídica. En nuestro país, cada vez es más acentuada la necesidad de industrialización de nuestra capacidad productiva con el fin de poder competir dentro del mundo tecnológico, industrial, productivo que impera hoy. Sin embargo, esta urgencia por alcanzar un aceptable desarrollo económico tiene consecuencias ambientales que en el Derecho Internacional del Medio Ambiente se han tratado desde mediados del siglo pasado.

En Ecuador, como se ha dicho, la mayor actividad productiva y la principal fuente de ingresos según los datos que arroja el balance de nuestro Producto Interno Bruto es la explotación de hidrocarburos, principalmente el petróleo.

Actividad que causa grandes impactos ambientales (efectos que se producen por una determinada acción humana sobre el medio ambiente) y en muchos casos una grave contaminación por todo el proceso de extracción, industrialización, transporte y refinación de este recurso, lo que necesariamente deviene en la necesidad de un estudio amplio y profundo sobre las normas orientadas a mitigar los efectos de impacto ambiental de la actividad en cuestión. Sobre esta base, nuestra Constitución de la República expedida por la Asamblea Constituyente del año 2008 y aprobada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum, reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos, estableciendo un paradigma dirigido a alcanzar un régimen de buen vivir mediante el establecimiento de garantías, respeto y protección de derechos que nos permitan alcanzar una dignidad y bienestar en base a la armonía colectiva, consagrando derechos que miran como prioritario el devenir de toda la sociedad en todas sus facetas otorgando un lugar privilegiado en la protección jurídica de derechos a la naturaleza y al medio ambiente, a la equidad e igualdad económica, lo que conduce a la búsqueda de un equilibrio racional entre las relaciones del hombre en su desarrollo económico con el insoslayable y necesario balance ambiental. Así, el buen vivir se alcanza en gran porcentaje por el cuidado y respeto al medio ambiente, cuya protección ha tomado un rumbo más amplio por la norma constitucional, y a su vez este buen vivir, se encuentra estrechamente relacionado con el progreso igualitario, equitativo, solidario y justo de la riqueza del Estado, que en el Ecuador tiene como su principal rubro y mayor patrimonio a los hidrocarburos. Recursos naturales no renovables que suponen la mayor fuente de riqueza de nuestro Estado. Al respecto, la presente disertación busca cumplir con el objetivo de identificar las relaciones jurídicas que se derivan de la actividad hidrocarburífera y la protección ambiental, tomando como base una investigación teórica, normativa, doctrinaria, jurisprudencial y de derecho comparado, considerando principalmente la protección jurídica del medio ambiente y sujeto naturaleza establecida en la Constitución de la República y demás normas ambientales en la rama de hidrocarburos. Lo que deriva en los siguientes objetivos específicos:

- Definir en base a lo prescrito en la Constitución de la República, la titularidad de los derechos relativos al Medio Ambiente y la Naturaleza, observando la concepción clásica de los sujetos de derecho en contraposición con la calidad de sujeto de derecho de la naturaleza.
- Analizar los principios de derecho ambiental respecto a cómo han sido recogidos y prescritos en nuestro ordenamiento jurídico.
- Determinar los derechos constitucionales que ostenta la naturaleza como sujeto de derechos, dilucidando además la cuestión de la reserva constitucional de estos derechos.

- Esclarecer la legitimidad activa para reclamar un daño ambiental y ejercer los medios jurisdiccionales de protección al medio ambiente, determinando quien tiene esa legitimidad según nuestra Constitución.
- Analizar las normas constitucionales de protección del medio ambiente y la naturaleza a través de instituciones como la consulta previa y la responsabilidad objetiva por daño ambiental.
- Estudiar comparativamente en relación a las normas constitucionales de protección medio ambiente, el tratamiento jurídico de las normas infra constitucionales de protección del medio ambiente y la naturaleza, en la rama de hidrocarburo y determinar la suficiencia y armonía de esta protección en consideración de la Norma Suprema.

Para lograr estos objetivos en los diferentes capítulos de la disertación se trata lo siguiente:

En el primer capítulo de la disertación se busca definir los conceptos principales materia del estudio: naturaleza, medio ambiente y derecho ambiental. Se revisa también los principales principios de esta nueva rama del Derecho, desde una perspectiva local, cotejando así las principales premisas de estos, con lo establecido en la Constitución de la República y las normas inferiores.

El segundo capítulo trata el tema de las teorías antropocéntricas y ecocéntricas (adoptada por nuestra Ley Fundamental), los derechos constitucionales de la naturaleza, es decir, aquellos que el propio texto constitucional ha reconocido, consagrado y garantizado en su propio cuerpo. Entre los derechos analizados están el derecho a la conservación, derecho a la restauración, derecho a la no inclusión de organismos que alteren el patrimonio genético, prohibición de apropiación de servicios ambientales y finalmente la institución de la reserva constitucional de los derechos de la naturaleza. Tema que se deriva de la naturaleza misma de los derechos que se tratan, en cuanto estos son inalienables e irrenunciables.

El capítulo tercero representa la parte central de la disertación. En éste, se analiza a la actividad hidrocarburífera entorno a su relevancia en la economía de nuestro país. A partir de este análisis, el estudio se orienta a la revisión y razonamiento sobre las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad hidrocarburífera en relación al impacto ambiental. En este sentido, son materia de atención, la Ley de Gestión Ambiental, la Ley de Hidrocarburos, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador, normas que a su vez han sido razonadas desde el marco que las normas constitucionales han establecido para el reconocimiento y protección de los derechos de la naturaleza y medio ambiente. Finalmente, en el capítulo se desarrolla el tratamiento jurídico per ser que la Constitución de la República prescribe en relación al tema, revisándose las siguientes instituciones: interpretación en caso de duda,

responsabilidad objetiva por daño ambiental, legitimidad activa para reclamar daño ambiental (legitimidad por la naturaleza, legitimidad por derechos difusos y legitimidad por derechos propios), intangibilidad de áreas naturales protegidas, consulta previa, interés público de preservación y conservación del medio ambiente, mecanismos no contaminables de producción, recursos no renovables como patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, expropiación de bienes como medida de manejo sustentable del medio ambiente y complementariamente el instrumento denominado licencia ambiental.

Finalmente, el capítulo último de la disertación, es un análisis de derecho comparado, en rango constitucional sobre la protección al medio ambiente y naturaleza. Los principales ordenamientos jurídicos que se investigaron son de países con una realidad socio-económica y ambiental equiparable al nuestro como Costa Rica, los países Miembros de la Comunidad Andina y en general países latinoamericanos. No obstante debido al mayor avance en el estudio del tema que tienen países como Alemania, España y demás países europeos, de igual forma se consideró también las disposiciones que sus legislaciones contemplan sobre Derecho Ambiental.

RESUMEN

La presente disertación versa sobre el tratamiento jurídico que la Constitución de la República del Ecuador, emanada del órgano constituyente reunido en Montecristí, Manabí, y aprobada mediante referéndum en el año 2008, otorga al sujeto de derecho naturaleza (concepto novísimo introducida en dicha Norma Suprema) y al derecho humano, difuso, de las personas, a beneficiarse de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. El análisis producto de la elaboración de la disertación, derivada de un método deductivo de investigación, se enmarca en las disposiciones normativas de nuestro ordenamiento jurídico, jurisprudencia, principios de derecho ambiental y doctrina sobre las cuestiones emanadas de la protección en el ámbito de la ciencia del Derecho, que debe amparar a la naturaleza y al medio ambiente, con especial mención y relación a las actividades hidrocarburíferas en todas sus fases, las cuales no obstante de la aplicación de medidas preventivas y precautelatorias, causan impacto ambiental y muchas veces daño de la misma índole. En este sentido, a fin de lograr comprender el alcance, sentido y aplicabilidad material de las prescripciones y declaraciones constitucionales, en la disertación se ha analizado y revisado los principios que rigen a esta rama de derecho “El Derecho Ambiental”, las instituciones jurídicas que recogen estos principios dentro de nuestro orden jurídico, (como es el caso de la licencia ambiental, la consulta previa o la reserva constitucional) y además, se ha profundizado sobre el necesario estudio de los cuerpos normativos que regulan, en materia ambiental, a las actividades del sector de hidrocarburos:

El estudio se ha empeñado con el objeto de extraer los principios, mecanismos e instituciones que en armonía con la Constitución de la República, configuran los medios jurídicos para lograr el “telos” del Derecho Ambiental: la protección del medio ambiente y la naturaleza. En este sentido se pretende aportar a la ciencia jurídica, con un análisis sobre la titularidad de los derechos relativos al Medio Ambiente y la Naturaleza, la aplicación de los principios de derecho ambiental, alcance y sentido de la reserva constitucional, la legitimidad activa para reclamar daño ambiental, ejercicio de los medios jurisdiccionales de protección al medio ambiente, alcance y aplicabilidad de la consulta previa, la responsabilidad objetiva por daño ambiental, la expropiación por interés ambiental, etcétera.

Dentro de este contexto, los temas que con especial énfasis se han ensayado, tienen que ver con el alcance, respeto y garantías en el goce y ejercicio de los derechos de la naturaleza reconocidos y consagrados por la Ley Fundamental del Estado ecuatoriano, sobre los sujetos titulares de los mismos y sobre legitimarios activos y pasivos quienes puedan exigir y a quienes se pueda reclamar la observancia y cumplimiento de las disposiciones, en materia ambiental, que recoge nuestro Código Político. Finalmente, revistiendo

indispensable importancia el estudio del Derecho Comparado sobre la materia ambiental, se presenta en la disertación un sumario análisis sobre el tratamiento jurídico, en rango constitucional, desarrollado en ordenamientos jurídicos foráneos.

CAPÍTULO I

1. DERECHO AMBIENTAL

1.1 Concepto

1.1.1 Medio Ambiente

Cuando pensamos en medio ambiente, las personas tendemos a imaginar una diversidad de conceptos según nuestra cosmovisión y realidad. No obstante, cualesquiera sea la concepción sobre el significado del medio ambiente, es común encontrar definiciones orientadas a ubicar al hombre como un elemento externo al mismo, y por tanto relacionar al medio ambiente con elementos básicos del planeta como el suelo, la tierra o el cielo, ora con especies de la naturaleza y sus ecosistemas, ó con los recursos naturales que tienen valor para el desarrollo del ser humano; tendencia a la cual de cierto modo se une la Real Academia Española cuando define medio ambiente como el conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades, aunque como se puede apreciar, la referencia es a un ser vivo en general y no al hombre en particular. Es preciso anotar que, a pesar de esta tendencia, la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Estocolmo en 1972, concede al ser humano su lugar como miembro perteneciente al medio ambiente declarando que: “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente.”. En el mismo sentido, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 determina que:

La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y de materias nutritivas. La civilización tiene sus raíces en la naturaleza, que moldeó la cultura humana e influyó en todas las obras artísticas y científicas, y de que la vida en armonía con la naturaleza ofrece al hombre posibilidades óptimas para desarrollar su capacidad creativa, descansar y ocupar su tiempo libre.

Estas declaraciones, han acentuado la idea del ser humano como un elemento más que compone el medio ambiente, no obstante de su calidad de eje central del mismo, para lo cual su desarrollo económico, social, cultural, etc., determina también el devenir de todo su entorno, en este caso del medio ambiente, pues éste, es donde se desarrolla y se crea el ser humano, la biodiversidad, los recursos renovables y no renovables, la infraestructura concebida por el hombre en el pasado y en el presente, y la cultura y conocimientos ancestrales.

Finalmente, es necesario anotar la definición que la Ley de Gestión Ambiental, dentro de su glosario de definiciones nos trae y que servirá como referencia en esta disertación: Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus

interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones.

1.1.2 Naturaleza

Analizado lo que entendemos por medio ambiente, es necesario ubicar lo que creemos por naturaleza, con el fin de precisar si para efectos de este estudio, se consideraran los dos conceptos como iguales, o se los entenderá como ideas distintas.

Como se mencionó en el tema anterior, la Carta Mundial de la Naturaleza considera al ser humano como parte de la naturaleza, respondiendo al pensamiento generalizado de considerar a la naturaleza un medio donde se desarrollan los ecosistemas, hallando un símil con lo que se entiende por medio ambiente. Sin embargo, de la definición de medio ambiente que establece la Ley de Gestión Ambiental y que citamos arriba, se puede colegir que la naturaleza no es el medio ambiente en sí, sino parte de este, al igual que el hombre, pues cita que el medio ambiente es un sistema global en permanente modificación por la naturaleza o por acción del hombre, lo que convierte a la naturaleza en un elemento más del medio ambiente.

Es interesante también, lo que nuestra Carta Magna considera respecto a lo que se entiende por naturaleza, declarando en las primeras líneas de su artículo 71, que: “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a...”. Esta disposición constitucional, significa dos aspectos:

“Que la naturaleza es donde se reproduce y realiza la vida”, lo que nos induce a pensar que según nuestra Ley Fundamental, la naturaleza y el medio ambiente significan lo mismo.

“...tiene derecho a...”, cuestión interesante (que analizaremos posteriormente con mayor profundidad), en cuanto constitucionalmente se considera a esa concepción abstracta llamada naturaleza, como sujeto de derechos.

Ahora bien, una primera definición de naturaleza nos dice que es el “conjunto, orden y disposición de todo lo que compone el universo.” Es decir, la naturaleza en su sentido más amplio equivaldría al mundo natural desde una perspectiva física, es decir el universo material. El término naturaleza según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre sus acepciones hace referencia también al principio universal de todas las operaciones naturales e independientes del artificio. Es decir los fenómenos del mundo físico y también a la vida en general sin incluirse los objetos artificiales ni la intervención y creación humana.

En este concepto, podemos apreciar que se considera a la naturaleza como un todo distinto al ser humano, pero asimilable al medio ambiente o el medio ambiente en sí mismo. Sin embargo, tradicional y mayoritariamente se entiende que naturaleza es un elemento definidor, que conforma la esencia de

un ser o un todo, que en el caso de la vida o en relación al medio ambiente, la naturaleza es un elemento más del mismo al igual que el ser humano, por lo que no es un sinónimo, sino, la naturaleza es ese conjunto de ecosistemas diferentes a los del hombre, que conforman el medio ambiente.

Es indudable que la naturaleza es el medio donde se desarrolla la vida, incluso la del ser humano, pero es cierto también que la naturaleza no siempre es el medio ambiente del hombre, pues éste puede ser el resultado estrictamente de su intervención y creación, a pesar de que nuestra Norma Suprema signifique a la naturaleza como el lugar donde se desarrolla la vida sin distinción alguna. En conclusión, entenderemos que la naturaleza es el parte de un todo (medio ambiente) que está relacionada entre si de una forma en que ningún factor de tipo ajeno a ella intervenga en su creación (el hombre). La Na

1.1.3 Derecho Ambiental

Entendemos que el derecho es una ciencia social a través de la cual se establece un orden normativo orientado según valores propios de una determinada sociedad, que busca regular la conducta de sus individuos, reconocer y tutelar sus facultades y estructurar e institucionalizar su colectividad. Dentro de esta ciencia se encuentran ramas de la misma, que permiten facilitar su estudio de acuerdo a la materia a la cual amparan, al objeto de su protección e incluso a las relaciones jurídicas que regulan. Así tenemos que una de sus ramas (de emergente y moderna conceptualización) es el Derecho Ambiental.

Carlos Andaluz Westreicher define al Derecho Ambiental como:

El conjunto de normas y principios de acatamiento imperativo, elaborados con la finalidad de regular las conductas humanas para lograr el equilibrio entre las relaciones del hombre y el ambiente al que pertenece, a fin de lograr un ambiente sano y el desarrollo sostenible.

1.1.4 Principales Hitos de la evolución del Derecho Ambiental Contemporáneo

El Derecho Ambiental, es una rama de estudio del Derecho de gran crecimiento, debido a la importancia que la gestión ambiental reviste en la actualidad por lo que se torna imperativo alcanzar el desarrollo sostenible. Así, debido a la influencia del hombre en el medio ambiente y la necesidad de regular las actividades contaminantes, el derecho ambiental ha evolucionado vertiginosamente y de forma progresiva a partir de la década de los 70, cuando la sociedad principalmente norteamericana, crea una suerte de conciencia social sobre problemas ambientales, influenciados por acontecimientos como el derrame de petróleo del buque Exxon Valdez en Alaska. En 1972 bajo una atmósfera de conciencia ambiental entre las naciones por defender el medio ambiente desde una plataforma con fuerza jurídica, se celebra en Estocolmo, acogidos por las Naciones Unidas, la Conferencia sobre el Medio Humano. Esta Conferencia Internacional emitió

la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, instrumento internacional con carácter no convencional, sino declarativo y recomendatorio, que sirvió como antesala para que en años posteriores proliferen una multitud de Convenios que buscan regular distintos sectores del medio ambiente en peligro de afectación. A partir de la Conferencia de Estocolmo se creó el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA), institución cuya misión principal es actuar como órgano asesor ejecutivo y coordinador de programas de cooperación internacional en materia ambiental. La Carta de la Naturaleza de 28 de octubre de 1982, es una consecuencia de la gestión del PNUMA.

Posteriormente a la Conferencia de Estocolmo de 1972, dos hechos se pueden catalogar como hitos en la evolución del Derecho Ambiental: el Informe de la Comisión BRUNDTLAND de 1987 y la Conferencia de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo de 1992.

El primero es resultado de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Su nombre obedece a que estuvo encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, primera ministra de Noruega en tres ocasiones.

Este documento significa el origen del término desarrollo sustentable. Forma parte de una serie de iniciativas, anteriores a la Agenda 21, las cuales reafirman una visión crítica del modelo de desarrollo adoptado por los países industrializados y reproducido por las naciones en desarrollo, y que resaltan los riesgos del uso excesivo de los recursos naturales sin considerar la capacidad de soporte de los ecosistemas. El informe apunta hacia la compatibilidad entre desarrollo sustentable y los padrones de producción y consumo vigentes.

La Conferencia de Río de Janeiro de 1992 seguramente es la mayor fuente de instrumentos jurídicos paradigmáticos del Derecho Ambiental. Esta Conferencia surge con el objetivo de construir una auténtica Carta de la Tierra que establezca los principios normativos tendientes a salvaguardar y preservar el medio ambiente del Planeta Tierra. Sin embargo, la esperanza de redactar un Instrumento Internacional con carácter de “ius cogens”, se diluyó progresivamente durante el desarrollo de la Conferencia, obteniendo como resultado una Declaración que contiene 27 principios (sin carácter obligatorio y peor aún coercitivo) orientados a armonizar la práctica productiva e industrial con el cuidado del medio ambiente: La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

Finalmente, dentro de esta corta referencia a los principales hitos en la evolución del Derecho Ambiental, es necesario analizar, aunque someramente, la Agenda 21.

También llamada Programa 21, fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro de

1992, siendo uno de sus principales productos, no obstante ser una norma de soft law o norma blanda, es decir no representa un instrumento de cumplimiento obligatorio en el Derecho Internacional del Medio Ambiente.

Pero a pesar de su naturaleza de normativa blanda, la Agenda 21 significa un programa de acción de los países que la suscribieron y ratificaron, en virtud de lo cual, sus gobiernos deben orientar sus acciones respecto a la conservación, cuidado y prevención del medio ambiente, en observancia a tratar de ejecutar lo dispuesto del programa.

La Agenda 21 es un estudio completo, cuidadosamente elaborado, dividido en cuatro secciones en las que se analiza: las dimensiones sociales y económicas del problema del medio ambiente y el desarrollo, las guías para la conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, el reforzamiento del papel de los principales grupos involucrados y los medios para asegurar la aplicación del programa.

La evolución de la aplicación de la Agenda 21, es analizada en el internet de la siguiente manera:

El programa 21 ha tenido un estrecho seguimiento a partir del cual se han desarrollado ajustes y revisiones. Primero, con la conferencia denominada Río+5, se llevó a cabo del 23 al 27 de junio de 1997 en la sede de la ONU en Nueva York; posteriormente con la adopción de una agenda complementaria denominada Objetivos de desarrollo del milenio (Millennium Development Goals), con énfasis particular en las políticas de globalización y en la erradicación de la pobreza y el hambre, adoptadas por 199 países en la 55ª Asamblea de la ONU, celebrada en Nueva York del 6 al 8 de septiembre del 2000; y la más reciente, la Cumbre de Johannesburgo, reunida en esta ciudad de Sudáfrica del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

Para concluir, anotaremos brevemente las cuatro etapas de evolución legislativa del Derecho Ambiental, según la identificación realizada por el Dr. Guillermo J. Cano, estudioso, investigador y escritor sobre derechos de los Recursos Naturales, nacido en Mendoza-Argentina:

- Protección primaria, con el objeto de defender y proteger estándares específicos de la calidad de la vida humana contra riesgos específicos del ambiente. Es una normativa orientada en función de los riesgos.
- La dominación de los recursos, a través de la distribución o asignación de recursos naturales para usos determinados, incluyendo la prevención de conflictos entre usuarios. Es una normativa que se orienta a través de los usos.
- Conservación de recursos, por medio de un manejo racional para mantener su disponibilidad. Se orienta a base de los recursos y no de los usos.
- Control ecológico o protección ambiental, orientada en función del ecosistema del que forma parte el recurso.

1.1.5 Concepto y Características

Se puede entender como Derecho Ambiental a un “Conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente.”

Este conjunto de normas jurídicas, principios e instituciones que conforman esta nueva rama de Derecho, es parte integral de los derechos humanos, pertenece esencialmente al derecho público aunque también se encuentra relacionada con el derecho civil, sobre todo en las cuestiones relativas a las responsabilidades por daño ambiental, o derechos reales de servidumbre (generalmente servidumbres de agua), etc., es un derecho colectivo en cuanto su goce y los bienes jurídicos que tutela no están supeditados a una sola persona sino que rebasa el ámbito de lo privado, así también es un derecho difuso pues no es posible determinar prima facie al titular del derecho cuyo goce y ejercicio ha sido vulnerado. El Derecho ambiental sin lugar a dudas actúa como canal integral que determina las relaciones entre el desarrollo económico y el bienestar general, regulando las actividades humanas para que sus consecuencias tengan el menor impacto posible sobre la armonía de la naturaleza y el medio ambiente. Sus características principales son:

- El Derecho Ambiental es esencialmente preventivo, es decir, se aleja de la orientación reparadora. Sus normas procuran que la actividad humana no contamine el ambiente, la naturaleza y afecte a los propios seres humanos; por lo que en su mayoría no tienen un carácter punitivo.

Esta característica del Derecho Ambiental encuentra resistencia en las necesidades de producción y desarrollo de los países como el Ecuador cuya actividad productiva principal es la hidrocarbúfera. En este sentido, es imperativo que la decisión política de la extracción o no de recursos petroleros, se constriña al respeto de las normas tendientes a minimizar el daño ambiental y social.

- Como se dijo anteriormente, el Derecho Ambiental tiene carácter público, lo que quiere decir que sus normas son de carácter imperativo, su cumplimiento no puede ser obviado por acuerdo entre particulares, sustituyendo así el interés subjetivo del patrimonio individual por el reconocimiento del interés colectivo y el patrimonio común.

- Indudablemente el Derecho Ambiental tiene una implicación internacional, debido a que las actividades contaminantes tienen repercusión a nivel global, sobre todo cuando la afectación se ha producido a la biosfera, poblaciones transfronterizas o al patrimonio común de la humanidad (altamar, especies migratorias, espacio estratosférico, etc.) involucrando a varios Estados, sin considerar demarcaciones territoriales y superando las jurisdicciones nacionales.

- El Derecho Ambiental procura el desarrollo sustentable, la búsqueda de soluciones solidarias que buscan el equilibrio entre el bienestar económico y

el cuidado del medio ambiente. El desarrollo sustentable es la principal guía del Derecho Ambiental, permitiendo que no se restrinja el desarrollo industrial de una sociedad per se, sino que se lo concuerde en virtud de los mecanismos de usos y explotación racional de los recursos naturales.

De las características señaladas, podemos ensayar un concepto de Derecho Ambiental:

Es una rama de Derecho Público que establece principios, instituciones y normas jurídicas de carácter esencialmente preventivo, que regulan las actividades del ser humano que contaminan o pueden llegar a contaminar el medio ambiente, la naturaleza o vulnerar los derechos humanos de las personas, encaminado a la consecución del desarrollo sustentable cuya aplicación responde a un interés colectivo, siendo su goce, ejercicio y titularidad ostentado por la sociedad y no por un individuo en concreto.

1.2 Fuentes del Derecho Ambiental

Cuando hablamos de fuentes de Derecho, nos referimos a los actos o hechos creadores de normas jurídicas. Cuando estudiamos las fuentes del Derecho intentamos determinar cómo se originan las normas que conforman un ordenamiento jurídico.

Dentro de las fuentes de Derecho encontramos dos clases: las reales, materiales o primarias y las fuentes formales del Derecho. Las primeras están constituidas “por aquellos factores sociales, económicos, políticos y culturales –inherentes a toda sociedad-, también los ideológicos y religiosos.” Son estos factores los que definen el ordenamiento jurídico en particular de cada sociedad, pues son el resultado de las exigencias históricas de cada colectivo organizado bajo el imperio del Derecho, y por tanto definen el contenido de su orden positivo.

Las fuentes formales por su parte son el medio de producción “per se” de las normas jurídicas. Son la manifestación de voluntad individual o colectiva de quienes ostentan la competencia dentro de la configuración política del Estado, para crear Derecho, en observancia a aquellos factores que forman parte de la fuente material. Estas fuentes formales son: la costumbre, la legislación, la jurisprudencia, los principios universales del Derecho y la doctrina de los tratadistas.

Dentro del Derecho Ambiental, encontramos que sus Fuentes Formales pueden ser Indirectas o Directas. Estas fuentes tienen el carácter de difusas, es decir, se encuentran dispersas por toda la legislación. Las fuentes indirectas son aquellas cuyo carácter no es imperativo, sino más bien, declarativo, en cuanto proponen principios rectores para la elaboración de normas con fuerza coercitiva de cumplimiento obligatorio y de aplicación real y material. Generalmente estas fuentes tienen naturaleza internacional de derecho blando, o lo que es lo mismo, son instrumentos internacionales que no constituyen normas de ius cogens. Entre las principales encontramos:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU promulgada el 10 de diciembre de 1948;
- La Declaración de Estocolmo dada en la Conferencia sobre el Medio Humano de 1972
- La Carta de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 37-7 de 28 de octubre de 1972.
- El Informe Brundtland adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo creada por las Naciones Unidas en 1983.
- La Declaración de Río de Janeiro, Brasil, elaborada en Junio de 1992
- La Agenda 21

Fuentes formales directas del Derecho Ambiental, son aquellas conocidas también como normas de derecho duro, es decir normas jurídicas cuya observancia al ser imperativa, obliga a ser cumplidas sin excepción ni excusa:

- La Constitución de la República. (Esta fuente formal del Derecho Ambiental, es la norma central sobre la cual se basará nuestro estudio, y de la cual se analizará las disposiciones que protegen la conservación y garantizan la restauración del medio ambiente cuando se ha producido un daño ambiental.)

La actual Constitución, expedida por la Asamblea Constituyente del año 2008 y aprobada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum, es el resultado de un momento histórico por el cual atraviesa la sociedad ecuatoriana en todo su conjunto y expresiones, dentro de un panorama global en el que la humanidad confronta la idea de bienestar económico contra la necesidad del cuidado ambiental, provocando una dicotomía que no es ajena a nuestro país, que afronta dicho dilema entre la transición del modelo de desarrollo de carácter liberal, a un modelo basado en la concepción del buen vivir.

Dentro de este panorama, nuestra Carta Política contempla dentro del ámbito del Derecho Ambiental, conceptos progresistas sobre el medio ambiente estrechamente relacionados con el principio de desarrollo sustentable, mirando también otros principios de esta rama del Derecho, especialmente aquellos relacionados a la conservación y reparación de nuestro ecosistema, acogiendo además la teoría ecocéntrica, respecto a la Naturaleza como sujeto de derechos y reconociéndole a ésta, precisamente derechos propios.

- Los Tratados Internacionales, entre los cuales podemos destacar:
 - a) Protocolo de Kyoto, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
 - b) Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.
 - c) Protocolo de Montreal sobre la Minimización de las Sustancias Químicas Agotadoras de la Capa de Ozono.

d) Convenio de Róterdam, sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo, aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional.

e) Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

f) Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, dado en Londres el 30 de noviembre de 1990.

g) Convenio sobre Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos.

- La legislación, siendo las más importantes:

a) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

b) Ley Orgánica de Salud.

c) Ley de Gestión Ambiental.

d) Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental.

e) Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida silvestre.

f) Ley de Aguas.

g) Ley de Participación Ciudadana y Control Social.

h) Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos.

- Decretos, Reglamentos y Acuerdos, siendo los principales para la materia de este estudio:

a) Reglamento de Aplicación de los Mecanismos Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.

b) Texto Unificado de la Legislación Ambiental Secundaria.

c) Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador.

d) Acuerdo Ministerial N° 14 publicado en Registro Oficial de N° 554 de 23 de marzo de 2009, para el Licenciamiento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas.

e) Resolución de la Marina Mercante, publicada en Registro Oficial N° 77 de 8 de mayo de 2003, para Responsabilidad Civil por Contaminación del Mar por Hidrocarburos.

- Jurisprudencia, siendo especial el Expediente de Casación N° 67, publicado en el Registro Oficial N° 486 del 11 de Diciembre del 2008, por derrame de Crudo seguido por Alfonso Calva Castillo en contra de PETROPRODUCCIÓN.

Otras fuentes formales del Derecho Ambiental son:

- La Costumbre.

- Los Principios Generales de Derecho Ambiental, que analizaremos posteriormente.

- La Doctrina de los tratadistas.

1.3 Principios del Derecho Ambiental

El Derecho Ambiental como todas las demás ramas de esta ciencia social, fundamenta sus normas en principios propios de la misma, no obstante existan Principios Generales del Derecho que son las orientaciones o directivas que inspiran la creación de las normas y del Derecho en sí, concebido como un todo. Para el tratadista García Máynez, los Principios Generales del Derecho son:

Principios fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas lógicas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano y científicos, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente.

En cuanto a la naturaleza de los Principios Generales del Derecho, es importante resaltar la explicación que al respecto nos da el jurista Norberto Bobbio:

Son tres las cuestiones básicas en torno a este concepto: el de la naturaleza (de naturaleza normativa dado que se encuentran implícitamente dentro de una legislación aún cuando no sea de manera expresa); el de la fuente (ya que se origina o deriva de generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor) y el de la validez de tales principios (encuentran dicha validez no por ser “verdades supremas” lo cual no es absolutamente cierto, sino por ser sí de máxima generalidad y aceptación).

Por tanto, los Principios Generales de derecho establecen la fundamentación primaria y general del ordenamiento jurídico y de cada rama del Derecho, siendo esa su naturaleza; pero a su vez actúan como subsidiarios de la norma jurídica, dado que función también es llegar a suplir las lagunas formales del derecho. Sirven de inspiración para la interpretación normativa (sea auténtica o judicial) aclarando el sentido de la ley o imputándole contenido valorativo ante una laguna jurídica.

Dentro del Derecho Ambiental, sus principios son el fundamento de la política, la administración ambiental y sus normas mismas. Deben entonces, estar implícitos en el diseño y ejecución de planes programas y estrategias de los actos del gobierno y en el ejercicio de la función pública relativa al cuidado, conservación y tutela del medio ambiente. Los principios del Derecho Ambiental, son inspiradores de la generación de la normativa ambiental y sirven para interpretar las normas o aplicar derecho en ausencia de éstas; siendo complementarios entre sí, es decir que la aplicación de un principio ambiental es precedida por la observancia de otro, y la satisfacción

de uno deriva en la aplicación de otro, consecuentemente la interpretación de los principios de Derecho Ambiental debe ser holística.

Nuestra Norma Suprema, consagra expresamente principios en base a los cuales el Estado procurará la protección del medio ambiente del Ecuador. Estos principios se declaran explícitamente en el artículo 395 de la Constitución, sin embargo los artículos 396 y 397 del Código Político, también prescriben principios como el de prevención, precaución, gestión transversal, participación ciudadana, etc.

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

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Finalmente, es preciso exponer que el tratadista Jordano Fraga, considera que se debe distinguir entre los Principios Generales del Derecho Ambiental, es decir aquellos manifestados en textos normativos como la Constitución o Tratados internacionales, de los principios específicos positivados del Derecho Ambiental, expresados en normas de menor jerarquía como leyes, reglamentos u ordenanzas, que permiten la ejecutividad real de los principios declarados en la Constitución o los mismos tratados. Consideración que en Ecuador, se debe analizar cuidadosamente, debido a que al consagrar la Constitución al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, se entiende que en la observancia y aplicación de las normas constitucionales, se debe aplicar insoslayablemente el principio “self executing”, es decir, no se podría acusar la falta de norma de menor jerarquía a la constitucional, para excusar la falta de aplicación de la norma contemplada en ésta.

1.3.1 Desarrollo Sustentable

El principio de desarrollo sustentable es el eje sobre el cual gira toda la protección jurídica, a nivel constitucional y legal en el Ecuador. Los principios para el desarrollo económico y la protección del medio ambiente se fundamentan en el concepto de desarrollo sustentable. Toda actividad que

comprometa el cuidado del medio ambiente de nuestro país, sea que implique la explotación de recursos renovables, o no renovables (como los hidrocarbúricos); debe constreñirse a la observancia de mecanismos sustentables de producción.

Así, la Constitución de la República establece en su artículo 395 numeral 1 que “El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.” Del mismo modo, la Ley de Gestión Ambiental, adopta el modelo de desarrollo sustentable determinando en su artículo 3 que “El proceso de gestión ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.”

El desarrollo sustentable es definido en 1988, por la Comisión Brundtland de la Organización de Naciones Unidas (ONU) como aquel que “satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras de satisfacer también las suyas”. En efecto el desarrollo sustentable es la búsqueda del equilibrio entre cuidado del medio ambiente y métodos productivos que propendan el desarrollo y la industrialización de los países. Este concepto ha sido abordado por varios organismos y en diversas convenciones internacionales, siendo interesante lo que Cuidar la Tierra considera es desarrollo sustentable: “Mejorar la calidad de la vida humana dentro de la capacidad de carga de los ecosistemas que lo sustentan.” La Declaración de Estocolmo de 1972, en su principio 2 establece que “... Los recursos naturales de la tierra (...) deben ser protegidos en beneficio de las presentes y futuras generaciones mediante una planificación y manejo adecuado.” La cuestión que emana del concepto de desarrollo sustentable es trascendental en el estudio del Derecho Ambiental, debido a que su aplicación representa no solo el equilibrio entre desarrollo y cuidado ambiental, sino, el canal que une la planificación política, administrativa y económica, en una dimensión ambiental del desarrollo, ubicando dentro de la gestión ambiental, preeminentemente la mitigación de daños producidos y restauración ambiental como consecuencia de actividades productivas de desarrollo.

En nuestra legislación, la Ley de Gestión Ambiental define el desarrollo sustentable como:

El desarrollo sustentable es el proceso dinámico en el que el manejo de los recursos naturales, la potencialización del ser humano, los mecanismos de concientización y participación ciudadana, el enfoque del desarrollo científico y tecnológico, la formulación de nuevos esquemas legales y administrativos, la orientación de la economía y la orientación de principios éticos de

responsabilidad ambiental, fortalezcan las opciones para satisfacer las necesidades básicas actuales, sin destruir la base ecológica de la que dependen el desarrollo socioeconómico y la calidad de la vida de las futuras generaciones.

Esta definición de nuestra ley, precisa un tema importante (al señalar la calidad de la vida de las futuras generaciones) en el análisis del desarrollo sustentable ya que integra su concepto y lo relaciona con otros principios de esta rama del Derecho y aplica además conceptos como la equidad intergeneracional e intrageneracional.

Es necesario señalar que se ha tratado de distinguir los términos de sustentabilidad con el de sostenibilidad, para lo cual la doctrina ha adoptado un criterio que si bien no es unánime, es el más aceptado, el cual señala que mientras más perenne se vuelva el desarrollo sustentable, correlativamente se alcanza el desarrollo sostenible. En definitiva, el desarrollo sostenible es la consecuencia de la observancia progresiva del desarrollo sustentable, ubicando la calidad de vida del ser humano como centro del desarrollo, fundamentando éste en el paradigma del crecimiento económico con equidad social y equilibrio económico.

1.3.2 Igualdad Intergeneracional

La igualdad intergeneracional establece que “las actuales generaciones están limitadas respecto del ambiente por las necesidades de las futuras generaciones.”

En virtud de este concepto, los seres humanos deben procurar acceder a los recursos naturales renovables y principalmente no renovables, cuidando su conservación y tendiendo a su restauración y regeneración, con el fin de garantizar a las futuras generaciones, el goce íntegro de los elementos ecológicos que la actual generación tiene el privilegio de explotar, visualizar, consumir o conservar. Para conseguir este fin, la humanidad requiere una modificación de las instituciones, así como de los métodos de gestión y toma de decisiones en cuanto al desarrollo productivo y cuidado del medio ambiente, considerando lo que la doctrina económica conoce como la “ponderación intergeneracional.”

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sustentable, aprobada en la 17^o sesión plenaria de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable de Johannesburgo, celebrada el 4 de septiembre de 2002, es el principal instrumento jurídico en el cual se expresa y consagra este principio. El punto sexto de la citada declaración reza:

Desde este continente, cuna de la humanidad, proclamamos, por medio del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la presente Declaración, nuestra responsabilidad hacia

nuestros semejantes, hacia las generaciones futuras y hacia todos los seres vivientes.

Además en su punto treinta y siete determina que:

Desde el continente africano, cuna de la humanidad nos comprometemos solemnemente, ante los pueblos del mundo y las generaciones que heredarán la tierra, a actuar para que se haga realidad el desarrollo sostenible, que es nuestra aspiración común.

Es importante también señalar que si bien la Declaración de Johannesburgo es la más importante sobre este tema, en la Conferencia de Estocolmo ya se determina como principales condicionamientos para el cuidado del planeta Tierra: la conservación de la naturaleza y la equidad intergeneracional.

1.3.3 Igual Intrageneracional

La igualdad o equidad intrageneracional es un concepto estrechamente ligado al principio de desarrollo sustentable. Su teorización, ha sido elaborada principalmente por economistas siendo esta ciencia la que ha profundizado en la investigación sobre el tema.

Esta equidad intrageneracional busca dentro de la aplicación del desarrollo sustentable, un sistema de democratización económica de los recursos y adopción de políticas solidarias internacionales y ejecución de medidas administrativas eficientes en la esfera nacional, una justa distribución de los beneficios y costos medioambientales entre las generaciones presentes con miras a satisfacer las necesidades futuras, sin comprometer la capacidad de esas generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Es importante anotar que este concepto es complementario a la idea de equidad intergeneracional, dado que los dos buscan proteger las generaciones futuras, si bien la equidad intergeneracional lo hace desde una óptica actual directamente orientada hacia lo posterior, y la intrageneracional cuida de las generaciones futuras pero como consecuencia de su búsqueda de igualdad actual.

La transferencia de tecnologías limpias desde los países industrializados hacia los países de economía emergente y países en desarrollo, ha sido la principal actividad que demuestra la aplicación del concepto de igualdad intrageneracional. En este sentido, la Declaración de Río afirma que “ para alcanzar el desarrollo sustentable y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas” y recomienda la cooperación para el fortalecimiento de las capacidades para alcanzar el desarrollo sustentable “ aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras” . Esta transferencia de tecnología lo que busca es reducir el principal problema

de contaminación, que es la pobreza, entendida ésta, no solo individualmente sino en un concepto global, es decir la pobreza de las naciones.

1.3.4 Principio de Prevención

El principio de prevención se fundamenta en el hecho de que los daños infringidos al medio ambiente no pueden ser siempre reparados, lo que imposibilita aplicar la teoría de la reparación de daños reponiendo las cosas al estado anterior de la afectación, debido a que las características comunes de los daños ambientales son su gravedad e irreversibilidad. Por esta razón, cuando existe la certeza sobre lo pernicioso que puede resultar un actividad para los ecosistemas, hábitats y en general el proceso ecológico esencial, del territorio donde se realizará la misma, se debe procurar mitigar estos resultados adversos al medio ambiente mediante la implementación de medidas preventivas.

Como se dijo antes, el Derecho Ambiental encuentra como característica definitoria, su naturaleza eminentemente preventiva debido a que el bien (la conservación y preservación del medio ambiente y la naturaleza) que pretende proteger este derecho, no encontraría salvaguarda en un derecho con carácter preeminentemente punitivo que sancione conductas ya materializadas que no se puedan deshacer y por tanto el daño al bien protegido sea irreversible. Por esta razón, el fin fundamental de las regulaciones establecidas en una legislación ambiental, es impedir que el daño se produzca, para lo cual es ineludible determinar las obligaciones, mecanismos y procedimientos necesarios (vgr... el estudio de impacto ambiental) para erradicar o mitigar los efectos nocivos de las actividades humanas. Complementariamente, el Derecho Ambiental, deberá castigar el incumplimiento de dichas obligaciones con la sanción correspondiente.

Por esta razón, el principio de prevención (estrechamente relacionado con el principio de precaución), constituye el antecedente directo del principio “el que contamina paga” que se analizará más adelante, pero que cabe decir es un principio sancionador.

La prevención según Morand-Deviller “obligaría a tomar en cuenta no solamente el perjuicio futuro sino también el perjuicio eventual” lo cual es correcto, considerando siempre que la prevención a diferencia de la precaución se apoya en la certeza científica del riesgo de daño ambiental por lo que si el riesgo es probable o eventual se debe aplicar el principio que nos ocupa en detrimento del principio de precaución.

El principio de prevención es principalmente determinante en el estudio de la responsabilidad por daño ambiental, debido a que ésta última se encuadra dentro de la responsabilidad objetiva en la teoría de daños, lo que nos conduce a pensar que en base al principio de prevención, por el solo hecho de realizar un actividad riesgosa, al momento de producirse un daño, sería irrelevante

tratar de dilucidar la negligencia, culpa o dolo, pues la responsabilidad objetiva se genera ipso facto del hecho generador del daño.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de prevención se encuentra en el artículo 396 de la Constitución de la República el mismo que de manera general, impone al Estado el deber de adoptar las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuando exista certidumbre de daño. Este artículo define claramente el principio, pues prescribe el requisito definitorio del mismo: la certeza del daño. Este principio también se desarrolla en los principales instrumentos internacionales del Derecho Ambiental como la Declaración de Río o la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992. En ésta última, en el artículo 4 se adopta el siguiente compromiso:

Todas las Partes, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias, deberán:...

b) Formular, aplicar, publicar y actualizar regularmente programas nacionales y, según proceda, regionales, que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático, tomando en cuenta las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, y medidas para facilitar la adaptación adecuada al cambio climático;... c) Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal en todos los sectores pertinentes, entre ellos la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos.

Un mecanismo real para la aplicación de este principio en nuestro país es el estudio de impacto ambiental, instrumento de protección del medio ambiente, definido por la Ley de Gestión Ambiental en su glosario de definiciones como: “estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas.” Este estudio es un requisito sine qua non y ex ante, indispensable para ejecutar cualquier actividad con riesgo de contaminación como indudablemente es la actividad hidrocarburífera. Así, para esta actividad en concreto, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador en el artículo 33 determina que:

Los estudios ambientales consisten en una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de

establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases hidrocarburíferas. Constituyen herramientas técnicas que en conjunto mantienen una unidad sistemática que para fines prácticos se la divide con relación a las diferentes fases de la actividad hidrocarburífera, y se clasifican en:

- a) Estudio de Impacto Ambiental inclusive el Diagnóstico Ambiental - Línea Base;
- b) Auditoría Ambiental; y,
- c) Examen Especial.

Los Estudios Ambientales según el último inciso de este artículo, constituyen documentos públicos por lo tanto son de libre acceso a la ciudadanía, con miras al control social de estas actividades en consonancia con el principio de participación que se analizará posteriormente.

La característica de anterioridad de este principio, la recoge el artículo 34 primer inciso *Ibídem*, que regula que:

Los Estudios Ambientales serán requeridos previo al desarrollo de cada una de las fases de la actividad hidrocarburífera, según los criterios constantes en este Reglamento. Para el caso de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, se tendrá en cuenta el marco jurídico ambiental regulatorio de cada contrato.

Otros de los mecanismos de prevención positivados en nuestro ordenamiento jurídico, son la evaluación de impacto ambiental, las auditorías ambientales, la licencia ambiental (que se la estudiará en capítulos posteriores) y en general, procedimientos y requisitos determinados para cada actividad que revista peligro de contaminación. Las definiciones de las tres primeras se encuentran en la Ley de Gestión Ambiental:

Auditoría Ambiental.- Consiste en el conjunto de métodos y procedimientos de carácter técnico que tienen por objeto verificar el cumplimiento de las normas de protección del medio ambiente en obras y proyectos de desarrollo y en el manejo sustentable de los recursos naturales. Forma parte de la auditoría gubernamental.

Evaluación de Impacto Ambiental.- Es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada. Tiene dos fases: el estudio de impacto ambiental y la declaratoria de impacto ambiental. Su aplicación abarca desde la fase de prefactibilidad hasta la de abandono o desmantelamiento del proyecto, obra o actividad pasando por las fases intermedias.

Licencia Ambiental.- Es la autorización que otorga la autoridad competente a una persona natural o jurídica, para la ejecución de un proyecto, obra o

actividad. En ella se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario debe cumplir para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente.

1.3.5 Principio de Precaución

Este principio del Derecho Ambiental es consecuencia directa del desarrollo tecnológico de la humanidad y de los nuevos medios de producción que el hombre ha desarrollado, cuya complejidad entraña muchas veces la imposibilidad de determinación con certeza científica, prima facie, de los riesgos o daños ambientales que provocarían dichas actividades.

El Primer instrumento internacional que trató expresamente este principio es la Declaración de Río de Janeiro de 1992, norma en la cual en el principio 15 de la misma, se proclama que:

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.

La definición de esta Declaración, toma como elemento principal del daño su carácter de irreversible. En este sentido, nuestra Constitución de la República, es más progresista respecto al entendimiento de este principio prescribiendo en su artículo 396 que: “En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.” Como se aprecia, en esta disposición constitucional ya no se categoriza al daño como irreversible, sino se contempla cualquier daño al ambiente, sin importar su intensidad o magnitud, consideración importante si se tiene en cuenta que la finalidad del principio de precaución es, ya sea a) que el responsable de la actividad posiblemente contaminante se abstenga de realizar el proyecto que pueda causar daño; y, b) que la actividad se pueda realizar tomando en cuenta al menos las precauciones que para el efecto impone el principio preventivo, observando como referencia lo que el código civil establece sobre culpa levísima.

La segunda Sala del Tribunal Constitucional, actual Corte Constitucional ha considerado este principio en Resolución 1409-2007-RA, de 02 de octubre de 2008, como: “...una de las medidas de mayor importancia con respecto a la protección al derecho del medio ambiente sano, el cual ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo...”

Se debe tener en cuenta que la aplicación de este principio no es arbitraria, al contrario se deben configurar ciertos requisitos y verificar la coexistencia de algunos elementos para invocar el mismo:

a) Peligro de daño grave e irreversible: Como ya lo estipulo la Declaración de Río de Janeiro, y aunque nuestra Constitución de la República no lo determine, para evitar arbitrariedades e interpretaciones ambiguas y maliciosas, es necesario establecer un parámetro mínimo de nocividad del daño que se pretende evitar con la observancia de este principio verbigracia actividades que puedan extinguir una especie o alterar irreversiblemente los procesos ecológicos esenciales de determinado ecosistema.

b) La carencia de certeza científica no significa que a pesar que sea absoluta la falta de información empírica sobre la actividad presumiblemente contaminante, se pueda aplicar este principio, sin verificar la existencia de indicios sólidos que justifiquen la nocividad y consecuente perjuicio que significaría la ejecución de ese proyecto.

c) Análisis costo-beneficio de acción contra la falta de acción. Esta reflexión debe ponderar circunstancias que nos permitan dilucidar la conveniencia o no de prohibición definitiva de una actividad, o la permisión de la misma con regulaciones tendientes a mitigar sus impactos ambientales. Estas consideraciones, se las debe basar en evaluaciones del impacto ambiental, tomando en cuenta intereses económicos, sociales, culturales y productivos superiores que no pueden afectarse por la restricción de una actividad riesgosa.

d) Medidas proporcionales. Este requisito está estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad consagrado en nuestra Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en virtud del cual las medidas deben ser equiparadas con el nivel de protección deseado, considerando aquellas estrictamente necesarias para tal fin.

e) Inversión de la carga de la prueba por lo cual, el efecto de la aplicación de este principio deriva en la inversión de la prueba, es decir que la inocuidad para el ambiente de la actividad que se pretende limitar o prohibir debe correr a cargo de quien la propone.

Finalmente, para entender mejor este principio nos remitimos a Betancor que señala:

El Derecho Ambiental está basado en el nivel de conocimientos existente en cada momento respecto de las actividades y sus impactos ambientales, en particular, del nivel de tolerancia del ambiente a las actividades de las personas, su capacidad de regeneración, así como respecto de las técnicas más adecuadas para disminuir o eliminar el impacto ambiental de las actividades con incidencia o impacto ambiental. El parámetro normativo de control y regulación de estas actividades debe fijarse en atención al análisis de tales impactos sobre el medio receptor, así como de las características, en particular

técnicas, que han de reunir dichas actividades para alcanzar el óptimo en términos de impacto ambiental, y, debe, por otro, tener en cuenta las propuestas tecnológicas elaboradas para alcanzar los objetivos ambientales perseguidos. Sin embargo, la contribución de la ciencia a la configuración del parámetro normativo está llena de incertidumbres. El conflicto entre la seguridad jurídica y la inseguridad e incertidumbre científicas es fuente de problemas. Porque el Derecho le pide a la ciencia algo que ésta no puede dar: la causa y el causante, o sea, la individualización de la causa productora del daño para a continuación individualizar al responsable que deba asumir las consecuencias jurídicas del daño. Frente a esta exigencia, la ciencia responde con sus dudas; no existe la certeza científica. No es posible afirmar de manera absoluta cuáles son las causas productoras de un determinado impacto ambiental. Tampoco es posible afirmar con el mismo carácter que una solución mitiga o elimina los impactos. Estas ideas quedan puestas de manifiesto de manera dramática a la vista de los problemas de la lluvia ácida o del calentamiento del planeta. Existen indicios de cuáles son las causas productoras de estos fenómenos; pero estas causas interactúan con otras en una cadena de causas hasta producir el indicado fenómeno.

1.3.6 Principio el que contamina paga

Este principio tiene su origen en las relaciones comerciales internacionales, cuyo fin era estandarizar los costos de las afectaciones ambientales, es decir, impedir que ciertos Estados asuman esos costos derivados de la industria de su país y que sus empresas compitan en situación de ventaja, respecto de aquellas en cuyos países el Estado penalizaba o simplemente no subsidiaba esos costos.

Dentro del Derecho Ambiental, el principio “contaminador pagador” es consecuencia de la gravedad y seriedad de los hechos contaminantes que son extremadamente nocivos para el ambiente y por tanto los responsables de los mismos deben asumir los costos no solo indemnizatorios, sino, los costos de la reparación del ambiente. En este sentido, podemos revisar, que el derrame de crudo más costoso de la historia fue el causado por el buque Exxon Valdez en Alaska en 1989; del cual, solo el costo de la limpieza alcanzó unos US\$2.5 billones y los costos totales (incluyendo multas, faltas, transacciones, etc.) se estimaron en US\$9.5 billones. En Francia en el año de 1999, el derrame del Buque Erika, causó daños que aún están siendo procesados y se han calculado por unos US\$ 180 millones. En España, el costo total de los daños ocasionados por el derrame del Prestige aun no han sido calculados, pero solo el Gobierno español está reclamando más de US\$ 800 millones a la compañía clasificadora del buque. Situaciones límites que han impulsado al Derecho Ambiental a concebir este principio.

Jurídicamente este principio nace en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que establece en su punto 16 que:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Otro instrumento internacional que también incluye importantes referencias a este principio es el “Informe de la Cumbre de Johannesburgo” de 2002 que dentro del Plan de Aplicación de las Decisiones de la cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, determina:

III. Modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción

b) Aprobar y poner en práctica políticas y medidas destinadas a promover modalidades sostenibles de producción y consumo, aplicando, entre otras cosas, el criterio de que quien contamina paga, que se define en el principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

En línea con los conceptos contenidos en estas declaraciones, se debe considerar que lo que busca el principio “el que contamina paga” es establecer que “el contaminador debe pagar los costos de las medidas necesarias para reparar los daños ambientales producto de la actividad por él desarrollada, hasta alcanzar los niveles ambientales aceptables establecidos por las autoridades públicas”

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de la República en su artículo 396 prescribe en el inciso segundo que: “Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”. La norma constitucional por tanto, contempla al principio contaminador pagador, no solo como aquel en virtud del cual quien ejerce la actividad contaminadora está en la obligación de solventar económicamente los costos de la reparación de los daños causados al ambiente, sino también, reparar mediante indemnizaciones, los perjuicios ocasionados al Estado, a los particulares y a la naturaleza misma, como consecuencia de su actividad. Se debe tomar en cuenta también, que las medidas que se adoptan en virtud de este principio no son solo reparatorias e indemnizatorias, sino también, preventivas. Así, la Política Nacional Ambiental, considera que el “principio el que contamina paga” se refiere a “la indemnización pagada por causar daños ambientales y contaminación; incorpora, además, reglas de prevención, mitigación y restauración de daños ambientales. No se trata de una licencia para contaminar y luego cancelar los costos de indemnización, sino más bien de la necesidad de interiorizar las posibles externalidades negativas sobre el medio ambiente.” Este concepto adopta una clara terminología económica cuando señala las externalidades negativas al medio ambiente, lo que nos conduce directamente a aplicar este principio desde el origen mismo de la actividad productiva. La externalidades

se podría interiorizar, con la aplicación de impuestos pigouvianos que permitan regular la contaminación, debido a que pagar el impuesto va a ser más atractivo para el contaminante que afrontar los costos de descontaminación.

Las medidas que se pueden adoptar para la aplicación del principio que tratamos, y que en Ecuador de hecho se han implementado son el cobro de tasas sobre productos, tasas por permisos administrativos, tasas por transporte de recursos naturales como madera.

Dentro del ámbito de la explotación de recursos hidrocarburíferos, existen normas de calidad de procedimientos de producción como las ISO u OSHAS, planes de prevención como los estudios de impactos ambientales y los planes de contingencia en caso de emergencia o daño ambiental, normas de emisión como los límites máximos permisibles de emisión en actividades de hidrocarburos etc. Por último es importante anotar que la Ley de Hidrocarburos implícitamente consagra este principio en su artículo 90 el mismo que narra:

Las indemnizaciones que se deban pagar por los perjuicios ocasionados en terrenos, cultivos, edificios u otros bienes, con motivo de la exploración o el desarrollo de la explotación petrolera, o de cualquier otra fase de las industrias de hidrocarburos, serán fijadas por peritos designados por las partes. En caso de desacuerdo, el Ministro del Ramo nombrará un dirimente.

1.3.7 Principio de Participación

El efecto que produce una determinada acción humana sobre el medio ambiente, es decir el impacto ambiental, es producido por los ciudadanos de un Estado, o por éste mismo. Razón por la cual, es el Estado a través de su laboro gubernamental quien ha de encargarse de regular las actividades contaminadoras. Sin embargo, los particulares de forma individual, ora la sociedad de forma organizada, también tienen el deber de colaborar con este propósito de tutela del medio ambiente.

En virtud de esto, la participación ciudadana es inherente a la gestión ambiental, y no solo a esta, sino también, a todos los derechos y deberes que nacen del vínculo jurídico político denominado ciudadanía, y principalmente dentro de un Estado constitucional organizado bajo un régimen democrático, como es la República del Ecuador.

Precisamente en nuestro país, la participación ciudadana adquiere especial relevancia debido a que el Constituyente, al momento de elaborar la Constitución que en la actualidad nos rige, consideró declarar como función del Estado (concepto novísimo del Estado Constitucional de Derechos y justicia, que se aleja de la clásica división de funciones, inspirada en la teoría de la separación de poderes: Ejecutiva, legislativa y judicial) una, que a pesar de pasar a formar parte del aparato que compone el gobierno estatal, en teoría, se conforma por la ciudadanía de forma directa, lo cual revaloriza y ensalza el

ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos: la Función de Transparencia y Control Social. Este poder del Estado, formado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias, tiene como obligación promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentar e incentivar la participación ciudadana, proteger el ejercicio y cumplimiento de los derechos, y prevenir y combatir la corrupción, considerando que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

Este derecho de participación se orienta –según disposición constitucional Art. 95- por principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad; cuyo objeto son los asuntos de interés público a través de un ejercicio de mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria. La sociedad en virtud de este principio, puede organizarse para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en la toma de decisiones y creación de políticas públicas, así como en el control social de todos los niveles de gobierno y personas privadas vinculadas con la res pública (en particular los que se ocupan del tema ambiental). Estas organizaciones pueden formular propuestas y reivindicaciones ambientales, sociales, culturales y demás que contribuyan al buen vivir. De este modo, los ciudadanos son partícipes de la gestión ambiental (Art. 97 de la Constitución).

Un aspecto importante de la participación social, es aquel relacionado con el acceso a la tutela jurisdiccional y administrativa. En este sentido, la tutela puede ser pedida incluso cuando no se afecte a un interés particular, sino, basta con que éste sea un interés difuso.

Es importante señalar que la Constitución en su artículo 99 determina un mecanismo de participación social llamado acción ciudadana, a través de la cual se puede en forma individual o en representación de la colectividad proteger mediante derecho de acción, la violación de un derecho (en este caso ambiental) o la amenaza de su afectación.

Otra consecuencia de este principio de participación es el derecho de acceso a la información pública.

Nuestra legislación contiene una norma especial que regula, de manera general, los asuntos de participación social: La Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, publicada en el Registro Oficial N° 175 de 20 de abril de 2010, en adelante LOPCCS. Esta norma, determina los mecanismos de participación ciudadana, control social y ejercicio de la democracia semi-directa. Además, norma el ejercicio del derecho de libre acceso a la

información pública el mismo que constituye un instrumento fundamental para ejercer la participación ciudadana, la rendición de cuentas y el control social. Según el artículo 97 de esta Ley Orgánica:

La información pública pertenece a la ciudadanía y se encuentra sujeta a los principios establecidos en la Constitución y las leyes correspondientes. Quienes la manejen son sus administradores y depositarios, y están obligados a garantizar su acceso, de manera gratuita, con excepción de los costos de reproducción.

Para obtener tutela jurídica con miras a satisfacer su goce y ejercicio, los ciudadanos disponemos del derecho de acción de acceso a la información pública cuando ésta –la información- haya sido negada expresa o tácitamente, cuando haya sido entregada de forma incompleta, o no sea fidedigna.

En materia ambiental, es importante el avance que esta Ley hace respecto a los mecanismos de participación social, implementando la consulta ambiental a la comunidad, como medio adyacente de la consulta previa libre e informada. (Los dos mecanismos son complementarios, la aplicación de uno no excluye el ejercicio del otro. La Consulta previa se analizará a profundidad posteriormente en este estudio).

A parte de las consultas, existen otros mecanismos de participación determinados en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social:

- Audiencias Públicas: Artículo 73 LOPCCS.- Se denomina audiencia pública a la instancia de participación habilitada por la autoridad responsable, ya sea por iniciativa propia o a pedido de la ciudadanía, para atender pronunciamientos o peticiones ciudadanas y para fundamentar decisiones o acciones de gobierno.
- Cabildo popular: Artículo 76 LOPCCS.- El cabildo popular es una instancia de participación cantonal para realizar sesiones públicas de convocatoria abierta a toda la ciudadanía, con el fin de discutir asuntos específicos vinculados a la gestión municipal.
- Silla Vacía: Artículo 77 LOPCCS.- Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados son públicas y en ellas habrá una silla vacía que será ocupada por una o un representante, varias o varios representantes de la ciudadanía, en función de los temas que se van a tratar, con el propósito de participar en el debate y en la toma de decisiones.
- Veedurías, observatorios y consejos consultivos: Definidos en la LOPCCS, son métodos de participación social orientadas al control de la gestión pública en el caso de las veedurías, para diagnosticar técnicamente la ejecución de las políticas públicas, en el caso de los observatorios; y asesoramiento ciudadano para el caso de los consejos consultivos.
- Rendición de cuentas: el artículo 90 de la LOPCCS, determina que incluso las empresas públicas o personas jurídicas del sector privado que

manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público (como son aquellas que comprometen el equilibrio del ecosistema y conservación del medio ambiente), están obligados a rendir cuentas a la ciudadanía.

Concretamente en legislación ambiental, la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 28, contempla también los mecanismos antes descritos y ratifica el derecho de acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía de participación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas.

Revisados estos mecanismos generales de participación social, es importante destacar lo que nuestro ordenamiento jurídico establece sobre el tema en normas secundarias como el Decreto Ejecutivo N° 1040 publicado en Registro Oficial N° 332 de 8 de mayo de 2008, el mismo que contiene el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental; y respecto a actividades hidrocarburíferas, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas.

El primero señala que la participación social en materia ambiental tiene por objeto el conocimiento, la integración y la iniciativa de la ciudadanía para fortalecer la aplicación de un proceso de evaluación de impacto ambiental y disminuir sus márgenes de riesgo e impacto ambiental. Concibe a esta participación como elemento transversal y trascendental de la gestión ambiental, por lo que, en consecuencia se integrará principalmente durante las fases de toda actividad o proyecto propuesto, especialmente las relacionadas con la revisión y evaluación de impacto ambiental. La norma precisa también que a pesar que la participación social en la gestión ambiental puede efectuarse en cualquier momento o etapa dentro del desarrollo de la actividad que pueda significar afectación, de manera obligatoria esta participación debe realizarse de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental. Los mecanismos de participación social que este Decreto 1040 prevé son los establecidos en su artículo 8:

- a) Audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo;
- b) Talleres de información, capacitación y socialización ambiental;
- c) Campañas de difusión y sensibilización ambiental a través de los medios de comunicación;
- d) Comisiones ciudadanas asesoras y de veedurías de la gestión ambiental;
- e) Participación a través de las entidades sociales y territoriales;
- f) Todos los medios que permitan el acceso de la comunidad a la información disponible sobre actividades, obras, proyectos que puedan afectar al ambiente;
- g) Mecanismos de información pública;
- h) Reparto de documentación informativa sobre el proyecto;
- i) Página web;

j) Centro de información pública; y,

k) Los demás mecanismos que se establezcan para el efecto.

El RAOH (Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador) por su parte, expresamente estipula en su artículo 89 que se preverán espacios de vigilancia ciudadana a través de delegados de la comunidad que aportarán con sus observaciones y recomendaciones en muestreos y reuniones, las cuales serán evaluados y considerados por la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera para el desarrollo técnico del control y seguimiento.

Finalmente, es importante observar, que la Declaración de Río, también se ha ocupado de este principio de participación determinando en su principio 10 que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

De esta declaración podemos concluir que la participación ciudadana tiene dos facetas importantes: una relativa a la educación ambiental en virtud de la cual, los Estados deben procurar la educación de la población respecto a la conciencia y responsabilidad con miras al desarrollo sostenible, y la segunda faceta implica que los ciudadanos y las comunidades deben participar en la formulación de criterios para la formación de políticas ambientales, en procesos de control de la gestión ambiental y en la creación de la legislación que regule los temas relativos a la protección del medio ambiente.

1.3.8 Principio de Gestión Transversal

La transversalidad del Derecho Ambiental exige su relación con otras ramas jurídicas que regulan la amplia diversidad de conductas del ser humano, las cuales pueden llegar a afectar el medio ambiente de forma directa o indirecta. Así, la relación que hayan las normas de derecho ambiental con otros cuerpos normativos, no siempre versa sobre normas ambientales per se, sino otras cuyo bien jurídico tutelado no es necesariamente la protección del medio ambiente, verbigracia el código civil que trata sobre la adquisición de riveras, o el código penal que sanciona conductas atentatorias del derecho a la vida pero que se relacionan con cuestiones ambientales.

Pero el derecho ambiental, en virtud de este principio, no debe coordinar su acción solo con otras ramas de derecho, sino también, nutrir su ámbito de acción mediante la observancia de otras disciplinas científicas que permitan la extracción de normas ambientales elaboradas mediante una labor interdisciplinaria derivadas de un ejercicio epistemológico sobre la realidad de la preservación y cuidado ambiental de una sociedad.

Este principio, no fue introducido al Derecho Ambiental como consecuencia de una Convención Internacional o una norma jurídica, sino, tiene origen doctrinario, concretamente fue propuesto por el jurista francés Michel Prieur quien considera que el Derecho Ambiental es un derecho de carácter horizontal, en el cual confluyen las diferentes ramas del derecho, esencialmente interactivo que tiende a abarcar todos los sectores jurídicos, administrativos, económicos, sociales, culturales e incluso políticos.

Bajo esta perspectiva del principio transversal, el Derecho Ambiental además de relacionarse con otras ramas de la ciencia jurídica, u otras disciplinas científicas para alcanzar su “telos”, requiere alcanzar institucionalmente dentro del Estado, que su acción gubernamental traducida en políticas , incluya no solo a un órgano especializado en temas de ambiente, como puede ser una Cartera de Estado, sino también, que alcance a los diversos actores de la gestión ambiental, como los gobiernos seccionales, Ministerios relacionados, e incluso ONG`s, siempre observando una administración descentralizada y desconcentrada. De este modo, las políticas ambientales deben ser un conjunto de esfuerzos originados en el sector público, con alcance a la gestión particular, orientadas a conservar la vigencia de los ciclos normales del desarrollo del ecosistema, y la vida humana, con miras a alcanzar el desarrollo sustentable, traducido en objetivos, principios, normas e instituciones que protejan el medio ambiente dentro del cual convive una sociedad. Estas políticas ambientales , deben tener el carácter de políticas de Estado primordialmente, y de política de gobierno subsidiariamente.

En este contexto, la Política Nacional Ambiental (PNA), que forma parte integrante del Plan Nacional de Desarrollo, es la política marco sobre la cual aterriza todo el engranaje gubernamental ecuatoriano de manejo ambiental. Este documento elaborado por el Ministerio del Ambiente, contiene seis políticas que deben ser alcanzadas con el fin de preservar nuestros sistemas ecológicos únicos y diversos. Estas políticas deben ser cumplidas respetando el principio de transversalidad que el mismo texto de la PNA reconoce al afirmar que:

En este momento la Política Ambiental Nacional cuenta con seis políticas, 37 programas, con sus respectivos proyectos y metas. Estos seis puntos de partida se han identificado partiendo de un análisis profundo de la problemática ambiental nacional, evidenciando que una política ambiental no podría ser responsabilidad única del Ministerio del Ambiente, sino más bien

de todo el Gobierno. Por lo tanto, se buscaron ejes que señalen la transversalidad de las competencias ambientales y establezcan el trabajo en conjunto de todos los sectores de Gobierno.

Las seis políticas que apunta son:

1. Acuerdo Nacional para la sustentabilidad económica y social.
2. Uso eficiente de recursos estratégicos para el desarrollo sustentable: agua, aire, suelo y biodiversidad.
3. Gestionar la adaptación al cambio climático para disminuir la vulnerabilidad, social, económica y ambiental.
4. Prevenir y controlar la contaminación ambiental para mejora la calidad de vida.
5. Insertar la dimensión social en la temática ambiental para asegurar la participación ciudadana.
6. Fortalecer la institucionalidad para fortalecer la gestión ambiental.

Es preciso señalar que con respecto a la actividad hidrocarburífera, la gestión transversal ha sufrido una modificación en su aplicación, ya que en virtud del Decreto Ejecutivo 1630 publicado en Registro Oficial N° 561 de 1 de abril de 2009, se transfiere al Ministerio del Ambiente, todas las competencias, atribuciones, funciones y delegaciones que en materia ambiental ejercían la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Minas y Petróleos, la Dirección Nacional de Protección Ambiental Minera (DINAPAM) y la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera (DINAPAH). Consecuencia de lo señalado, el control de mecanismos de protección y prevención ambiental, como el estudio de impacto ambiental, se han centralizado en un solo órgano gubernamental que los regulará y aprobará.

Concluyendo, es importante destacar que la Constitución de la República recoge este principio, determinando en su artículo 395, numeral 2 que “las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional”, y en su artículo 399 expresa el principio comprometiendo tanto a la ciudadanía como a las entidades del servicio público, para que de forma descentralizada se procure la defensoría del ambiente y la naturaleza a través de un ejercicio integral de tutela para su preservación. Normas que no se han observado si tomamos en cuenta la concentración realizada por el citado Decreto Ejecutivo N° 1630.

CAPÍTULO II

2. LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

2.1 Teorías antropocéntricas y egocéntricas sobre el medio ambiente y la naturaleza

El punto de partida para el estudio de estas teorías es la dificultad en determinar el bien jurídico tutelado a través del Derecho Ambiental, para lo cual es preciso analizar las perspectivas actuales y futuras que nos trae esta rama de la ciencia jurídica, respecto a nuestra pretensión sobre lo qué debemos hacer con la naturaleza mediante el Derecho.

Para lograr este fin, las teorías que a continuación revisaremos, nos ayudaran a dilucidar mejor la incógnita planteada.

2.1.1 *Teoría Antropocéntrica*

Esta teoría propone que el hombre es el centro del universo, en virtud de lo cual, la naturaleza y el medio ambiente son entes ajenos al mismo, y por tanto el Derecho Ambiental regula las relaciones entre los seres humanos que tengan incidencia en el ambiente.

Esta visión tiene como consecuencia que la naturaleza es considerada como objeto del derecho que regula un mundo creado a nuestra imagen, para nuestras necesidades y por nuestra voluntad, lo que reduce a la naturaleza a los intereses de la especie humana. Esta concepción encuentra su fundamento lógico en la evolución misma del derecho, en cómo se lo ha entendido y porque se lo ha estudiado y modificado, es decir, el derecho fue concebido por el hombre para mejorar sus relaciones a lo largo de su historia, adaptándose a las necesidades de cada era pero siempre teniendo como idea central al ser humano. Por esta razón, a pesar que el derecho es una ciencia mutable, que responde siempre a las necesidades sociales; reviste complicación crear reglas que respondan a la complejidad de procesos de reversibilidad o regeneración de ecosistemas tomando en cuenta a las leyes biofísicas sustentadoras de vida, por ellas mismo, sin necesidad de relacionarlas con las actividades humanas. Dentro de este contexto, la Declaración de Río de 1992, determina que el ser humano es el eje central de las preocupaciones ambientales y le otorga el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equitativo. Declaración que

sirve de base del concepto de desarrollo sustentable, pero que tiene una clara inclinación hacia la teoría antropocéntrica, al igual que la Carta de la Naturaleza cuando determina dentro de sus considerandos que *“Toda forma de vida es única y merece ser respetada, **cualquiera que sea su utilidad para el hombre**, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral”* y la Declaración de Estocolmo que proclama que *“**El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea**, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente.”* Como se aprecia, estos instrumentos internacionales sitúan al ser humano como centro y razón de la protección ambiental.

Así, la teoría antropocéntrica -como principio filosófico que considera al hombre como eje referencial de todos los valores culturales y padrón y centro del universo- determina que el ser humano en definitiva es el propietario del planeta, lo que significa que las reservas y riquezas naturales están a su disposición, lo que deviene en que en la valoración de sus acciones prevalece una visión económica y no una visión ecológica o ética de respeto hacia la vida y hacia los eslabones de una cadena que mantienen su equilibrio.

En definitiva, *“Teoría filosófica que sitúa al hombre como centro del universo.”*¹ El antropocentrismo hace al ser humano el centro de todas las cosas y por tanto sus preferencias y bienestar son los parámetros que definirán el devenir de los demás seres y otorgaran las características que debe seguir la organización del mundo en su conjunto entero.

2.1.2 Teoría ecocéntrica

Doctrinariamente la teoría ecocéntrica es la oposición a la antropocéntrica. Esta teoría propone que ciertas especies animales o vegetales (en particular) y la naturaleza (en su conjunto) son sujetos de derechos. Esta corriente filosófica surgió a finales del Siglo XX, prácticamente con el concepto de desarrollo sostenible. Su principal argumento es que las acciones y los pensamientos del hombre se deben centrar en el medio ambiente por sobre todas las cosas, tanto en su cuidado como en su conservación. El alcance de esta propuesta ha llevado a que juristas como Christopher Stone y Godofredo Stutzin propongan otorgar

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Antropocentrismo*. <http://buscon.rae.es/draeI/>: 2011

derechos a la naturaleza, legitimando su acceso a la justicia en función de los propios intereses de ésta misma.

Stone fundamenta esta propuesta a raíz de un famoso caso contenido en la jurisprudencia ambiental estadounidense: el caso Sierra Club vs Morton. Este litigio surgió debido a la oposición de la organización ecologista Sierra Club a la construcción de un parque de diversiones Disney, dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas, los mismos que se verían afectados por la construcción. A pesar que el caso Sierra Club vs Morton no fue favorable a la organización ecologista porque no se logró demostrar el daño directo a la misma como persona jurídica de derecho, y en vista que los derechos difusos todavía no alcanzaban el desarrollo conceptual que a día de hoy tienen; el voto salvado del juez Douglas fue favorable a la tesis de Stone. Esta tesis sostiene que el derecho es una ciencia eminentemente evolutiva, que ha reconocido derechos según las necesidades de la época a niños, mujeres, esclavos, personas de raza negras e incluso a seres ideales como las personas jurídicas. En virtud de esto, los árboles del Mineral King Valley al ser los directamente afectados por la construcción del parque de Walt Disney, deberían ostentar derechos que puedan ser protegidos por guardianes como Sierra Club ya que defenderían mejor los intereses de la naturaleza que las autoridades públicas cuyo papel tradicional es observar los intereses humanos; así, la naturaleza sería la beneficiaria ya que sus intereses se verían protegidos de manejar alejada y sin depender de la salvaguarda de la tutela de los intereses del hombre.

Por su parte Godofredo Stutzin en su ensayo “*Un Imperativo Jurídico. Reconocer Derechos a la Naturaleza*” plantea que no es suficiente que el Derecho considere a la naturaleza como un bien jurídico y la proteja como tal, sino que se debe reconocerla como sujeto de derechos provocando que su protección no se encuentre subordinada a los intereses utilitarios del ser humanos al ser solo un bien, y al contrario, sea protegida en consideración de sus propios intereses, como el respeto a que se desarrollen sin riesgo de alteración o extinción sus organismos y ecosistemas, que se los conserve y restaure de ser el caso. Sostiene además que el Derecho con su poder, debe actuar con miras a proteger a la naturaleza que se encuentra en situación de inferioridad frente al poder de destrucción de la humanidad. Para esto, la naturaleza debe ser una persona jurídica supranacional y omnipresente tutelada desde un ámbito internacional hasta uno local. Sugiere también que

la naturaleza debe ostentar un patrimonio de afectación², el mismo que se constituyen por todos los elementos del mundo natural y cuyo fin es la protección y conservación de su vida y desarrollo de sus ecosistemas. Este patrimonio debe ser entendido tanto como aquel sobre el cual se protege derechos como la vida natural, así como el que ejerce un dominio sobre sus especies que significa una prelación del dominio ecológico sobre el dominio civil aunque puedan y deban coexistir los dos. Así, el derecho de propiedad de las personas sobre elementos del mundo natural, no es absoluto, sino se encuentra condicionado por la función ecológica, del mismo modo como lo es por la función social. Finalmente propone dos opciones para la representación real de la naturaleza frente a cualquier violación de sus derechos: la creación de un Defensor Público semejante a la institución del *ombudsman*³, ora la capacidad de cualquier persona para actuar como legitimario activo en defensa de los derechos de la naturaleza.

Esta teoría no es ajena a nuestra normativa, siendo su mayor avance la adopción manifiesta de ésta por nuestra Constitución. El artículo 10 de la misma en su inciso segundo reconoce derechos a la naturaleza aunque limitados por la propia constitución. Este reconocimiento y límites se encuentran en el Título II, Capítulo VII, Derechos de la Naturaleza. Los derechos aquí reconocidos son:

- El respeto íntegro a su existencia, y el mantenimiento íntegro y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
- Derecho a la restauración en caso de impacto ambiental.

Siguiendo a Stutzin además, nuestra Carta Magna concede a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad, la legitimidad activa para exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Mecanismo que no es ajeno a nuestra legislación si lo comparamos con la legitimación para tutelar derechos difusos derivados de la protección ambiental. (Art. 41 Ley de Gestión Ambiental).

² Patrimonio de afectación es aquel que se separa del patrimonio regular o general de una persona, es decir su conjunto de derechos, deberes y bienes; para formar un patrimonio autónomo (no de la persona porque el patrimonio de las personas es consecuencia de la existencia de las mismas, inherente e inseparable) respecto a los vínculos jurídicos que pueda tener el patrimonio propio; para lograr un fin específico y determinado.

³ Defensor del Pueblo

2.2 Derechos Constitucionales de la naturaleza

Hablar de derechos constitucionales casi siempre significa relacionar a los mismos con los derechos del hombre y el ciudadano. La razón es la larga lucha de la humanidad por ajustar las acciones de los gobiernos y el desenvolvimiento mismo del Estado, al imperio del Derecho. Esta concepción que se impone a partir del siglo XVII, “*es la de implantar en el Estado un orden jurídico que reconociendo los derechos inherentes a la persona, establezca un régimen de garantías para los gobernados; un orden jurídico que haga realidad los valores básicos de libertad, justicia y democracia*”⁴. Como consecuencia de este ideal:

*Las Constituciones son el resultado de este esfuerzo social inspirado en circunstancias políticas e históricas, en la cual se busca establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; en la que debe participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del mismo y no sus propietarios, en virtud de lo cual esas funciones han de definirse como limitadas especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales).*⁵

Luego, los derechos fundamentales son el eje fundamental sobre el cual debe girar todo Estado democrático y constitucional, remitiéndonos a Giovanni Sartori que considera a un Estado como democrático cuando el pueblo puede, mediante votación popular, tomar las decisiones más trascendentes sobre el manejo de su sociedad (v.gr... cuando se elige gobernantes); y constitucional cuando verdaderamente se separa la esfera pública de la autonomía de las cuestiones privadas, garantizando el efectivo goce de los derechos subjetivos de las personas dentro de un Estado subordinado al Derecho. Lo cual nos conduce a considerar que una sociedad se ha organizado en un Estado Constitucional, no precisamente por encontrar en su orden jurídico una norma suprema, sino cuando la misma garantiza una república democrática, que limite cualquier intento de régimen autoritario,

⁴ Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, Ediciones Legales, Cuarta Edición, página 17.

⁵ Eduardo García de Enterría. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas, página 44.

salvaguardando los derechos fundamentales. Estos, los derechos fundamentales, son una forma de manifestarse el derecho subjetivo, reconocidos y protegidos por la Constitución del Estado lo cual les otorga el carácter de derechos constitucionales.⁶

Se entiende por derechos constitucionales como:

Aquellos garantizados, reconocidos y protegidos en la norma constitucional que definen y establecerán los parámetros y límites esenciales dentro de un sistema político que la Constitución funda y que están principalmente vinculados con bienes jurídicos que procuran la consecución íntegra de la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma).⁷

La calidad de derechos constitucionales (establecidos la Constitución) permite revestir de una alta capacidad de rigurosidad a los mismos dentro del ordenamiento jurídico, es decir, los derechos constitucionales a diferencian de los derechos consagrados en normas de menor jerarquía, no pueden ser limitados, modificados o suprimidos por el legislador ordinario (el legislador constituyente si puede hacerlo). Los derechos constitucionales, que a su vez son subjetivos, en principio fueron orientados a la protección estrictamente del ser humano como sujeto de derechos, es decir, como ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas (derechos y deberes). No obstante, debido a la evolución de la ciencia jurídica, se ha reconocido también derechos a colectividades creadas por el hombre, con el objetivo de lograr un fin determinado, para lo cual, estas colectividades se han constituidos como entes ideales que persiguen intereses propios, representados por un ser humano que pueda hacer real su voluntad: las personas jurídicas. A pesar de este reconocimiento, está implícito que el derecho ha evolucionado en esta dirección, siempre con el fin de proteger y tutelar el comportamiento de las personas, humanas, porque al fin y al cabo, las personas

⁶ Se considera derechos fundamentales a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes de las personas que son objeto de protección jurídica. Derechos humanos es un concepto de contenido más amplio y se refiere a las exigencias relacionadas con los valores de dignidad, de libertad e igualdad de la especie humana que han logrado o aún no su reconocimiento positivo. Derechos Constitucionales son los derechos fundamentales o humanos reconocidos por la Constitución de un Estado.

⁷ Carlos Santiago Nino. *Fundamentos del derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.

jurídicas son consecuencia de la voluntad de las personas naturales, a fin de beneficiar al hombre y por tanto su existencia se limita a los intereses de éste. Asunto entendible si consideramos que los derechos subjetivos son prerrogativas concedidas a una persona por el derecho objetivo, en virtud de lo cual se garantiza la disposición de un bien jurídico (la vida, propiedad, libertad, etc.) que se le reconoce le pertenece como suyo, y es debido como suyo. Precisamente sobre esto último radica el problema en entender la protección jurídica de la naturaleza, toda vez que a pesar que las teorías antropocéntrica y ecocéntrica antes estudiadas nos pueden ayudar a aclarar el panorama, es necesario razonar ciertas cuestiones que complican dilucidar el alcance de los derechos de la naturaleza, el sujeto protegido y los legitimados para reclamar judicialmente cualquier daño a ésta.

En este contexto, cuando pensamos en sujetos de derecho, ineludiblemente nos viene la idea de derechos subjetivos los cuales se reconocen al ser humano y además pensamos en el tema de las relaciones jurídica en las cuales intervienen los sujetos de derecho activo y pasivo. En virtud de estos derechos subjetivos, las personas gozan de un dominio, una potencia o poder, que les permite adoptar una variedad de comportamientos regulados, reconocidos y protegidos, no solo por el derecho objetivo sino también, por la naturaleza inherente del bien perteneciente e incluso de la moral y la ética, así por ejemplo el derecho a la vida conlleva su protección, desarrollo, libre determinación, cuidado y no atentar contra esta. En este sentido, la titularidad de un derecho recae sobre la persona que ejerce ese dominio, o pertinencia, pues el haber del derecho subjetivo presupone el ser, es decir la existencia. Es necesario señalar también que la capacidad o aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones deriva de la personalidad jurídica que ostentan las personas. Pero además de esta capacidad, los individuos están dotados de otros atributos como el nombre, el domicilio o el estado de la persona (como el de ser hijo o estar casado, etc.).

Ahora bien, esta personalidad jurídica que al hombre no se le niega por cuestiones lógicas, respecto a otros seres como personas jurídicas colectivas⁸, o animales (según

⁸ El término personas jurídicas colectivas o morales, hace referencia a las personas determinadas en nuestro ordenamiento como “personas jurídicas” únicamente. Esta denominación de personas jurídicas colectivas o morales, tiene origen doctrinario; así, se considera que persona jurídica es tanto la asociación de personas como la persona individual en sí, pues la calidad de jurídica se deriva de la protección que el derecho hace de la misma en tanto nuestra personalidad

propuestas de grupos ecologistas) ora a la naturaleza o el Estado en sí, se ha discutido largamente por la doctrina, si deberían ostentar o no la misma. Empero, actualmente con las personas jurídicas, la discusión doctrinaria de cierto modo se ha apaciguado y es más o menos uniforme el criterio sobre su capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones mediante sus representantes (personas naturales). Es decir, las personas jurídicas son sujetos de derecho pero con incapacidad relativa. El tema de los animales es un poco más complejo porque al contrario de las personas jurídicas o la naturaleza, éstos no son una abstracción y más bien lo que se discute sobre su titularidad o no de derechos, se deriva del tema voluntad (y obviamente el objeto del Derecho es la conducta humana), la cual no poseen y por tanto mayoritariamente se ha considerado que esa razón es el principal argumento para no otorgarles el carácter de sujetos, sino el de objetos de especial protección, por ser parte integral de la naturaleza y por tanto la preservación de su ecosistema y su forma natural de vida es un interés común de la humanidad. En cuanto al Estado, dentro de la ciencia jurídica, la Teoría General del Estado se ha ocupado del tema. En la actualidad, es casi unánime el criterio de que el Estado, es una realidad que a pesar de no caer en los sentidos, o no ser visible o tangible, tiene una existencia real, así como elementos reales, y una razón de ser y un fin (la soberanía).

Por último la naturaleza, tema bastante complejo. Como se sabe, vivir en un medio ambiente sano es un derecho cuya titularidad corresponde a cada persona, por tanto es un derecho fundamental, personalísimo. Pero además es también un derecho colectivo dado que somos titulares del mismo las colectividades y grupos en los que la población se halla organizada. Finalmente, es también un derecho difuso, es decir, el grupo difuso somos todos los individuos de la especie humana, amparados en estos derechos difusos, que se caracterizan por la imposibilidad de determinar un titular, y por tanto ninguna persona o grupo de personas puede reclamarlo de forma exclusiva, sino que corresponde esa titularidad a todos los miembros de la sociedad. Este derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano, de acuerdo a las características de universalidad, interdependencia,

jurídica, por ende todos somos personas jurídicas. Por esta razón, es más exacto hablar de personas jurídicas colectivas que simplemente de personas jurídicas cuando hacemos referencia a una asociación de personas.

indivisibilidad en interrelación de los derechos humanos⁹, está vinculado a otros derechos constitucionales, principalmente, a los relativos al régimen del buen vivir. Sin embargo, esta protección “originaria” del derecho ambiental, está orientada al ser humano y por tanto el medio ambiente y la naturaleza se consideran objetos de protección con miras a la consecución de fines humanos.

A pesar de esto, y como se vio dentro de los postulados de la teoría ecocéntrica, actualmente existen varias corrientes doctrinarias que pretende conceptualizar la idea de protección directa de la naturaleza, no como un objeto o bien del ser humano, sino como un sujeto, abstracto, que por sí mismo posee derechos.

Jurídicamente, esta propuesta encarna ciertas interrogantes como ¿qué derechos debe ostentar la naturaleza? ¿Cuál es el alcance de la protección de estos derechos? ¿Quiénes son sus beneficiarios? Nuestra Constitución de cierto modo responde la primera interrogante al reconocer que la naturaleza tiene derecho¹⁰ a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y a su restauración. Estos derechos que analizaremos posteriormente, tienen el rango de constitucionales. Ahora bien, en cuanto al alcance y beneficiarios de su protección, en principio está claramente determinado que esta protección se extiende a todos los seres humanos, que además somos beneficiarios de esta salvaguarda. Cuestión que no debería ser discutida considerando que somos parte de la naturaleza al igual que los animales, los bosques, la vegetación, etc.

Pero además de los seres humanos, el alcance de esta protección jurídica y los beneficiarios de la misma, se los puede determinar en base al patrimonio de afectación de la naturaleza; es decir, siguiendo a Stutzin, la naturaleza para estos efectos es una persona jurídica sui géneris que rebasa los límites tradicionales del Derecho, cuya presencia unitaria en el terreno jurídico resulta más conveniente a una presencia fragmentada, pues tiene más peso la defensa ejercida en nombre de la naturaleza entera, que la defensa propuesta a favor de un elemento específico. En otras palabras, su alcance se extiende a

⁹ Declaración y programa de acción de Viena. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. Viena. 14 al 25 de junio de 1993.

¹⁰ El Ecuador es el país pionero en reconocer derechos a la naturaleza en su Carta Magna.

todos sus componentes que a la vez son los beneficiarios de su tutela jurídica, dada la característica de integralidad e interconexión de la naturaleza.

Que nuestra Carta Magna reconozca derechos a los ecosistemas, deviene en la garantía de que el derecho del ecosistema a existir y prosperar no pueda ser perjudicado y que se reconozca previo al daño o la amenaza de su destrucción o grave afectación. La calidad de sujeto de derechos de la naturaleza deriva en que los daños sean medidos, no por la pérdida del uso del ecosistema que sufra la gente, sino por el daño infligido al ecosistema mismo, y por ende la indemnización, en caso de daño, no sólo sería para la gente afectada, sino que debe utilizarse para restaurar completamente el ecosistema perturbado. La orientación que la Constitución de la República pretende alcanzar reconociendo derechos a la naturaleza busca además, un desarrollo sostenible basado en el concepto de buen vivir, es decir un desarrollo ambientalmente sano, económicamente viable y socialmente justo, equitativo y participativo que garantice la satisfacción de las necesidades humanas y la recreación de las culturas de las generaciones presentes para garantizar el buen vivir, sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades, y sin que esto ocasione la pérdida de la diversidad biológica (ecosistemas, especies, genes), manteniendo sus funciones ecológicas en sus diferentes componentes a través del tiempo; además que los ciudadanos tengan como responsabilidad respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible, en observancia a la disposición Constitucional artículo 83 número 6. Metas que se pretenden alcanzar estableciendo un nuevo paradigma de protección ambiental: derechos constitucionales de la naturaleza.

2.2.1 *Derecho a la Conservación*

Cuando el artículo 71 de la Constitución de la República declara como derecho de la naturaleza, que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos, jurídicamente está garantizando¹¹ su

¹¹ La Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969 determina dos obligaciones generales para proteger los derechos: respetar y *garantizar*. La obligación de respeto es de *naturaleza negativa* ya que corresponde a un “no hacer” por parte del Estado, una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder; mientras que la obligación de garantizar es de *naturaleza positiva* ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer

conservación y dado que la garantía en materia de derechos, implica una acción positiva del Estado para no conculcar ese derecho, este reconocimiento constitucional a la naturaleza de ostentar los derechos arriba señalados, significa que el Estado tiene la obligación de procurar los medios idóneos para que la naturaleza mantenga su biosfera impoluta.

Esta garantía se consagra en el artículo 14 de la Carta Magna inciso segundo que declara de interés público la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. En el mismo sentido, el artículo 377 de la misma norma, establece como prioridad en la gestión del Estado ¹²la conservación de la naturaleza. Además de estos artículos, la Constitución contempla varios más que se refieren a la conservación de la naturaleza, siendo por demás destacable el artículo 403 que prevé una restricción para celebrar tratados o convenios internacionales de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la naturaleza; es decir, el Ejecutivo y la Asamblea Nacional ¹³no podrían suscribir y/o aprobar un Tratado Internacional que sea pernicioso a la conservación de la naturaleza, para lo cual se requiere un control y pronunciamiento *ex ante* de la Corte Constitucional¹⁴, institución que decidirá si se viola esta disposición Constitucional o no.

el derecho en cuestión, principalmente apreciable en la garantía de derechos sociales, económicos y culturales.

¹² Sobre la gestión de los Estados modernos existe un amplio debate que busca establecer los campos de acción que comprende dicha gestión. A pesar de ello, generalmente se ha aceptado que dentro de la gestión básica de un Estado se debe contemplar al menos la expedición de leyes, la administración de justicia, la actividad económica y administrativa para mejorar el bienestar de los ciudadanos (servicio público), y la policía administrativa.

¹³ El artículo 419 # 8 de la Constitución de la República determina que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales que comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético, requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional.

¹⁴ La Norma Suprema otorga competencia a la Corte Constitucional para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, en materia de tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional; convocatorias a consultas populares de carácter

La conservación, como concepto significa según la Política Ambiental Nacional: *promover el uso sustentable de los recursos naturales bajo parámetros de manejo racional. Esto implica la preservación de la diversidad genética y la garantía del uso sostenible de las especies y los ecosistemas, como también la protección y salvaguarda de las especies que se encuentren amenazadas o en estado de vulnerabilidad.*

Así, tanto la sustentabilidad en el manejo de los recursos naturales como la preservación y cuidado de la biodiversidad es el fin que persigue la protección y garantía constitucional al derecho de conservación de la naturaleza. La Ley de Gestión Ambiental a pesar de definir sucintamente el término conservación, mantiene la línea de la Política Ambiental Nacional, estableciendo en su glosario de definiciones que conservación es: *“la administración de la biosfera de forma tal que asegure su aprovechamiento sustentable.”*

En el Derecho Internacional el tema de la conservación como medio de protección de la naturaleza, es tratada por la Estrategia Mundial para la Conservación, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la International Union for Conservation of Nature y la World Wildlife Fund, de 1980. Estas instituciones internacionales consideran que:

*La conservación implica la gestión de la utilización de la biosfera por el ser humano, de tal suerte que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero que mantenga su potencialidad las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras. Para ello se requiere respetar y cumplir sus tres requisitos básicos: mantener los procesos y sistemas vitales esenciales de los cuales depende la supervivencia y el desarrollo humano; mantener la diversidad biológica y permitir el aprovechamiento sostenible de las especies y de los ecosistemas.*¹⁵

Para que el derecho a la conservación sea real, es decir, la garantía de este derecho sea efectiva, es necesario que quienes realizan actividades con potencial riesgo de afectación ambiental, y las autoridades encargadas de regular y vigilar el cuidado de la naturaleza, observen las normas legales, reglamentarias, y ordenanzas que tutelan la conservación de

nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados; y objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de leyes.

¹⁵ Carlos Andaluz Westreicher, Op. Cit. p. 63

la biodiversidad y ecosistemas; más aún en el caso de las operaciones hidrocarburíferas cuyo impacto ambiental es significativamente alto. Pero además, es necesario que se observe y cumplan los principios del Derecho Ambiental, en especial el de gestión transversal y el de precaución y prevención, dado que su cumplimiento es un requisito primario y fundamental para que el derecho de conservación de la naturaleza encuentre una aplicación material. En este sentido se manifiesta el artículo 74 de la Constitución que garantiza el derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

2.2.2 *Derecho a la Restauración*

Los daños ambientales generan una lesión jurídica que es preciso reparar. Esta reparación, que debe ser justa, oportuna y suficiente, no se agota en una indemnización a las personas afectadas por el impacto ambiental, o al Estado o comunidades que sufren perjuicio por la actividad contaminante, sino, debe ser extensiva a la naturaleza como sujeto de derechos, en observancia a nuestra Ley Fundamental que en su artículo 72 otorga a la naturaleza el derecho independiente a la restauración. Esta declaración, que además impone el deber que tiene el Estado de establecer los mecanismos más eficaces para alcanzar dicha restauración, se debe aplicar considerando primero el hecho que configura la violación y el deber jurídico de reparar el daño ambiental y por tanto salvaguardar el derecho de restauración y además, se debe entender cuál será el contenido de la restauración.

En este sentido, para fijar la forma y el alcance de la restauración, es preciso identificar el acto lesivo, que puede consistir en un solo acto que por sí solo causa impacto ambiental o en su defecto puede derivarse de una situación, es decir, un estado de las cosas, una diversidad de hechos, actos, circunstancias, cuyo conjunto trae consigo la vulneración. Una vez se verifique el hecho generador del impacto ambiental, se debe determinar cuáles son las medidas que satisficieran la restauración de la naturaleza. Para esto, las características del acto contaminador determinan el alcance de la restauración, así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado.

En este contexto, la restauración debe ser el remedio idóneo, cuando se ha presentado una violación, lo que podría cumplirse restituyendo las cosas al estado que guardaban antes de que el hecho ocurriera. Cuestión complicada porque generalmente los daños ambientales tienen efectos que no pueden ser totalmente reversibles por lo que la

reparación obligadamente tendría el carácter de parcial o incompleta pues la violación con resultados materiales o formales (alteración de la realidad o afectación del Derecho), constituye un imborrable dato de la experiencia: ocurrió y dejó cierta huella, material o jurídica, que no es posible desconocer.

Al respecto, en virtud del principio *restitutio in integrum*¹⁶, la restauración debe propender a la reducción de las consecuencias lesivas o peligrosas (se restaura y aplica el principio preventivo a la vez), compensación por los efectos que sea imposible cancelar o excluir de otra manera (si no se puede restaurar se suple ese vacío con otra acción ecológica) y evitación de reiteraciones (aplicación de principio preventivo y de precaución).

Esta reparación integral (que es lo ideal) tiene su aserto jurídico en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El artículo 18 de la mencionada ley, determina que en caso de declararse la vulneración de derechos (en este caso de la naturaleza) se ordenará la reparación integral por el daño material (la afectación misma de los componentes naturales) e inmaterial (en el caso de las personas un ejemplo es el daño moral, en la naturaleza el daño inmaterial se determina por la nocividad e imposibilidad de regeneración de los sistemas perjudicados que atentan contra las especies actuales y futuras que se desarrollan en sus ecosistemas y biosfera). La reparación integral procurará que la naturaleza disfrute de su derecho de conservación, regeneración, y mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (interrelación de los derechos) de la manera más adecuada posible y que se restablezca las cosas al estado anterior a la violación. La reparación -según la norma recién citada- podrá incluir, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. Medidas que, huelga decir, están relacionadas y son aplicables al respeto de la existencia integral de la naturaleza en su afán de retornar a la condición original de los ecosistemas.

Para lograr este fin, es importante que la resolución administrativa o sentencia que condene al contaminador a la restauración de la naturaleza prevea de manera expresa las

¹⁶ Reparación integral es un principio utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

obligaciones individualizadas, positivas y negativas que debe cumplir el contaminante además de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben ejecutarse.

En definitiva lo que busca la restauración, es que la protección del ambiente supere cualquier indemnización económica a las personas afectadas por la contaminación, debido a que el verdadero problema es la conculcación del derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano libre de contaminación derechos que tienen una profunda significación para garantizar el futuro de la especie humana; y no solo de esta sino también de la naturaleza. Más aún en materia de extracción de recursos no renovables como el petróleo, campo productivo en el cual se precisa cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad (Ley de Hidrocarburos, RAOH, Licenciamiento ambiental de actividades hidrocarburíferas) a fin de lograr un retorno (sino total al menos satisfactorio) a las condiciones originales que existieron en la naturaleza, antes de la ejecución de las actividades productoras de la rama petrolera.

2.2.3 Derecho a la no inclusión de organismos que alteren el patrimonio genético del Estado

Se debe entender, que el patrimonio genético del Estado es la suma de la diversidad de los recursos genéticos que lo conforman, es decir, toda la variación de genes y genotipos entre las especies y dentro de ellas, cuya suma total de información genética contenida en los organismos biológicos será protegida como un todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial.

El derecho que asiste a este patrimonio, consagrado en el artículo 73 de la Constitución, inciso último, protege la soberanía del Estado sobre la biodiversidad y el patrimonio genético natural¹⁷. Dicha norma constitucional prescribe la prohibición de introducir organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético natural. Esta novísima protección al patrimonio genético instaurada en

¹⁷ Es necesario precisar que el patrimonio genético de los seres humanos si ha sido objeto de estudios, discusiones e incluso de protección jurídica con énfasis en el genoma humano. La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997, proclama en su artículo 1 que el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

nuestra Constitución de 2008, no ha sido aún desarrollada por las normas de menor jerarquía que la constitucional de nuestro ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, internacionalmente, la protección del patrimonio genético natural, estrechamente relacionado con la protección de la biodiversidad, si encuentra un tratamiento más profundo, principalmente, porque existen grupos de países como el Conference of Parties o el grupo de países Megadiversos ¹⁸ que han suscrito varios convenios internacionales en protección de la biodiversidad ¹⁹ mundial. Más significativo aún, por formar parte el Ecuador de este sujeto de derecho internacional, es el tratamiento jurídico que el patrimonio genético natural tiene en la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Acceso de los Recursos Genéticos, de 02 de julio de 1996 en Cartagena.

En este Acuerdo Internacional, se establece una normatividad que sirve como regulación al acceso al patrimonio genético de los Estados miembros y sus productos derivados.

Así, la Decisión reconoce el derecho de soberanía que los países ejercen sobre su patrimonio, lo que guarda conformidad con el artículo 400 de nuestra Constitución que determina que:

El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional.

¹⁸ El COP (Conference of the Parties) es un grupo de países que dentro de la Convención de la biodiversidad, han procurado del cuidado del patrimonio genético natural.

Dentro del Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, los países megadiversos son un grupo de 17 países que albergan la mayor parte de la biodiversidad de la tierra. Entre estos países se encuentra el Ecuador.

¹⁹ La biodiversidad o diversidad biológica es definida por el Convenio sobre Biodiversidad biológica de 1992 como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país. (subrayado me pertenece).

Ahora bien, lo que la Constitución pretende proteger en los artículos que se han señalado, es la no modificación del patrimonio genético, convirtiendo su conservación, en asunto de interés público. En este sentido, que la conservación del patrimonio genético sea un asunto de interés público significa inexorablemente que cuando el interés particular se oponga al interés general, será superado por éste, ya que el interés público en su relación de dominio sobre el interés privado, protege prioridades que por su carácter general adoptan la calidad de únicas y puras, en contraposición al interés privado que es múltiple e impuro. Pero este interés público que es defendido por el Estado, si puede encontrar oposición en otro interés público. Así, la protección del patrimonio genético puede oponerse con el desarrollo de actividades económicas por ejemplo, o científicas que potencialmente requieran la intervención y alteración de la biodiversidad y patrimonio genético. En este contexto, la autoridad pública debe ponderar que interés representa no solo un interés público defendido por el Estado a través de su aparato gubernamental, sino también, qué interés es un interés general que no solo ampara la acción del servicio público, sino también los derechos y libertades del ciudadano particular en general.

De todos modos, cuando la norma Constitucional consagra como derecho de la naturaleza la no inclusión de organismos que altere de manera definitiva el patrimonio genético del Estado, está garantizando que al menos (según lo dispuesto por la Decisión 391 de la CAN) se limite el acceso a recursos genéticos y sus productos derivados cuando se verifique:

- a) Endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas;
- b) Condiciones de vulnerabilidad o fragilidad en la estructura o función de los ecosistemas que pudieran agravarse por actividades de acceso;
- c) Efectos adversos de las actividades de acceso, sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos;
- d) Impactos ambientales indeseables o difícilmente controlables de las actividades de acceso, sobre los ecosistemas;

- e) Peligro de erosión genética ocasionado por actividades de acceso;
- f) Regulaciones sobre bioseguridad; o,
- g) Recursos genéticos o áreas geográficas calificados como estratégicos.

2.2.4 Prohibición de apropiación de servicios ambientales

Los recursos naturales son elementos que forman parte de la naturaleza y que tienen utilidad para satisfacer las necesidades humanas actuales o futuras. Estos recursos se clasifican en función de su capacidad de auto regeneración en recursos naturales renovables y recursos naturales no renovables. Los recursos renovables son aquellos recursos que no se agotan con su utilización, es decir, son recursos que tienen la capacidad de auto regeneración y por tanto se renuevan por resiliencia en mayor medida que la velocidad de su consumo o agotamiento. Por su parte, los recursos naturales no renovables son, como su nombre lo indica, aquellos que no tienen capacidad auto regenerativa ni auto renovadora, consecuencia de aquello, se extinguen definitivamente al ser consumidos dada la imposibilidad de ser producidos, cultivados, regenerados o reutilizados a una escala tal que pueda sostener su tasa de consumo. Entre estos recursos se encuentran las reservas de energía, que son el resultado de millones de años de descomposición y almacenamiento de vegetales y animales, que se transformaron en esos recursos a través de complicados procesos naturales. El petróleo y los hidrocarburos ²⁰en general, forman parte de estos recursos.

El dominio de los recursos naturales generalmente corresponde al Estado en ejercicio de su *imperium*. Esta propiedad no se discute al menos en cuanto se refiere a los recursos naturales no renovables, según declaraciones constitucionales de los artículos 1, 317 y 408:

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

²⁰ El petróleo según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es: Líquido natural oleaginoso e inflamable, constituido por una mezcla de hidrocarburos, que se extrae de lechos geológicos continentales o marítimos. Mediante diversas operaciones de destilación y refino se obtienen de él distintos productos utilizables con fines energéticos o industriales, como la gasolina, la nafta, el queroseno, el gasóleo. Los hidrocarburos son un compuesto resultante de la combinación del carbono con el hidrógeno. Es decir, el petróleo es un tipo de hidrocarburo.

Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

Respecto a los recursos naturales renovables, si bien al igual que los recursos naturales no renovables forman parte del Patrimonio Natural del Estado (artículo 404 de la Constitución: ...formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el Punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción...), la propiedad de estos no siempre la ostenta el propio Estado. Así, el dominio sobre tierras aptas para el cultivo o de animales y vegetales fuentes de alimento, generalmente es de propiedad particular. La cuestión radica entonces, en que a pesar que los recursos naturales potencialmente contribuyen a alcanzar el buen vivir y por tanto son parte de su régimen, y además la soberanía alimentaria prescrita en nuestra constitución constituye *un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados* ²¹; el alcance de la protección jurídica no se orienta a determinar un dueño único de estos recursos, sino, a

²¹ Artículo 281 de la Constitución de la República

proteger estos con miras al bien común y como parte de un interés público. Los recursos naturales indudablemente forman parte del patrimonio natural del Estado, pero que integren éste significa que su explotación reviste un interés nacional y que por tanto el Estado, como representante de todos los ciudadanos, establecerá la modalidad de otorgamiento de derechos patrimoniales de los particulares sobre estos recursos.

Ahora bien, se analizó este tema, porque los recursos naturales y los elementos naturales en general ²² son componentes ambientales que forman parte de los servicios ambientales.

Los servicios ambientales son los beneficios que proporcionan a los seres humanos las funciones de los ecosistemas y demás componentes del ambiente, sea porque le proveen de bienes y condiciones necesarios para el desarrollo de su vida o porque impiden eventos que la ponen en riesgo o disminuyen su calidad. ²³

Estos servicios tienen sus propias características que los diferencian de los servicios públicos “tradicionales” que son: “una actividad general, uniforme, regular y continua, realizada por el Estado o por los particulares conforme con las disposiciones legales que la regulan, para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general”²⁴ cuya naturaleza encuentra su génesis en el intervencionismo del Estado, máxime en la actividad económica estatal para el mejoramiento de la situación material de los asociados. Así, los servicios ambientales si bien buscan satisfacer necesidades humanas, al igual que el servicio público, también persiguen (como todo el Derecho Ambiental) la protección y conservación del medio ambiente y la salud de los individuos.

Algunos ejemplos de servicios ambientales son:

El control del ciclo del agua. Los ecosistemas de calidad reducen la escorrentía en favor de la infiltración y filtran el agua, favoreciendo un suministro más regular a la población. En Estados Unidos el reconocimiento de este hecho ha llevado ya en algún

²² Elemento natural es todo ser vivo o inerte producido originalmente por la naturaleza sin la intervención del hombre, y sin respecto a la utilidad que genere para este.

²³ Carlos Andaluz Westreicher, Op. Cit p. 50-51

²⁴ Jairo Campos Acevedo. *Cátedra de derecho administrativo, general y colombiano*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, página 692.

caso a invertir en conservación ecológica de las cuencas, antes que en infraestructuras de almacenamiento y conducción.

- **Autodepuración de los ríos y arroyos.** *Toda corriente de agua tiene un potencial propio de autodepuración, que es función del caudal de la corriente de agua y del grado de turbulencia de la misma. En algunos lugares, se crean pequeñas cascadas artificiales para aumentar la turbulencia y por lo tanto la capacidad de absorción de oxígeno, para oxigar las sustancias orgánicas presentes en el agua. Si la polución se eleva por encima de determinados límites el proceso deja de ser eficiente.*
- **Control de plagas.** *Los monocultivos extensos y continuos reducen los costes de explotación en cuanto a maquinaria, mano de obra y otros factores ligados a economías de escala, pero hacen los cultivos más sensibles a la extensión de plagas, exigiendo inversiones importantes en pesticidas, que a su vez degradan los suelos y contaminan los acuíferos. La alternancia espacial y temporal de cultivos distintos, así como la conservación de hábitats para la fauna silvestre, señaladamente aves, reduce la probabilidad de brotes de plagas y, sobre todo, su propagación.*
- **Polinización.** *Muchos cultivos dependen para la producción de frutos y semillas de que se realice una fecundación que a su vez requiere el transporte de polen por agentes animales.*
- **Sumidero de CO₂.** *El CO₂ es el gas del que más directamente dependen el balance térmico de la atmósfera y el clima terrestre. El principal sumidero de CO₂ es la producción fotosintética de biomasa. Este es sólo un ejemplo de servicios imprescindibles que afectan a la globalidad del sistema y que dependen de decisiones particulares y locales que nunca son tenidas en cuenta en la contabilidad económica.*²⁵

La importancia de la conservación de los servicios ambientales que pueden ser afectados por las actividades humanas como la hidrocarburífera, pero también beneficiar a las mismas (por ejemplo si un campamento petrolero adyacente a una fuente hidrográfica conserva el recurso agua, el suministro de este elemento sería menos costoso que si se lo

²⁵ Wikipedia. *Servicio Natural*. http://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_natural: 2010.

contamina) se determina por el funcionamiento "saludable" de los ecosistemas y de la biodiversidad que estos contienen, pero a su vez, porque los beneficiarios de los servicios ambientales contribuyen al desarrollo de la población, no solo a nivel local, sino también, nacional e inclusive mundial (la protección de los bosques húmedos amazónicos).

Este beneficio global derivado de la protección de los recursos naturales y ecosistemas que brindan servicios ambientales, ha llevado a que nuestra Constitución prohíba su apropiación particular, es decir, que se restrinja su aprovechamiento para beneficios e interés solo de quienes tienen acceso directo a los mismos, en vez de que su utilidad sea gozada por todos. En este sentido, la propiedad de los servicios ambientales, a la vez que no es de ningún sujeto determinado, la ostenta el Estado quien ejerce su control, regulación y usufructo de sus productos pecuniarios (el aprovechamiento del recurso agua por ejemplo, se regula en la Ley de Aguas, y causa beneficio económico al Estado cuando se lo aprovecha en la generación de energía).

La prohibición de apropiación de los servicios ambientales son consecuencia también de la imprescriptibilidad del Patrimonio Natural del Estado lo que tornaría en ilícita cualquier forma de apropiación de los servicios ambientales, salvo que estos busquen satisfacer un interés económico o comercial superior cuya aplicación signifique un interés público. En este sentido se manifiesta el artículo 6 de la Ley de Gestión Ambiental que prescribe que: *“el aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables en función de los intereses nacionales dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas del Estado y en ecosistemas frágiles, tendrán lugar por excepción previo un estudio de factibilidad económico y de evaluación de impactos ambientales.”*

Así, la apropiación de un servicio ambiental sería ilícita cuando se atraiga arbitrariamente o sin consentimiento legal el servicio ambiental, ora se procure su transferencia no consentida en perjuicio de la colectividad como beneficiaria de estos servicios.

Para evitar esta apropiación, es necesario valorizar estos servicios mediante un ejercicio económico, lo que supondría otorgar un valor monetario para quienes se benefician de ellos. Sin embargo, esta valorización entraña un problema debido a que los beneficiarios directos en ciertos casos son perfectamente identificables y en otros adquieren un carácter difuso o indeterminado y porque esencialmente, el valor que un servicio ambiental debe tener, será calificado desde perspectivas demasiado subjetivas de quienes lo demanden o

protejan. No obstante, es importante al menos entender que según las funciones de los servicios ambientales se pueden determinar (según Carlos Andaluz Westreicher) un valor de uso y otro de no-uso:

- **Valor de uso directo.-** *valor asignado por el uso en un proceso de consumo, producción o extracción: turismo, pesca, caza, extracción forestal, de hidrocarburos, etc.*
- **Valor de uso indirecto.-** *se valora el bien sin hacer uso inmediato del mismo: protección de cuencas, captura de carbono, etc. Se incluyen razones para dar valor al medio ambiente referidas a cuestiones de:*
 - **Legado.-** *se refiere a que las personas valoran los bienes porque están pensando en que ellos pueden eventualmente ser utilizados por otras personas (incluso futuras generaciones).*
 - **Opción.-** *es el valor que una persona le otorga a un bien en la medida en que lo pueda utilizar en otro momento.*
 - **Casi-opción.-** *están asociados con los valores potenciales que se pueden derivar de algunos bienes ambientales, de los cuales no se conoce su potencial, pero hay fuertes indicios de que a partir de ellos se puedan generar productos que pueden ser descubiertos posteriormente.*
 - **Funciones ecológicas.-** *son un tipo de valor bastante discutible dado que ellas tienen necesariamente que referirse a funciones que pueden ser “apreciadas” por el hombre; si no es así, entonces formarían parte del valor de no-uso*
 - **Valor de existencia.-** *se refiere al hecho de que las personas podrían valorizar un bien ambiental en la medida en que ellos quieren que este bien exista sin pensar en hacer uso de el, ni actualmente ni en el futuro.*

26

En virtud de esta valorización se puede apreciar la utilidad pública que desempeñan los servicios ambientales y el porqué su prohibición de apropiación prescrita en la Constitución de la República.

²⁶ Carlos Andaluz Westreicher, Op. Cit. p. 55.

2.3 Reserva Constitucional

El tema de la reserva constitucional tiene que ver con el tema de los derechos que se reconocen, protegen y garantizan en la Ley Superior, en cuyo texto se distinguen dos partes esenciales: la dogmática y la orgánica.

La parte dogmática *enuncia los principios básicos que sirven de fundamento al Estado constitucional, los cuales deben orientar la acción de los poderes públicos. Además, consagra los derechos y libertades de la persona y establece las garantías que tutelan los derechos.*²⁷ Por su lado, la parte orgánica de la Constitución establece cuales son las instituciones que conforman el sector público y delimita el ejercicio de sus competencias, atribuciones, facultades y representación. En virtud de esta regulación, la Constitución es conocida también como el Estatuto del Poder. Estas características y funciones de la Norma Jurídica Superior, nos acercan a una definición necesaria para el desarrollo del tema que nos ocupa. Citando al Profesor Hernán Salgado Pesantes, la Constitución es: *“el acto jurídico fundamental que determina la organización del Estado y reglamenta el ejercicio del poder estableciendo un régimen de garantías.”*

Precisamente, es fijar un régimen de garantías de los derechos lo que constituye el telos de la constitución misma y el principal fundamento de la reserva constitucional.

Así, la reserva constitucional garantiza en materia de los derechos de la naturaleza y de los seres humanos en relación a la protección del medio ambiente, que son reconocidos, protegidos y garantizados en la Constitución de la República, que éstos gocen de una suerte de rigidez jurídica²⁸ y concede un carácter de intangibilidad sobre sus derechos, para quienes son sus titulares, lo que se cumpliría observando principalmente los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa de la constitución.

²⁷ Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, Ediciones Legales, Cuarta Edición, 2004, página 49.

²⁸ El término rigidez se lo utiliza como un símil de la rigidez misma que caracteriza a la mayoría de textos constitucionales. En virtud de esta rigidez, dentro de la supremacía formal de la Norma Suprema, la reforma constitucional opera mediante mecanismos jurídicos constitucionales los cuales están orientados a que la creación, reforma o enmienda de la Constitución permitan una cierta permanencia en el tiempo de la norma, es decir, su modificación no sería tan fácil como la de una ley inferior, sino que se necesitaría de requisitos especiales y de un órgano especial para tal fin.

En este sentido, la supremacía constitucional en su concepto material, es la base o el fundamento que da efectividad, validez y unidad al orden jurídico-político de un Estado, y en su conceptualización formal, la reviste de súper legalidad y supremacía, es decir, impone como “debe ser” que todo el mundo jurídico inferior a ella le sea congruente y compatible, y no la viole ni le reste efectividad funcional y aplicativa²⁹, además que los procedimientos de su reforma deben estar señalados y limitados por la misma Constitución. (Art. 424 inciso primero. - La Constitución es la Norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.)

La limitación en su reforma, sobre todo cuando la modificación conculque derechos que por su intangibilidad no pueden ser irreconocidos por disposiciones de normas jurídicas posteriores, concede a la reserva constitucional de los derechos de la naturaleza y de las personas en relación al medio ambiente, una calidad de garantía efectiva de su goce y satisfacción real.

Importa decir también, que el carácter de norma suprema de la Constitución, consolida la idea de que su valor normativo es inmediato y directo, por lo que su vinculación normativa afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción, estableciendo un orden integrador de lo que, siguiendo a German J. Bidart Campos, se conoce como derecho de la constitución.³⁰ (Art. 426 inciso tercero.- Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos).

²⁹ German J, Bidart Campos. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, Primera Reimpresión, 2005, página 23.

³⁰ Según el autor citado en el derecho de la constitución hallamos derechos de las personas, de los grupos, de los colectivos, y deberes, tanto individuales como colectivos, y fundamentalmente, del propio Estado o, si se prefiere de los órganos que ejercen el poder del Estado.

Adicionalmente a esta supremacía, la reserva constitucional como se dijo, se puede entender mediante el principio de aplicación directa de la Constitución o *self executing*, es decir:

*Las normas constitucionales no son simples enunciados o simples declaraciones de principios, por lo que sus disposiciones deben aplicarse aún cuando el legislador no las haya desarrollado, lo que es aplicable aun cuando el constituyente se ha remitido a la ley y ésta no se ha dictado.*³¹

Así, los órganos jurisdiccionales o administrativos que en el ejercicio de sus competencias tengan que resolver sobre violaciones a derechos de la naturaleza o de los seres humanos relativos al medio ambiente, deberán, en cuanto vinculados por la Constitución y el reconocimiento de estos derechos, aplicar la totalidad de las declaraciones³² o preceptos constitucionales sin posibilidad de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos que carecerían de valor normativo, lo que deviene en una autentica protección de los derechos fundamentales y una restricción de los poderes estatales que pretendan inobservar o modificar los derechos que la constitución ha recogido como bien lo prescribe el artículo 11 número 3 de la Ley Fundamental:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

³¹ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Fundación Andrade & Asociados-Fondo Editorial, Primera reimpresión, 2006, página 27.

³² La declaración de derechos en la Constitución según Germán J. Bidart Campos equivale a decir que la constitución a cuyo texto se incorpora tal declaración, los reconoce, con todo los efectos que según cada momento histórico se adjudica al reconocimiento; originariamente, era suficiente no violarlos; después, y ahora, es menester promoverlos y siempre protegerlos.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Ahora bien, la reserva constitucional en materia de los derechos ambientales y de la naturaleza conlleva el reconocimiento de un ámbito de competencia y jerarquía de estos derechos que se han tratado en el Código Político. Si la Constitución ha establecido como materia de su regulación el reconocimiento de estos derechos, la competencia del constituyente y la jerarquía jurídica de la Carta Magna no puede ser desconocida por ninguna norma o acto que emane del poder constituido. Especial énfasis se debe tener en la expedición de leyes que desarrollen los derechos en la Constitución reconocidos, pues la ley lo que debe hacer es precisar lo que la Constitución ha señalado en esencia, y más aún si la materia tratada son derechos, los cuales no pueden ser restringidos ni contrarios al sentido, importancia y alcance que les ha otorgado la Norma Primera, sino, en preferencia, deben ser ampliados para procurar garantizar su efectivo goce y ejercicio de lo contrario el legislador incurriría en inconstitucionalidad.

En base a esta consideración, es necesario precisar, que la intangibilidad de los derechos que protege la reserva constitucional obedece a un criterio de un máximo y un mínimo constitucional. El máximo constitucional está determinado y limitado por las mismas normas constitucionales en una consideración abierta y amplia de la protección del derecho enmarcados dentro del concepto de la juridicidad, lo que incluye no solo al ordenamiento jurídico positivo, sino al derecho natural, armonizando así la protección con la concepción del Estado Constitucional y social de derecho, tornándose la juridicidad en el escudo protector de las personas. Nuestra Carta Magna en su artículo 424 inciso segundo al respecto señala que: *“La Constitución y los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*

Finalmente, la reserva mínima de la Constitución lo que busca es que la protección que la Constitución ha dado a los derechos, debe ser el mínimo básico para garantizar su goce y ejercicio, por lo que las normas de menor jerarquía y los actos mismo de las autoridades públicas que traten estos derechos, deben ampliar su contenido, alcance y protección, partiendo desde la regulación mínima que da la Constitución, lo que precautela la

prevalencia de los principios de supremacía constitucional y self executing, pero además, se alcanza la salvaguarda y vigencia misma de la naturaleza intangible de estos derechos, consagrada en el artículo 11 número 4 de nuestro Código Político que garantiza que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; en concordancia con el artículo 84 de nuestra Norma Fundamental que determina que en ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la propia Constitución.

CAPÍTULO III

3. NORMAS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN AL SUJETO NATURALEZA Y AL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

SECCIÓN I

Previo al análisis de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que protegen al medio ambiente y a la naturaleza, es necesario revisar lo que la industria petrolera significa para nuestro país tanto en su relación con el concepto de economía sustentable, medio ambiente, como con el de desarrollo económico del país.

El recurso no renovable llamado petróleo es un líquido natural oleaginoso e inflamable, constituido por una mezcla de hidrocarburos, que se extrae de lechos geológicos continentales o marítimos. También es conocido como petróleo crudo o simplemente crudo. El petróleo es encontrado a través de la exploración, búsqueda o prospección que son los métodos o técnicas usados para este fin. Posteriormente se procede a la perforación con un taladro hasta llegar al lugar donde se encuentra y mediante procedimientos técnicos se lo extrae conformándose así lo que se llama un pozo de petróleo. Dentro del proceso productivo de este recurso natural no renovable, luego de su extracción, es transportado a las refinerías para que sea tratado con el fin de elaborar los múltiples productos para el uso de los consumidores, productos que se conocen como derivados. No obstante, el crudo puede también, en vez de ser refinado, ser depositado o almacenado en gigantescos tanques como reserva o para comercializarlo en los puertos de embarque, donde los barcos cisternas los trasladan a los países que lo compran. Ahora bien, el transporte desde el sitio de extracción se lo hace por cañerías denominadas oleoductos en el caso del petróleo y gasoducto en el caso del gas natural. En nuestro país son dos las grandes redes de oleoductos: el Sistema de Oleoducto Transecuatoriano y el Oleoducto de Crudos Pesados.

En Ecuador, la actividad petrolera tiene su punto de partida en el año de 1924, en el cual en la Península de Santa Elena se descubre el primer pozo petrolero. Este descubrimiento realizado por la empresa anglo-ecuatoriana Oilfields Ltda. inició nuestra era de producción petrolera en el año de 1925. No obstante ser este el primer descubrimiento importante de un pozo petrolero, los primeros trabajos de exploración hidrocarburífera en la Región Oriental se inician en 1921, cuando la compañía Leonard Exploration Co. de Nueva York obtuvo una concesión de 25 mil km² por el lapso de 50 años. Seguido a esto, en 1937 la compañía Shell logra 10 millones de hectáreas en concesión en la región del nororiente. En 1964 la Texaco Gulf obtiene una concesión de un millón quinientos mil hectáreas. Esta compañía en 1967 perfora el primer pozo productivo el Lago Agrio N.1. A continuación en 1969 siguieron los de Sacha y Shushufindi. El 28 de junio de 1973 el Ecuador ingresa a la Organización de Países Exportadores de Petróleo, OPEP y a su

vez, el gobierno de Rodríguez Lara creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) para asumir el manejo industrial en todas sus fases: explotación, comercialización e industrialización del petróleo, actuando además, como ente regulador en el mercado de los combustibles. En 1989, el gobierno de Rodrigo Borja la transformó en Petroecuador, dividiéndola en tres grandes gerencias: Petroproducción, Petroindustrial y Petrocomercial. En la actualidad PETROECUADOR es la empresa estatal encargada del manejo de todas las fases productivas de los recursos petroleros.

Desde el llamado “boom” petrolero de la década de los setenta, la actividad petrolera se ha convertido en la principal fuente tanto de ingresos como de endeudamiento de nuestro país debido a que la inversión para el desarrollo de la industria superan ampliamente las disponibilidades fiscales, motivo por el cual en 1993 se aprobó la Ley de Modernización del Estado, que contemplaba la apertura a la inversión privada en producción, transporte, procesamiento y comercialización de hidrocarburos.

En este sentido, es importante destacar que ni el auge cacaotero de inicios de siglo ni los mejores momentos de la época bananera de la década de los cincuenta consiguieron lo que el petróleo: un crecimiento promedio del 8% entre 1972 y 1981, un incremento del PIB por habitante de US\$ 260 en 1970 a US\$ 1.668 en 1981 y un crecimiento económico per cápita entre 1973 y 1980 del 3,3% promedio.

En el mundo actual, el petróleo es la principal fuente primaria de energía, razón por la que las actividades productivas relativas a este recurso se han convertido en un factor determinante en la geopolítica mundial, en las relaciones comerciales y en los flujos de capital a nivel internacional. Este crecimiento incluso se puede apreciar desde una perspectiva de desarrollo social. En este sentido, un análisis de la evolución del analfabetismo en el Ecuador, permite suponer que la disponibilidad de recursos provenientes del petróleo, sí ha tenido un efecto “positivo y masivo” en esta variable. Si la evolución del analfabetismo hubiese sido como antes de la era petrolera, es decir si nos hubiésemos mantenido como país exclusivamente agrícola, probablemente hoy ese analfabetismo sería un 50% mayor a la actual (cerca del 16% frente a un 11%).

La importancia de la actividad petrolera radica en que el Estado ecuatoriano es un Estado rentista, lo que significa que gran parte del erario del Estado depende de la renta petrolera la cual además debe ser distribuida y redistribuida. Esta renta, además de aportar al fisco estatal, también representa una utilidad para el sector empresarial privado, es decir, que la lógica de ganancia no se refiere únicamente al sector empresarial sino también la necesidad de un Estado que, por diversas razones, se encuentra acorralado ante una imperiosa necesidad de recursos económicos principalmente para satisfacer los servicios que se demandan al mismo Estado.

Al respecto de estas consideraciones, tenemos que hasta junio del año 2010, según cifras del Banco Central del Ecuador, nuestro país por exportaciones de petróleo crudo ingresó 4.378,96 millones de dólares de los Estados Unidos de América y por derivados de petróleo 292,01 millones de dólares. La primera cifra representa más del 50% de exportaciones de primarios acumulados que en su totalidad alcanzaron en ese periodo 8443, 29 millones de dólares. Los derivados de petróleo por su parte, si bien no representan un porcentaje tan alto de exportaciones de industrializados acumulados, si alcanzan al menos el 16,32 % de todo este sector productivo. Cantidad alta considerando que nuestro país no es un especialista en elaboración de derivados de crudo. Estas cifras son absolutamente claras para inferir, que el presupuesto del país depende de la cantidad de recursos petroleros que logremos extraer y a su vez exportar.

Ahora bien, la extracción, transporte y procesamiento del petróleo son actividades económicas y toda actividad económica implica un determinado impacto sobre el medio natural: se usan recursos naturales, se generan riesgos tanto para el ser humano como para el entorno, se arrojan desechos, se compite con otros organismos por espacio físico y por algunos servicios ambientales. No obstante, los impactos que se producen por las actividades petroleras simplemente son más visibles debido al territorio donde se desarrollan. Territorio que generalmente es el asentamiento de ecosistemas vulnerables que deben ser sujetos de protección. En Ecuador, en la actualidad, el principal territorio de extracción de petróleo se encuentra en nuestra región amazónica, según información proporcionada por PETROECUADOR, que nos indica que aproximadamente el 97% de pozos petroleros se ubican en las provincias de Sucumbíos y Orellana.

La Amazonía es una región que posee una gran diversidad de especies naturales, muchas de ellas únicas en el mundo, cuyos ecosistemas necesitan ser protegidos y conservados. Además, es importante anotar que nueve pueblos ancestrales habitan esa región: siona, secoya, cofán, shuar, achuar, huao, kichwa, zápara y shiwiar, pueblos que poseen idiomas únicos y culturas particulares.

En este sentido, tanto desde el punto de vista ambiental como del social, la región amazónica del Ecuador presenta agudos conflictos y enfrentamientos que no se resuelven con la expedición de importantes cuerpos legales como la Ley de Gestión Ambiental, el Reglamento Ambiental Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, el Decreto 1215, pero que con la Constitución de Montecristi del 2008, se espera solventar.

En base a estas consideraciones, quienes desarrollan actividad de producción petrolera, se encuentran en una situación algo desconcertante. Por un lado, existe una expectativa social que coloca en la actividad petrolera, las

esperanzas que el país y el conjunto de la sociedad puedan resolver algunos de los problemas más acuciantes, y como resultado de esto, hubieron épocas en las cuales la sociedad reclamaba obras de infraestructura, inversiones que puedan sustentar un proceso masivo de colonización, que se creen nuevas ciudades, que se abran nuevas tierras a la producción, etcétera. Las empresas petroleras lo hicieron: construyeron carreteras, dinamizaron la economía, su actividad generó nuevas ciudades. Empero en la actualidad, la situación de la sociedad ha cambiado, y por tanto ésta parece que ya no quiere que se produzcan impactos ambientales, ya no quiere ocupar los espacios que tradicionalmente habían sido habitados solamente por pueblos indígenas, es decir, se ha creado una sicología social de conciencia ambiental, debido principalmente, a que en los últimos años el 94% de las 34 parroquias con pozos petroleros presentarían alto riesgo de impactos socio-ambientales generados por la actividad petrolera, que la contabilidad del crudo derramado y el recuperado permite señalar que aproximadamente el 24% (7.148 barriles) de crudo derramado en el período no fue recuperado, lo que habría ocasionando una serie de impactos en el área sin lograr la regeneración de dichas áreas.

Es decir, la necesidad de preservar nuestro medio ambiente de impactos producidos por las actividades petroleras es urgente, y por tanto la normativa debe ser el canal que permita alcanzar dicha meta, conjuntamente con la orientación de las actividades hacia los principios y fines propuestos por el concepto de economía sustentable.

La economía humana, indiscutiblemente existe dentro de un ambiente natural donde se desarrolla la especie humana, pero también la diversidad de especies que conforman los distintos ecosistemas. Estos ecosistemas además resultan determinantes en la supervivencia y existencia de nuestra raza. A este tenor, la economía sustentable es aquella que dura, aquella que no lleva en sí las semillas de su propia destrucción. Toda actividad económica que destruya el medio ecológico generador de los recursos y materia prima de todos los productos de consumo humano, significaría eventualmente la autodestrucción del mismo entorno proveedor del ser humano. La importancia de una economía sustentable radica entonces, en que en virtud de la misma, los entes productores y quienes desarrollen actividades económicas en general, deben procurar no solo el alcance e incremento de su capital económico, sino también, y en estrecha relación, de su capital social y medioambiental.

La actividad hidrocarburífera en concreto y todas las actividades en general, deben vincular su desarrollo sobre la base de tres ideas fundamentales, interrelacionadas e interdependientes entre sí: una economía próspera, un medio ambiente con calidad y finalmente, una equidad social. En tal sentido, la rentabilidad económica de las empresas petroleras, es el factor menos preocupante de estas tres aristas, ya que como se ha dicho, la actividad

petrolera es la principal fuente de ingreso de recursos económicos, no solo del Estado, sino proporcionalmente, de todo el sector productivo privado.

Respecto a los otros dos puntos, actualmente, las empresas se encuentra redefiniendo el concepto de rentabilidad en relación a sus réditos productivos, incluyendo dentro de sus parámetros de rentas, no solo aquellas económicas, sino también, las que benefician al medio ambiente, a la sociedad y por tanto generan una imagen atractiva al consumidor y al mundo espectador en general. Aspectos que eventualmente van a satisfacer las otras dos ideas planteadas (de cuidado medioambiental y solidaridad social) con lo cual se puede alcanzar el objetivo de que los negocios más prósperos (económica y socialmente hablando) sean aquellos que canalicen su éxito financiero considerando que si desde el punto de vista fiscal les va bien (evitando impuestos por externalidades ambientales), si producen servicios y productos de alta calidad, tratan bien a trabajadores y clientes, y benefician a las comunidades y al medioambiente, sus ingresos e imagen serán mejores.

En definitiva, en Ecuador, las empresas hidrocarburíferas, en observancia a nuestro ordenamiento jurídico, en especial la Constitución de la República, deben procurar la consecución exitosa de todos estos requisitos con miras a la satisfacción de los derechos del buen vivir, en armonía con los principios del concepto “economía sustentable”.

3.1 Protección en la Legislación Ecuatoriana: La actividad Hidrocarburífera.

La normativa ambiental infra constitucional en el Ecuador, ha estado dirigida principalmente a establecer responsabilidades a los sujetos causantes de impacto ambiental, a través de las distintas actividades humanas con riesgo de causar impacto ambiental, así como también, a dirimir competencias entre los distintos órganos gubernamentales, que mediante acción transversal, han sido los encargados de vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y administrativas relacionadas con la protección del medio ambiente y la naturaleza.

En este sentido, en el año de 1976, se expidió la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental con el objeto de regular, a través de un texto normativo, las emisiones expelidas hacia la atmósfera, aguas y suelos, mediante la ejecución de actividades industriales y productivas en general, que puedan causar dichas emisiones. En este cuerpo legal, se incorporaron algunos importantes principios tales como: incluir dentro de los deberes del Estado el precautelar la buena utilización y conservación de los recursos naturales del país (atmósfera, agua y suelos); orientar con sentido humano y cualitativo la preservación del ambiente y arbitrar las medidas de un justo equilibrio entre desarrollo tecnológico y uso de recursos. Así, quizá el avance más importante de esa ley consistía en la tipificación de ciertas conductas consideradas como lesivas del ambiente:

Art. 1.- Queda prohibido expeler hacia la atmósfera o descargar en ella, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, contaminantes que, a juicio de los Ministerios de Salud y del Ambiente, en sus respectivas áreas de competencia, puedan perjudicar la salud y vida humana, la flora, la fauna y los recursos o bienes del estado o de particulares o constituir una molestia.

Art. 6.- Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, a las redes de alcantarillado, o en las quebradas, acequias, ríos, lagos naturales o artificiales, o en las aguas marítimas, así como infiltrar en terrenos, las aguas residuales que contengan contaminantes que sean nocivos a la salud humana, a la fauna, a la flora y a las propiedades.

Art. 10.- Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, cualquier tipo de contaminantes que puedan alterar la calidad del suelo y afectar a la salud humana, la flora, la fauna, los recursos naturales y otros bienes.

Las sanciones prescritas en esta Ley, también constituyeron un paso importante en la legislación ya que en los casos de mayor peligro o contaminación al ambiente y a la salud de las personas, se podía llegar incluso a la prisión de la persona responsable; considerando también que este texto legal es quien prescribe por primera vez la acción popular para denunciar ante la autoridad competente (Ministerio del Ambiente o Ministerio de Salud) cualquier daño al medio ambiente: “Art. 16.- Se concede acción popular para denunciar ante las autoridades competentes, toda actividad que contamine el medio ambiente.”

Posteriormente como resultado de la expedición de la Constitución de la República de 1998, la Ley de Gestión Ambiental significó y representa aún en la actualidad, una buena ley cuyo fin es fijar los límites de competencias entre todos los organismos públicos que tienen injerencia en el tema y por establecer políticas y planes de manejo ambiental con proyección futura. En virtud de esta Ley, dicha competencia de los actores del manejo ambiental gira en torno a la figura dominante del Ministerio del Ambiente, que en la actualidad es la rama del Ejecutivo, encargada de controlar incluso las actividades ambientales relativas con la exploración, extracción, transporte, industrialización y comercialización de petróleo. A pesar de estos avances, la Ley de Gestión Ambiental ha descuidado un tema central en la protección ambiental, y es el de elaborar eficaces mecanismos procesales a través de los cuales los ciudadanos puedan exigir el cumplimiento de las normas ambientales, más aún cuando la Constitución concede legitimación activa a cualquier persona para reclamar un daño ambiental, y pedir la regeneración de la naturaleza. Es importante destacar, que la Ley de Gestión Ambiental si bien determina también acción popular para reclamar daños por contaminación

ambiental, y establece además la competencia de la Corte Provincial para conocer dichas causas, es imprescindible, dada la naturaleza de la acción de daño ambiental, que el proceso mediante el cual se trámite la misma, sea sumario, efectivo y eficaz, asegurando así el postulado constitucional del artículo 72 que reza que "... el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas." Por tanto, estos mecanismos deben ser idóneos para garantizar la protección y control del ambiente, y constituir un freno a las acciones que implique su atropello, como medio de protección.

En este estudio se analizará dicha Ley de Gestión Ambiental, la Ley de Hidrocarburos y el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental de Operaciones Hidrocarburíferas, los cuales si bien buscan proteger al sujeto naturaleza y al medio ambiente en general, no alcanzan ahora, la amplia protección que la Constitución persigue como parte de la cosmovisión del Constituyente, que concibió como un *modus vivendi* de la sociedad ecuatoriana, el Régimen del Buen Vivir, del cual precisamente el medio ambiente es parte fundamental. Razón por la cual es imperativo que nuestra normativa infra constitucional deje de incurrir en el error de se incurre en el error de expedir programas de trabajo o planes y proyectos que constituyen normas legales y administrativas en su aspecto formal pero sin contenido normativo, es decir, son declaratorias que ni mandan, ni permiten ni prohíben, teniendo como resultado cuerpos legales y reglamentarios que simplemente expresan principios inejecutables a favor del ambiente, dando la impresión errónea de una abundancia de normas protectoras del medio ambiente, la cual no es suficiente ni apropiada de acuerdo a lo que el marco constitucional pretende alcanzar.

3.1.1 Licencia Ambiental

La licencia ambiental según el glosario de definiciones de la Ley de Gestión Ambiental es:

La autorización que otorga la autoridad competente a una persona natural o jurídica, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. En ella se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario debe cumplir para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente.

Esta autorización, que es un acto administrativo, es un requisito *sine qua non* para iniciar y obtener los permisos necesarios de funcionamiento para iniciar cualquier actividad con potencial impacto ambiental. Los actos que la preceden según la propia Ley de Gestión Ambiental, artículo 21, son estudios de línea base; evaluación del impacto ambiental; evaluación de riesgos; planes de manejo; planes de manejo de riesgo; sistemas de monitoreo; planes de contingencia y mitigación; auditorías ambientales y planes de abandono. El

órgano competente para otorgar y revocar (cuando se verifique el incumplimiento de normas ambientales mediante un informe motivado que lo constata) esta autorización, es el Ministerio del Ambiente en observancia al Decreto N° 1630 publicado en el Registro Oficial N° 561 de 1 de abril de 2009.

En la industria petrolera, este instrumento administrativo, se regula específicamente con sus particularidades, a través del Acuerdo Ministerial N° 14 de 4 de marzo de 2009, publicado en Registro Oficial N° 554, de 23 de marzo de 2009.

Este Acuerdo regula las condiciones para el licenciamiento ambiental para actividades hidrocarburíferas, como la ejecución de operaciones, acciones, obras de mantenimiento y/o de rehabilitación de facilidades e instalaciones, para cada proyecto, obra o fase de esta industria, cuya ubicación no se encuentren dentro de las áreas que son de exclusiva competencia del Ministerio del Ambiente.

Determina además que el requisito para la obtención de la licencia ambiental, a parte de los determinados en la Ley de Gestión Ambiental, es el Estudio de Impacto Ambiental, para cada fase de la industria hidrocarburífera, elaborado conforme el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador.

Los documentos que deben acompañar a la solicitud de obtención de licencia ambiental, para actividades petroleras, son según este Acuerdo Ministerial:

1. Certificado de inscripción en el Registro de Fichas y Licencias del Ministerio del Ambiente de la aprobación del estudio ambiental, en el caso de no haberse presentado previamente.
2. Garantía de fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental, equivalente al dos por mil del monto total de la actividad y/o proyecto, a través de una garantía bancaria o póliza de seguro de riesgo ambiental, incondicional e irrevocable de cobro inmediato emitida por una Institución Financiera o Compañía de Seguros establecida legalmente en el Ecuador a favor del Ministerio de Minas y Petróleos, que garantice la ejecución de la fase o actividad hidrocarburífera objeto de licenciamiento, la misma que deberá mantenerse vigente hasta un año posterior a la terminación del proyecto.
3. Comprobante de depósito del pago de derechos por servicios de regulación y control que realiza la Subsecretaría de Protección Ambiental, equivalente al cero coma ocho (0,8) por mil del monto total de la actividad y/o proyecto, conforme Acuerdo Ministerial Nro. 025, expedido el 12 de septiembre del 2005, publicado en el Registro Oficial N°. 113 de 28 de septiembre del 2005.
4. Póliza de responsabilidad civil.
5. Certificado de intersección con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y Patrimonio Forestal del Estado (en caso de no haberse presentado previamente).

A su vez, los proyectos en operación pero sin licenciamiento deben adjuntar a su petición:

1. Certificado de inscripción de la presentación de la auditoría ambiental y su respectivo Plan de Manejo Ambiental, en el Registro de fichas y licencias del Ministerio del Ambiente.
2. Certificado del informe de la auditoría ambiental realizada en los dos últimos años y Plan de Manejo Ambiental actualizado, realizada en los dos últimos años y aceptada por la Subsecretaria de Protección Ambiental.
3. Certificado de la actualización del Plan de Manejo Ambiental, en los proyectos que no hayan iniciado actividades y que cuenten con tal aprobación. Finalmente, es necesario anotar, que dada la responsabilidad objetiva declarada en la Constitución por daño ambiental y el elevado monto de las reparaciones e indemnizaciones que por un daño al ambiente, se derivan en la actividad petrolera, el Acuerdo hace especial énfasis en las pólizas de seguros de responsabilidad civil que deben obtener las industrias petroleras para garantizar la aplicación del principio de responsabilidad objetiva señalado, siendo el artículo siete de dicho Acuerdo Ministerial, quien garantiza la ejecución de la citada responsabilidad objetiva:

Art. 7.- Seguro de responsabilidad civil.-La persona natural o jurídica interesada en realizar actividades y/o proyectos hidrocarburíferos, previo a la solicitud de licenciamiento ambiental, entregará a la Subsecretaria de Protección Ambiental una póliza de seguro de responsabilidad civil, la cual garantizará sus bienes, los de terceros y los impactos al medio ambiente. La póliza se mantendrá vigente hasta un año después del cierre o abandono del mismo.

El monto de la cobertura y los límites de responsabilidad de la póliza, serán consecuencia del estudio de análisis de riesgos que el promotor realizará para el proyecto.

El estudio de análisis de riesgo deberá ser presentado junto con la póliza de responsabilidad civil por el promotor, a la Subsecretaria de Protección Ambiental para la verificación de los montos y las condiciones consideradas en la póliza.

La persona natural o jurídica autorizada para ejecutar la actividad y/o proyecto, como único responsable respecto de posibles daños a terceros, indemnizará a los afectados en el 100% de cada siniestro.

Además, las pólizas deben cumplir los requisitos y exigencias determinadas en los siguientes artículos del Acuerdo Ministerial en mención:

Art. 8.- Garantía de fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental.- La persona natural o jurídica autorizada para ejecutar la actividad y/o proyecto, deberá entregar una garantía incondicional e irrevocable y de cobro inmediato de fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental, otorgada por un banco o institución financiera establecida en el país, a favor del Ministerio de Minas y

Petróleos, por una cantidad equivalente al 2 por mil del monto total del proyecto, que deberá mantenerse vigente hasta un año posterior al cierre de las operaciones del proyecto.

Esta garantía se ejecutará cuando fuere del caso, sin más trámites que la petición formulada por el Ministro de Minas y Petróleos o su delegado.

Con este artículo se cumple con el principio precautelatorio y de precaución. No obstante, la competencia para ejecutar dicha póliza debería recaer en el Ministerio del Ambiente, según lo determinado en el Decreto N° 1630 que transfiere las competencias ambientales del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables al Ministerio del Ambiente.

Los artículos 9 y 10 del Acuerdo Ministerial N° 14 tratan además lo siguiente:

Art. 9.- Vigencia de la garantía.- Será responsabilidad del promotor o titular de la licencia ambiental mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental, hasta un año posterior al cierre de las operaciones del proyecto sujeto de la licencia ambiental y renovarla hasta 15 días antes de su vencimiento; de no renovarse con dicha antelación, el Ministerio de Minas y Petróleos queda facultado para la ejecución de la misma.”

Art. 10.- Cumplimiento de obligaciones del Plan de Manejo Ambiental.- La ejecución de la garantía no exime a la persona natural o jurídica autorizada para ejecutar la actividad y/o proyecto, de la obligación de ejecutar las medidas contempladas en el Plan de Manejo Ambiental o planes de remediación o rehabilitación y en los planes de abandono, dentro de los plazos establecidos por la Subsecretaría de Protección Ambiental.

Art. 11.- Sanción.- La ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental no determina cancelación de la licencia; por lo cual, será obligación de la persona natural o jurídica autorizada para ejecutar la actividad y/o proyecto, presentar a la Subsecretaría de Protección Ambiental, una nueva garantía de idénticas características a la ejecutada; sin perjuicio de que si fuere del caso, se aplicarán sanciones de carácter administrativo, civil o penal.

3.1.2 Ley de Gestión Ambiental

La Ley de Gestión Ambiental es el principal instrumento legal de protección al medio ambiente y naturaleza. Esta ley codificada el 10 de octubre de 2004, mediante publicación N° 418 de Suplemento de Registro Oficial, “establece los principios y directrices de política ambiental; determina las obligaciones, responsabilidades, niveles de participación de los sectores público y privado en la gestión ambiental y señala los límites permisibles, controles y sanciones en esta materia.”(Art.1)

El cuerpo legal además determina las competencias del Ministerio del Ambiente, el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental (cuyo órgano rector es el Ministerio del Ambiente), y el

ámbito de participación de las instituciones y órganos del Estado en materia Ambiental, y en general de la sociedad civil.

Los principios que este texto legal establece en la gestión ambiental son la solidaridad, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje y reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables y respeto a las culturas y prácticas tradicionales. Principios que deben ser interpretados, desarrollados y ejecutados según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, según lo prescribe la propia ley. A pesar que los principios que la Ley de Gestión Ambiental reconoce a favor del medio ambiente son bastos, es necesario mencionar que por ser esta norma anterior a la Constitución del año 2008, no enuncia el deber que tiene el Estado de garantizar la conservación de la biodiversidad y principalmente, la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, lo que por su parte la norma constitucional si reconoce y garantiza. En este sentido, es indudable que el avance constitucional para mantener inmaculada ciertos ecosistemas que conforman la biodiversidad de nuestro país debe ser entendido como una norma garantista de aplicación directa, sin que se pueda alegar omisión legal para su ejecución. Por tanto, el deber del Estado para crear mecanismos de defensa del medio ambiente que garanticen no solo su restauración, sino su regeneración, es plenamente susceptible de petición y exigencia.

Ahora bien, para cumplir con sus fines y garantizar de forma integral la protección del medio ambiente y la naturaleza, la Ley de Gestión Ambiental contiene instrumentos reales de gestión ambiental, a través de los cuales se puede alcanzar y cumplir con sus fines, objetivos y principios, y a su vez complementar real y positivamente, los postulados constitucionales de protección a la naturaleza. Estos instrumentos son:

- La planificación que establece el Plan Ambiental Ecuatoriano para la protección y uso sustentable del medio ambiente. Este plan debe ser coordinado por el Ministerio del Ambiente entre las instituciones que conforman el sistema nacional descentralizado de gestión ambiental. Este Plan será el instrumento técnico de gestión que promoverá la conservación, protección y manejo ambiental; y contendrá los objetivos específicos, programas, acciones a desarrollar, contenidos mínimos y mecanismos de financiación así como los procedimientos de revisión y auditoria.
- Evaluación de impacto ambiental y del control ambiental que debe comprender la estimación de los efectos causados a la población humana, la biodiversidad, el suelo, el aire, el agua, el paisaje y la estructura y función de los ecosistemas presentes en el área previsiblemente afectada; las condiciones de tranquilidad públicas, tales como: ruido, vibraciones, olores, emisiones luminosas, cambios térmicos y cualquier otro perjuicio ambiental derivado de

su ejecución; y, la incidencia que el proyecto, obra o actividad tendrá en los elementos que componen el patrimonio histórico, escénico y cultural. Esta evaluación la deben realizar todas las personas naturales o jurídicas que pretendan realizar obras públicas, privadas o mixtas, o proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales.

- Mecanismos de Participación social como consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado.

- Capacitación y difusión a cargo del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, que deberá proporcionar a la sociedad los lineamientos y orientaciones sobre el manejo y protección del medio ambiente y de los recursos naturales.

- Instrumentos de aplicación de normas ambientales tales como parámetros de calidad ambiental, normas de efluentes y emisiones, normas técnicas de calidad de productos, régimen de permisos y licencias administrativas, evaluaciones de impacto ambiental, listados de productos contaminantes y nocivos para la salud humana y el medio ambiente, certificaciones de calidad ambiental de productos y servicios, contribuciones y multas destinadas a la protección ambiental y uso sustentable de los recursos naturales, así como los seguros de riesgo y sistemas de depósito.

- Financiamiento del Ministerio del Ambiente como órgano rector del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, para la ejecución de programas de control y preservación ambiental. La ley concede a esta rama del Ejecutivo jurisdicción (capacidad) coactiva para recaudar multas y tasas previstas en la misma Ley.

- Información y vigilancia ambiental.

La ley en su parte adjetiva, regula las acciones civiles, administrativas y populares para defensa del medio ambiente. Así, concede acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano, vinculados por un interés común y afectados directamente para denunciar acciones u omisiones dañosas que deterioren la salud o el medio ambiente, es decir, la acción civil ampara a las personas naturales o jurídicas o grupos humanos vinculados por un interés común, para accionar y reclamar daños y perjuicios por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Disposición que la norma constitucional del artículo 397 número 1 amplía en el sentido en que la norma de la Ley de Gestión Ambiental es restrictiva para una pluralidad de personas, sea asociada informalmente, sea constituida como persona jurídica, ora como un grupo humano unido por lazos intrínsecos como las comunidades indígenas y pueblos ancestrales; mientras que el artículo constitucional citado otorga legitimidad activa a cualquier persona natural, jurídica, colectiva o grupo humano por si mismos para obtener tutela jurídica efectiva en materia

ambiental. A su vez, la ley también restringe la acción a esa pluralidad de personas, siempre que hayan sido afectados directamente por el daño, mientras que la Constitución garantiza el derecho de acción a cualquier persona o grupo humano sin perjuicio de su interés directo. Es decir, la Ley de Gestión Ambiental reconoce el derecho a reclamar un daño ambiental a las personas afectadas, para que a su vez sean indemnizadas. Por su parte la Ley Fundamental otorga derecho de acción a cualquier ciudadano para reclamar, a favor del medio ambiente un daño ambiental, pero a su vez también protege el derecho de indemnización a favor del afectado, indistintamente que este sea o no una pluralidad: “Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”. La subjetividad de la dependencia de un individuo o pluralidad humana a un ecosistema, la debe definir el juez en base a las pruebas que se aporten toda vez que la norma constitucional es bastante amplia en este concepto.

La Ley de Gestión Ambiental además otorga el derecho a toda persona natural, jurídica o grupo humano para ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos. La ley además determina que los peritajes son los documentos habilitantes para determinar la reparación del medio ambiente y que el beneficiario de la indemnización son la persona (en concordancia con la Constitución) o colectividad afectada y a falta de este o dada la imposibilidad de determinación de la misma, el beneficiario del pago será la institución que deba emprender las labores de reparación.

Finalmente, establece que cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente (el Ministerio del Ambiente o a quien se desconcentre o descentralice esta competencia) adoptará las siguientes medidas administrativas: decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción y exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días.

3.1.3 Ley de Hidrocarburos

La codificación de la Ley de Hidrocarburos en vigencia fue promulgada en Registro Oficial N° 711 del 15 de noviembre de 1978 y expedida por el Consejo Supremo del Gobierno de la época.

Esta ley regula las actividades hidrocarburíferas en todas sus fases como la exploración, explotación, industrialización, comercialización, distribución, transporte, fijación de precios, modos contractuales, política hidrocarburífera,

competencias de las instituciones del ramo, obligaciones de las industrias privadas relacionadas, etcétera. En materia ambiental, la Ley de Hidrocarburos si bien contiene ciertas disposiciones relativas al tema, las regulaciones más específicas en relación a la protección y cuidado del medio ambiente entorno a las actividades hidrocarburíferas, forman parte de un Reglamento Autorizado que regula los procedimientos y mecanismos orientados para garantizar dicha protección, precaución y cuidado, y así asegurar el cumplimiento de esta Ley haciendo viable su ejecución en armonía con los principios y normas ambientales que tutelan al sujeto naturaleza y al medio ambiente: el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador.

No obstante la precisión anterior, la Ley de Hidrocarburos contiene como principio en su artículo 1 que la explotación se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente. La disposición de esta norma es insuficiente debido a que la actividad hidrocarburífera no se agota en la fase de explotación, sino comprende también, la exploración, industrialización, comercialización, distribución, y transporte como fases productivas, las cuales también deben observar parámetros de cumplimiento establecidas en la normativa ambiental y principios que garantizan la precaución, conservación y restricción para actividades (en todo el amplio sentido de la palabra como lo señala el artículo 73 del Código Político) que puedan conducir a la destrucción de ecosistemas. Sin embargo, es importante mencionar que normas técnicas, de control de calidad, seguridad y salud, de inferior jerarquía en nuestro ordenamiento, e incluso la misma Ley de Hidrocarburos en sus artículos posteriores, sí establecen las directrices necesarias para control actividades como el transporte de hidrocarburos, que puedan causar impacto ambiental.

En su artículo 3, la Ley en cuestión establece la obligatoriedad de las empresas privadas que obtengan autorización directa del Presidente de la República para el transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización, de contar con un informe previo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, adscrita al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables. El informe que expida la citada Agencia debe contener la certificación de que el proyecto se apega a normas internacionales de calidad -API- o -DIN- y de que se contemplan todas las normas de seguridad en lo que respecta a la protección del ambiente. Estas certificaciones de calidad, deben además ser complementadas con certificaciones tipo ISO 9001, por citar un ejemplo, a fin de que se puedan ejercer de manera real los derechos que la Norma Suprema ha reconocido a la naturaleza. En este sentido, las certificaciones y normas de seguridad en cuestión, son los mecanismos de ejecución real de lo prescrito en la

Constitución de la República artículo 396 tercer inciso: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.”; y artículo 397 número 2 que impone al Estado el compromiso de establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental y de manejo sustentable de los recursos naturales. Las certificaciones precisamente están orientadas para que las actividades productivas, en este caso las hidrocarburíferas, cumplan con parámetros mínimos de prevención de la contaminación (en esta materia) e incluso de seguridad industrial a fin de tutelar la salud tanto de los trabajadores como de las personas externas expuestas a los efectos de la actividad.

La Ley de Hidrocarburos prevé también en su artículo 31, la obligación de PETROECUADOR y los contratistas o asociados, en exploración y explotación de hidrocarburos, en refinación, en transporte y en comercialización de presentar para la aprobación del Ministerio del Ramo los planes, programas y proyectos y el financiamiento respectivo para que las actividades de exploración y explotación no afecten negativamente a la organización económica y social de la población asentada en las áreas donde se realicen las mencionadas actividades y a todos los recursos naturales renovables y no renovables locales. Además, conducir las operaciones petroleras de acuerdo a las Leyes y Reglamentos de protección del medio ambiente y de la seguridad del país y con relación a la práctica internacional en materia de preservación de la riqueza ictiológica y de la industria agropecuaria. Para el efecto, en los contratos, deben constar las garantías respectivas de las empresas contratistas. Elaborar estudios de impacto ambiental y planes de manejo Ambiental para prevenir, mitigar, controlar, rehabilitar y compensar los impactos ambientales y sociales derivados de sus actividades. Estos estudios deberán ser evaluados y aprobados por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables en coordinación con los organismos de control ambiental siendo esta Cartera de Estado quien se encargue de su seguimiento ambiental, directamente o por delegación a firmas auditoras calificadas para el efecto.

Adicionalmente, la Ley en su artículo 77 prescribe que el incumplimiento de los contratos suscritos por el Estado ecuatoriano para la exploración y/o explotación de hidrocarburos que no produzca efectos de caducidad, ni infracción de la Ley o a los reglamentos, será sancionado en la primera ocasión con una multa de hasta quinientas remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; la segunda ocasión con multa de quinientas a un mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; y, la tercera ocasión con multa de un mil a dos mil remuneraciones básicas

unificadas para los trabajadores en general, la misma que será impuesta por el Director Nacional de Hidrocarburos de forma motivada, utilizando criterios de valoración objetivos, como: gravedad de la infracción, negligencia, daño producido, alcance de la remediación, volumen de ventas, perjuicio al Estado y al consumidor y otros que se consideren pertinentes guardando proporcionalidad con la infracción. Estos daños pueden ser producidos al ambiente y por tanto es una medida coercitiva que recae sobre quienes produzcan impacto en la naturaleza mediante la ejecución de actividades e industria hidrocarburífera.

3.1.4 Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador

Expedido mediante Decreto Ejecutivo N° 1215 publicado en el Registro Oficial N° 265 de 12 de febrero de 2001, es una norma complementaria a las disposiciones de la Ley de Gestión Ambiental y la Ley de Hidrocarburos. La naturaleza de este Reglamento, como se dijo antes, es la de un Reglamento Autorizado que norma las situaciones ambientales no previstas en la Ley de Hidrocarburos. Es el principal cuerpo normativo de observancia obligatoria en la rama ambiental en relación a las actividades hidrocarburíferas.

En concreto el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, regula actividades hidrocarburíferas de exploración, desarrollo y producción, almacenamiento, transporte, industrialización y comercialización de petróleo crudo, derivados del petróleo, gas natural y afines, susceptibles de producir impactos ambientales en el área de influencia directa, definida en cada caso por el Estudio Ambiental respectivo.

La autoridad competente que el Reglamento determina para el control, vigilancia, fiscalización y auditoría en cuanto al cumplimiento de sus disposiciones en la actividad hidrocarburífera, es el Ministerio del Ambiente, que mediante Decreto Ejecutivo N° 1630 publicado en R.O. N° 561 de 1 de abril de 2009 asumió las competencias de la Subsecretaría de Protección Ambiental (SPA) del ex Ministerio de Energía y Minas ahora Ministerio de Recursos Naturales No Renovables. El Ministerio del Ambiente además, es la autoridad encargada de realizará la evaluación, aprobación y el seguimiento de los Estudios Ambientales en todo el territorio ecuatoriano, respecto a la actividad hidrocarburífera. En este sentido, es importante destacar que el artículo 395 número 2 de la Constitución, consagra como principio ambiental la aplicación de políticas de gestión ambiental de manera transversal. Como se dijo, la transversalidad entre sus postulados orienta la gestión institucional del Estado a una participación y colaboración de varios órganos gubernamentales para alcanzar el fin de ejecutar políticas concretas en las diferentes materias del devenir administrativo estatal de forma descentralizada y desconcentrada. La regulación del RAOH en tanto concentra y centraliza la

capacidad de regulación en una sola Cartera de Estado, no se guarda armonía y relación con el texto constitucional citado. Así, si bien se necesita de un ente regulador principal que dirija la gestión ambiental dentro del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, se debería articular el sistema según las actividades específicas que causan impacto en el medio ambiente, es decir, en materia de hidrocarburos, dentro del Ministerio de Recursos Renovables No Renovables, debe existir un órgano que a priori fiscalice el cumplimiento de la normativa de protección ambiental, e incluso el régimen descentralizado autónomo debería tener potestades de control amplias, para que posteriormente sea el Ministerio del Ambiente quien decida en última instancia los temas atribuidos a su conocimiento por las competencias dadas en la legislación y normativa inferior, concretándose así que el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente se articule a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, al tenor de lo prescrito en el artículo 399 de la Norma Suprema.

En el mismo sentido, el RAOH en su artículo 14 estipula que dentro del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental, la Subsecretaría de Protección Ambiental a través de la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera será la entidad responsable de efectuar el control y seguimiento de las operaciones hidrocarburíferas en todas sus fases en lo que respecta al componente ambiental y sociocultural, y a la aplicación de los Planes de Manejo Ambiental aprobados para cada fase, así como las disposiciones mismas de este Reglamento.

Los informes que sobre estos temas emita la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas (ahora Ministerio de Recursos Naturales No Renovables) con relación a cualquiera de las diferentes fases de las actividades hidrocarburíferas, constituirán la base técnica para, en caso de incumplimiento, proceder al juzgamiento de las infracciones en sede administrativa o jurisdiccional. Como sucede con toda la gestión ambiental en materia de hidrocarburos, la competencia en estas materias la ostenta ahora el Ministerio del Ambiente, según el Decreto Ejecutivo N° 1630. Pienso al respecto que dentro del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, debería mantener un órgano de rango de Subsecretaría de Estado, con las competencias concedidas en el RAOH a la Subsecretaría de Protección Ambiental, pero a su vez control sus funciones para que sea el Ministerio del Ambiente quien revise, analice y apruebe los informes emitidos por esta Subsecretaría cuando se involucren asuntos de especial interés como por ejemplo el cumplimiento de Estudios Ambientales, y sus reformas.

En el artículo 4, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador, determina que los sujetos sobre los cuales el Ministerio del Ambiente ejercerá control en el tema son PETROECUADOR, sus filiales y sus contratistas o asociados para la

exploración y explotación, refinación o industrialización de hidrocarburos, almacenamiento y transporte de hidrocarburos y comercialización de derivados de petróleo, así como las empresas nacionales o extranjeras legalmente establecidas en el país que hayan sido debidamente autorizadas para la realización de estas actividades hidrocarburíferas. Del mismo modo el artículo 6 ordena a estos sujetos de control a coordinar la gestión ambiental y los aspectos sociales contemplados en el Plan de Manejo Ambiental respectivo, con el Ministerio del Ambiente. Adicionalmente el artículo 15 del cuerpo reglamentario dispone responsabilidad solidaria entre contratistas y subcontratista ante el Estado ecuatoriano por lo tanto es responsabilidad directa y exclusiva de los contratistas la aplicación de las medidas de prevención, control y rehabilitación, sin perjuicio de la que solidariamente tengan los subcontratistas. Los sujetos de control están obligados también, en todas las fases de las actividades hidrocarburíferas que ejecuten y en sus áreas de operaciones, contar con personal profesional capacitado para el manejo de aspectos socio-ambientales.

El Reglamento en su artículo 5, de cierta manera se garantiza la aplicabilidad del artículo 407 de la Ley Fundamental en tanto la prohibición de extraer recursos naturales no renovables en áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles. Dicho artículo 5 regula que:

Si por disposiciones posteriores a la firma de un contrato o aprobación de un Proyecto o plan de desarrollo, se establecieran áreas ecológicamente sensibles o culturalmente vulnerables, tales como núcleos de conservación, zonas intangibles u otras, tales como hábitat de pueblos no contactados y/o en peligro de desaparición, alterando las condiciones técnicas y económicas de la operación petrolera, el Estado y la compañía respectiva deberán encontrar las vías de solución para reestablecer las condiciones originales del contrato o modificar el contrato por acuerdo mutuo.

En cumplimiento de la norma constitucional, los contratos que se requieran renegociar por desarrollarse las actividades hidrocarburíferas en estas zonas, deben establecer con claridad la reubicación total de la actividad, o en su defecto y siempre y cuando el Presidente de la República lo fundamente y la Asamblea Nacional lo apruebe mediante declaratoria de interés público, según el mismo artículo 407 de la Constitución, se deben replantear las condiciones, obligaciones mecanismo de protección, recuperación y regeneración de la naturaleza, a ser cumplidos por el contratista. En este mismo sentido, el artículo 7 del RAOH determina que:

Los estudios ambientales para la ejecución de proyectos petroleros que incluyan actividades hidrocarburíferas en zonas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores deberán contar con el pronunciamiento previo del Ministerio del Ambiente en que se

establezcan las condiciones técnicas mínimas que debe cumplir la gestión ambiental a desarrollarse.

Disposición que es inexacta debido a la misma prohibición de explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidos que el citado artículo 407 de la Constitución impone. No obstante, la regulación del RAOH sería aplicable, siempre y cuando se siga el procedimiento del mismo artículo constitucional, restringiendo así la competencia del Ministerio del Ambiente para pronunciarse sobre la pertinencia de la explotación en las áreas protegidas, ya que esta facultad la ostenta el Presidente de la República como se dijo anteriormente. En la misma dirección se debe interpretar el artículo 19 del Reglamento, el mismo que prohíbe la apertura de carreteras para actividades exploratorias en zonas del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales. La excepción que el mismo artículo establece para este particular es que en el caso de operaciones de desarrollo y producción, si por razones técnicas y/o económicas justificables se requieren otras condiciones de operación, éstas se someterán a consideración de la Subsecretaría de Protección Ambiental la que coordinará el respectivo pronunciamiento del Ministerio del Ambiente y que en todo caso, el acceso por vías y carreteras en áreas protegidas será restringido y controlado bajo la responsabilidad de la autoridad competente en coordinación con la operadora. Competencias de la Subsecretaría de Protección Ambiental que ahora serían del Ministerio del Ambiente directamente. Considero además que una vez que el Presidente de la República apruebe la ejecución de cualquiera de las fases de la actividad hidrocarburífera en un área intangible o zona de protección, según lo señalado anteriormente, las demás autorizaciones para actos derivados y subsumidos como parte del mismo proyecto original, siempre que no desvirtúen éste, pueden ser concedidas por el Ministerio del Ambiente sin pasar por el trámite aprobatorio del artículo 407 de la Constitución. El mismo criterio sería aplicable para la disposición del artículo 36 del Reglamento sobre Estudios Ambientales para áreas protegidas, por tanto los sujetos de control que vayan a realizar operaciones hidrocarburíferas en áreas pertenecientes al Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, Bosques y Vegetación Protectores, presentarán los Estudios Ambientales al Ministerio del Ambiente una vez que el Presidente de la República a través de petición fundamentada, haya solicitado a la Asamblea Nacional la aprobación del proyecto, y que el poder legislativo lo haya aceptado.

El Reglamento contempla además varias medidas de control y obligaciones de las industrias de hidrocarburos a fin de procurar la protección del medio ambiente en la ejecución de sus actividades hidrocarburíferas. Estas obligaciones están contenidas en los artículos 10, 11 y 12 de la norma y son:

- Presentar hasta el primero de diciembre de cada año, o dentro del plazo estipulado en cada contrato, al Ministerio de Recursos Naturales no

renovables, el programa anual de actividades ambientales derivado del respectivo Plan de Manejo Ambiental y el presupuesto ambiental del año siguiente para su evaluación y aprobación en base del respectivo pronunciamiento del Ministerio del Ambiente, como parte integrante del programa y presupuesto generales de las actividades contractuales, que deberá incluir los aspectos de operaciones, de inversiones y gastos administrativos, rubros que a su vez deberán estar claramente identificados en el presupuesto consolidado de los entes mencionados.

- Presentar hasta el 31 de enero de cada año un informe que describa y evalúe las actividades ambientales presupuestadas que han sido ejecutadas, en relación con las que consten en el programa anual de actividades sin perjuicio de que el Ministerio del Ambiente requiera informes específicos en cualquier tiempo.

- Realizar el monitoreo ambiental interno de sus emisiones a la atmósfera, descargas líquidas y sólidas así como de la remediación de suelos y/o piscinas contaminados. Estos informes, se reportarán al Ministerio del Ambiente, cumpliendo con los requisitos de los Formularios Nos. 3 y 4 del Anexo 4 del mismo reglamento y en forma electrónica mensualmente para el periodo de perforación y para refinerías en base de los análisis diarios de descargas y semanales de emisiones; para todas las demás fases, instalaciones y actividades hidrocarburíferas, y anualmente para las fases, instalaciones y actividades de almacenamiento, transporte, comercialización y venta de hidrocarburos en base de los análisis semestrales de descargas y emisiones.

Cabe destacar que el Reglamento utiliza el término remediación en la ejecución del plan monitoreo ambiental y en general en sus disposiciones resarcitorias del medio ambiente. La Constitución del 2008 en este sentido, amplía su protección y garantiza no solo una remediación de suelos, aguas y en general del medio ambiente, sino, la Norma Suprema busca que en el caso en que la prevención y precaución de generar impacto ambiental no sea posible, los sujetos contaminantes no solo deben remediar el ambiente, sino restaurar el mismo a sus condiciones previas, reparar los daños y de ser posible, respetar su capacidad regenerativa manteniéndola inalterada. Por tanto el Monitoreo Ambiental ahora no solo debe contemplar un plan de remediación, sino en su lugar, un plan integral de remediación, reparación y restauración del ambiente afectado, y a su vez el Estudio de Impacto Ambiental, como medida preventiva los programas, planes y mecanismos que orienten la actividad hidrocarburífera según los principios de precaución y prevención, garantizando que la naturaleza en la medida más amplia posible pueda regenerar sus ciclos por sí sola, es decir que se mantenga indemne ante el desarrollo y ejecución de las actividades hidrocarburíferas.

El contenido de los programas y proyectos de remediación que prescribe el Reglamento es el siguiente:

- Número del bloque y/o denominación del área; ubicación cartográfica.
- Razón social de la compañía operadora, dirección o domicilio, teléfono, fax, correo electrónico; representante legal.
- Diagnóstico y caracterización de la contaminación en base de análisis físico-químicos y biológicos del suelo, aguas superficiales y subterráneas, inclusive determinación exacta de la superficie del área afectada, evaluación de impactos y volúmenes de suelo a tratarse.
- Descripción de la(s) tecnología(s) de remediación a aplicarse.
- Análisis de alternativas tecnológicas.
- Uso posterior del sitio remediado y técnicas de rehabilitación.
- Cronograma de los trabajos de remediación.
- Monitoreo físico-químico y biológico de la remediación inclusive cronograma.
- Plazo de ejecución del proyecto.

Como se señaló supra, en este contenido se deben prever los mecanismos suficientes que garanticen también la restauración y recuperación de los sistemas ecológicos y biodiversidad afecta.

Una medida importante que el Reglamento prescribe es un Fondo de Rehabilitación Ambiental constituido por los ingresos provenientes de la comercialización del crudo intemperizado, esto es los hidrocarburos sujetos a procesos de degradación natural provenientes de piscinas, derrames y otros procesos de recuperación relacionados con actividades de remediación medio ambiental, que una vez tratado se reinyecte a un oleoducto principal. El objeto del fondo es cubrir los costos de las actividades de remediación ambiental en el sector hidrocarburífero, los gastos de fiscalización, control y análisis físico-químicos de laboratorio, realizados u ordenados por parte del Ministerio del Ambiente.

En cuanto a los Estudios Ambientales, el Reglamento determina en su artículo 13 que los sujetos de control previo al inicio de cualquier proyecto, presentarán los Estudios Ambientales de la fase correspondiente de las operaciones al Ministerio del Ambiente para su análisis, evaluación, aprobación y seguimiento, de conformidad con el marco jurídico ambiental regulatorio de cada contrato de exploración, explotación, comercialización y/o distribución de hidrocarburos y con el propio Reglamento Ambiental de Actividades Hidrocarburíferas. Estos estudios ambientales deberán ser elaborados por consultores o firmas consultoras debidamente calificadas e inscritas en el respectivo registro del Ministerio del Ambiente. Además, para iniciar o proseguir con los programas de trabajo en una nueva fase, se debe presentar el Estudio Ambiental correspondiente, el cual no podrá ser tramitado si no se hubiere previamente aprobado el Estudio Ambiental correspondiente a la fase anterior si existiera ésta.

Además el RAOH prescribe también que en los casos de nuevas actividades no contempladas en los Estudios de Impacto Ambiental o Diagnósticos Ambientales aprobados, y siempre que estén relacionadas con la actividad principal, estas podrán ser incluidas en la licencia principal, previa aprobación del correspondiente Alcance, Addendum, Estudio Complementario o Reevaluación. La inclusión en la licencia ambiental se otorgará mediante resolución motivada de la máxima autoridad del Ministerio rector de la política ambiental, es decir del Ministro del Ambiente.

Los Estudios Ambientales según el Reglamento, artículo 33, consisten en una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases hidrocarburíferas. Constituyen herramientas técnicas que en conjunto mantienen una unidad sistemática que para fines prácticos se la divide con relación a las diferentes fases de la actividad hidrocarburífera, y se clasifican en:

- Estudio de Impacto Ambiental inclusive el Diagnóstico Ambiental - Línea Base;
- Auditoría Ambiental; y,
- Examen Especial.

Retomando el tema de la insuficiencia de concepto de remediación y rehabilitación, los Estudios Ambientales integralmente deben determinar medidas preventivas para garantizar la regeneración de los ciclos vitales de la naturaleza (Art. 72 de la Constitución), actividades de mitigación y mecanismos y procesos de remediación, reparación, rehabilitación y restauración del medio ambiente y las personas afectadas (reparación) cuando estos sufran impacto ambiental, para así satisfacer, entre otras, la disposición del artículo 72 de la Constitución que garantiza el derecho de la naturaleza a la restauración e impone al Estado el deber de que en casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, establecer los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración. Entre estos mecanismos indudablemente se encuentran los Estudios de Impacto Ambiental, Planes de Monitoreo, Licencia Ambiental, Planes de Remediación y de Contingencias (que deberían llamarse planes integrales de remediación, reparación, rehabilitación y restauración), etcétera.

Los Estudios Ambientales son documentos de carácter público que deben ser presentados previo al desarrollo de cada una de las fases de la actividad hidrocarburífera. Los Estudios Ambientales pueden ser presentados por etapas dentro de una misma fase siempre que la magnitud del proyecto y las características del mismo lo requieran, y no se fragmente la unidad del estudio

a presentarse. En caso de nuevas operaciones en un área que cuente con un Estudio Ambiental y luego de dos años de aprobado éste, se debe realizar una reevaluación, que consiste en una revisión del documento original, inspecciones y estudios de actualización en el campo, así como una reevaluación de la significancia de los impactos socio-ambientales y una actualización del Plan de Manejo Ambiental. Los Estudios Ambientales son aprobados en la actualidad por el Ministerio del Ambiente, en virtud del Decreto N° 1630. Su presentación ante esta Cartera de Estado es pública, procurando así la participación de la ciudadanía como corresponsable de la tutela ambiental (Art. 399 de la Constitución de la República), además este mismo Ministerio sostiene un registro de calificación de consultores habilitados para realizar los Estudios Ambientales.

Una vez que se han identificado, analizado y cuantificado en el Estudio Ambiental los impactos ambientales derivados de las actividades hidrocarburíferas, el sujeto ejecutor de la actividad hidrocarburífera debe diseñar un Plan de Manejo Ambiental que es un instrumento de prevención para evitar la contaminación en base a la observancia de parámetros como análisis de las acciones posibles de realizar para aquellas actividades que, según lo detectado en la valoración cualitativa de impactos, impliquen un impacto no deseado; identificación de responsabilidades institucionales para la atención de necesidades que no son de responsabilidad directa de la empresa y diseñar los mecanismos de coordinación; y descripción de los procesos, tecnologías, diseño y operación, y otros que se hayan considerado, para reducir los impactos ambientales negativos cuando corresponda. Este plan debe considerar los siguientes aspectos:

- Analizar las acciones posibles de realizar para aquellas actividades que, según lo detectado en la valoración cualitativa de impactos, impliquen un impacto no deseado.
- Identificar responsabilidades institucionales para la atención de necesidades que no son de responsabilidad directa de la empresa y diseñar los mecanismos de coordinación.
- Describir los procesos, tecnologías, diseño y operación, y otros que se hayan considerado, para reducir los impactos ambientales negativos cuando corresponda.
- Plan de prevención y mitigación de impactos: corresponde a las acciones tendientes a minimizar los impactos negativos sobre el ambiente en las diferentes fases de las operaciones hidrocarburíferas.
- Plan de contingencias: comprende el detalle de las acciones, así como los listados y cantidades de equipos, materiales y personal para enfrentar los eventuales accidentes y emergencias en la infraestructura o manejo de insumos, en las diferentes fases de las operaciones hidrocarburíferas, basado en un análisis de riesgos y del comportamiento de derrames. Se incluirá la

definición y asignación de responsabilidades para el caso de ejecución de sus diferentes fases (flujograma y organigrama), las estrategias de cooperación operacional así como un programa anual de entrenamientos y simulacros.

- Plan de capacitación: comprende un programa de capacitación sobre los elementos y la aplicación del Plan de Manejo Ambiental a todo el personal de la empresa acorde con las funciones que desempeña.
- Plan de salud ocupacional y seguridad industrial: comprende las normas establecidas por la empresa internamente para preservar la salud y seguridad de los empleados inclusive las estrategias de su difusión.
- Plan de manejo de desechos: comprende las medidas y estrategias concretas a aplicarse en el proyecto para prevenir, tratar, reciclar/reusar y disponer los diferentes desechos sólidos, líquidos y gaseosos.
- Plan de relaciones comunitarias: comprende un programa de actividades a ser desarrollado con las comunidades directamente involucradas con el proyecto, la autoridad y la empresa operadora. Se incluirán medidas de difusión del Estudio de Impacto Ambiental, las principales estrategias de información y comunicación, eventuales planes de indemnización, proyectos de compensación y mitigación de impactos socio-ambientales, así como un programa de educación ambiental participativa a la comunidad. Estos acuerdos deben permitir la disminución de efectos negativos y la optimización de las acciones positivas.
- Plan de rehabilitación de áreas afectadas: comprende las medidas, estrategias y tecnologías a aplicarse en el proyecto para rehabilitar las áreas afectadas (restablecer la cobertura vegetal, garantizar la estabilidad y duración de la obra, remediación de suelos contaminados, etc.)
- Plan de abandono y entrega del área: comprende el diseño de las actividades a cumplirse una vez concluida la operación, de manera de proceder al abandono y entrega del área del proyecto motivo del respectivo Estudio Ambiental.

El Reglamento contiene también, todos los documentos que deben estar contenidos en el estudio, el formato de fichas de elaboración, los aspectos que debe contemplar etcétera.

Es importante destacar que el Estudio de Impacto Ambiental prevé también el Plan de Monitoreo que es el sistema de seguimiento, evaluación y monitoreo ambientales y de relaciones comunitarias, tendiente a controlar adecuadamente los impactos identificados en el Estudio de Impacto Ambiental y el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental así como las acciones correctivas propuestas en el mismo. Los informes del Plan de Monitoreo se deberán presentar anualmente dentro del Informe Anual de las Actividades Ambientales

En el Reglamento se estipulan como medios de control auditorías ambientales, examen especial ambiental e informes técnicos de las actividades que causan impacto ambiental.

Las Auditorías Ambientales deben realizarse cada dos años por los sujetos de control, o cuando por haberse detectado incumplimiento al Plan de Manejo Ambiental el Ministerio del Ambiente así lo disponga, entidad que además definirá el alcance de la auditoría. Adicionalmente los sujetos de control realizarán una auditoría al final de sus labores en la actividad que desarrollaron. Dentro de este contexto, el Informe Técnico es el instrumento que una vez concluida la auditoría o el examen especial, y en el término de quince días, debe entregar el Ministerio del Ambiente al ente auditado o examinado, estableciendo las conclusiones y recomendaciones, las medidas correctivas y plazos si fuera el caso.

El Examen Especial Ambiental por su parte se realiza en casos emergentes a criterio del Ministerio del Ambiente, o por petición del propio sujeto de control.

El Reglamento también contiene las normas técnicas aplicables a las actividades hidrocarburíferas tanto en los artículos numerados como en sus anexos. Estas normas técnicas regulan aspectos como límites de ruido permitidos, calidad de equipos y materiales, manejo de productos químicos, manejo y almacenamiento de crudo y/o combustibles, seguridad e higiene industrial, operación y mantenimiento de equipos e instalaciones, manejo de desechos en general, manejo y tratamiento de descargas líquidas, manejo y tratamiento de emisiones a la atmósfera, manejo y tratamiento de desechos sólidos, y manejo de desechos de laboratorios. Todas estas regulaciones son aplicables en lo que sea pertinente, a todas las etapas de la actividad hidrocarburífera: exploración, explotación, transporte, industrialización y comercialización.

Sobre la tutela efectiva de la ciudadanía en el cuidado del ambiente participación y el derecho de participación ciudadana en todos los asunto de interés público, así como su potestad de formular propuestas en el ámbito ambiental, reconocidos en los artículos 95, 97 y 399 de la Ley Fundamental, el artículo 88 del RAOH prevé en coordinación con el Ministerio del Ambiente, con la finalidad de vigilar que en el desarrollo de las actividades hidrocarburíferas no se afecte al equilibrio ecológico y a la organización económica, social y cultural de las poblaciones, comunidades campesinas e indígenas asentadas en las zonas de influencia directa de tales actividades; mecanismos de participación ciudadana en la vigilancia y el monitoreo de estas actividades. El cumplimiento de la norma citada es de vital importancia en la prevención de impactos ambientales y en el manejo socio cultural de los sectores donde se desarrollan las actividades, más aún si consideramos que el derecho de Consulta previa que se analizará posteriormente, no tiene la fuerza

vinculante suficiente para que la decisión de la comunidad sea observada obligatoriamente por la autoridad. Cuestión en parte entendible, si consideramos que como se ha señalado, la actividad económica de extracción de recursos no renovables, significa para la economía de la nación, el principal ingreso y fuente de renta para el desarrollo y ejecución de los planes, programas y proyectos del ejercicio administrativo y del servicio público. No obstante, conedores que la actividad hidrocarburífera representa un alto riesgo de impacto ambiental y social, es insoslayable la obligación del Estado de garantizar el derecho a participar de los planes de prevención de estas actividades, así como de sus beneficios y réditos, para lo cual los actores de la industria petrolera, deben ser los principales garantes de que este derecho sea efectivo. Es importante entonces para satisfacer el goce y ejercicio del derecho de participación ciudadana en la gestión ambiental, lo dispuesto en el artículo 89 del Reglamento Sustitutivo que ordena que:

En el trabajo de campo de control y seguimiento ambiental a las operaciones hidrocarburíferas que efectúa la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera, se preverán espacios de vigilancia ciudadana a través de delegados de la comunidad que aportarán con sus observaciones y recomendaciones en muestreos y reuniones, las cuales serán evaluados y considerados por la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera para el desarrollo técnico del control y seguimiento.

Finalmente, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas en el Ecuador establece sanciones en materia de incumplimiento de la Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos, de acuerdo a lo determinado en el artículo 77 de la Ley *Ibíd.*

Estas sanciones por tanto siempre que el incumplimiento de los contratos, reglamentos y leyes suscritos por el Estado ecuatoriano para la exploración y/o explotación de hidrocarburos que no produzca efectos de caducidad, ni infracción de la Ley o de los reglamentos, son: sanción en la primera ocasión con una multa de hasta quinientas remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; la segunda ocasión con multa de quinientas a un mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; y, la tercera ocasión con multa de un mil a dos mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general, la misma que será impuesta por el Director Nacional de Hidrocarburos.

En cuanto a las denuncias, el Reglamento norma la acción popular en fase administrativa por el incumplimiento del mismo reglamento.

Art. 91.- Se concede acción popular para denunciar ante el Ministerio del Ambiente todo hecho que contravenga el presente Reglamento. Las denuncias presentadas a través del Ministerio del Ambiente se pondrán a conocimiento del Ministerio del Ambiente para su trámite consiguiente.

Presentada la denuncia y en base de la evaluación de los documentos que la sustentan, el Ministerio del Ambiente de considerarlo necesario, dispondrá que la Dirección Nacional de Protección Ambiental Hidrocarburífera de inmediato realice una inspección técnica del lugar en que se han producido los hechos denunciados o un examen especial, a fin de evaluar el impacto ambiental causado, y en el término de diez días a partir de dicha diligencia emitir el informe correspondiente debidamente fundamentado, cuya copia será remitido al denunciante.

El denunciado, en el término de quince días de notificado con la denuncia, presentará las pruebas de descargo ante el Ministerio del Ambiente, y podrá iniciar las acciones legales a que hubiere lugar frente a denuncias no comprobadas e infundadas.

De considerar el Ministerio del Ambiente que la denuncia infundada ésta resolverá ordenar su archivo. En caso contrario, se procederá de acuerdo al artículo 90 de este Reglamento.

La Acción Popular es un mecanismo determinado en el artículo 41 de la Ley de Gestión Ambiental para denunciar la violación de las normas de medio ambiente. Esta Acción se tratará en el tema de la legitimidad activa para reclamar daño ambiental.

SECCIÓN II

3.2 Protección en la Constitución

3.2.1 Interpretación favorable en caso de duda

La Constitución de la República determina dentro de los principios ambientales, en su artículo 395 número 4, que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. En la misma línea el artículo 396 prescribe en su inciso primero, que en caso de duda sobre el impacto ambiental que pueda generar alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. Es decir, en este último artículo, esta interpretación del impacto ambiental cuya consecuencia sería la aplicación de medidas precautelatorias, significa el cumplimiento directo del principio de precaución.

Así, la interpretación favorable en caso de duda tienes dos aristas: la primera es la aplicación de normas jurídicas que garanticen la tutela de la naturaleza de la forma más efectiva posible, en el evento en que concurra una contradicción o vacío normativo, y por otra parte, la obligación del Estado de adoptar medidas protectoras, eficaces y oportunas cuando de alguna actividad con riesgo contaminante, se deduzca que ésta puede resultar perniciosa con el cuidado, conservación y mantenimiento de la naturaleza y el medio ambiente.

Esta protección constitucional de la naturaleza tiene su origen en otras ramas del derecho, siendo los principales paradigmas el principio de in dubio pro reo del derecho penal, y el principio in dubio pro operario del derecho del trabajo. El primer principio es una regla de interpretación de la ley penal por la cual cuando no se pueda aplicar una estricta interpretación literal y siempre que se respete la prohibición de interpretación extensiva, el juez para resolver su duda sobre el alcance y sentido de una norma, la deberá interpretar en el sentido más favorable al acusado.

En el Derecho del Trabajo, el in dubio pro operario es un principio generalmente aceptado, el cual afirma que en caso de duda acerca del alcance de una norma o de la norma que se deba aplicar en una situación laboral, el juez o los funcionarios administrativos deberán interpretar y ejecutar la norma en cuestión, en el sentido más favorable al trabajador.

Inspirada en estos principios, nuestra Constitución de forma expresa consagra este principio con miras a la protección de la naturaleza cuya aplicación de esta disposición constitucional que protege la naturaleza, debe ser analizada desde diferentes perspectivas que se explican a continuación.

Primero, es importante analizar el porqué de la necesidad de interpretación de una norma jurídica y segundo las situaciones en las cuales confluyen dos normas jurídicas que aparentemente protegen el mismo derecho dentro de una misma hipótesis fáctica.

En este sentido, cuando exista una norma jurídica con más de una interpretación posible y por lo tanto hay duda acerca del alcance y fin de la misma, se debe interpretar ésta según la disposición constitucional del artículo 395 número 4 que prescribe: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección a la naturaleza”. Es importante señalar que la Constitución se refiere solo al alcance de las disposiciones, y no al conflicto de leyes y además, contempla solo la duda de leyes y no de otras normas que configuran el ordenamiento jurídico. No obstante, considero que el principio por su naturaleza protectora alcanza no solo a las leyes sino también, a las demás normas del orden jurídico positivo del Estado, pero también, el principio según mi criterio, está orientado no solo a resolver problemas de interpretación de una disposición, sino también, a la aplicación de la norma más favorable en el caso de conflicto de aquellas. A pesar de este criterio, la aplicación del principio determinado en la norma constitucional parte de la hipótesis de que hay norma jurídica para el caso y por ello su alcance es un ejercicio de hermenéutica jurídica.

En la práctica la aplicación de esta disposición constitucional debe obedecer siempre a la situación concreta en la cual se la pretende efectivizar la norma, agotando a priori, los demás mecanismos de solución en caso de antinomias (supremacía jerárquica, especialidad, posterioridad, competencia, etc.) y,

además, siempre según el caso materia de la duda, para determinar el alcance de la norma y por consiguiente interpretarla en el sentido más favorable a la protección del medio ambiente y la naturaleza, se debe observar el principio de ponderación, siempre y cuando no sea posible establecer con claridad ese sentido más favorable.

En virtud de la ponderación, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y las normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, a fin de adoptar la decisión adecuada. 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. Es decir, la ponderación está encaminada a los principios, en cuanto estos se consideran:

Mandatos de optimización, y por tanto exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. El primero de ellos exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada; el principio de necesidad, por su parte, exige que para que tal medida sea aceptada no puede haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga, al menos, la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, lo que no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.

La ponderación por tanto, exige al juez que cuando se encuentre en una situación de conflicto entre derechos y principios que protejan la naturaleza, debe realizar un ejercicio intelectual consistente en sopesar el principio y el derecho que entran en colisión en el caso concreto, y así poder determinar, cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y por tanto alcanza una protección más eficaz del sujeto y objeto resguardado: la naturaleza y el medio ambiente.

En estrecha relación con la ponderación, se debe observar el principio de proporcionalidad cuando se pretende alcanzar la interpretación más favorable a la naturaleza en caso de duda. Con la proporcionalidad se busca que cuando existan contradicciones entre principios o normas y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se verificará 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 (art. 3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Finalmente, la interpretación favorable cuando confluyan dos o más normas aparentemente aplicables al mismo caso de protección de la naturaleza, se deberá aplicar utilizando el criterio de acumulación. En virtud de este criterio en el caso que la protección sea determinada tanto en la Constitución (Norma Suprema), como en la Ley y un Reglamento por citar un ejemplo de norma secundaria, con la acumulación lo que se pretende es descomponer en sus distintos elementos estas normas, y tomar de cada una, el contenido más favorable a la naturaleza y medio ambiente, para lograr al final, aplicar la norma que resulte de la suma de esos elementos más favorables y por tanto garantizar una protección más amplia y eficaz de los derechos de la naturaleza y de las personas a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y sano.

3.2.2 Responsabilidad Objetiva por daño ambiental

La responsabilidad no es sino un deber jurídico sucedáneo de un deber primario. Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o, como dicen otros, es la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior. En este caso primero aparece el deber; después, sucesiva y condicionalmente al incumplimiento, la responsabilidad por no haber cumplido. Tal responsabilidad no es sino, a su vez, una obligación, un débito ulterior, el de reparar la consecuencia del incumplimiento de un primer débito o de una primera obligación.

De este concepto que nos traen los autores Alessandri, Somarriva y Vodanovic, se deduce que la responsabilidad jurídica tiene estrecha relación con el deber jurídico. Este concepto (deber jurídico) según Eduardo García Máynez se refiere a "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa". Según este autor, el deber jurídico si bien nace de la norma, no se limita necesariamente a la adecuación de una conducta con una norma objetiva como tal, sino reviste caracteres más trascendentes sobre el respeto no solo al ordenamiento jurídico, sino también, al derecho de los demás que condicionan nuestra libertad, nuestro goce y ejercicio, de facultades concedidas por el Derecho.

En este sentido cuando hablamos de responsabilidad jurídica, necesariamente orientamos nuestra idea a la inobservancia de un deber jurídico. En materia de protección al medio ambiente, el deber jurídico de proteger la naturaleza esta impuesto en primera instancia al Estado, quien tiene como deber más alto y fin último, garantizar sin discriminación alguna, el goce de los derechos fundamentales de las personas. Entre estos derechos se encuentra el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. A su vez, la naturaleza, goza del derecho a que se respete integralmente su existencia y al mantenimiento y

regeneración de sus ciclos vitales, estructura funciones y procesos evolutivos. Así, el Estado expresamente tiene como deber para la consecución del buen vivir, garantizar los derechos de las personas colectividades y naturaleza (Art. 277 Constitución de la República). Pero el Estado no es el único sujeto pasivo a quien imponer este deber de cuidado del medio ambiente y preservación de la naturaleza, sino también son los ciudadanos quienes están llamados a cumplir con este deber so pena de que su inobservancia les acarree responsabilidad por daño ambiental. En esta línea los artículos 3 y 83 de la Constitución definen estos deberes tanto del Estado como de los ciudadanos: Es deber del Estado proteger el patrimonio cultural y natural de la nación. Es deber de los ciudadanos respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible; y conservar el patrimonio natural del país.

Para que el deber jurídico de respeto, cuidado, conservación y protección de la naturaleza y medio ambiente sea incumplido y por ende derive en responsabilidad jurídica del infractor, se debe precisar de un daño o riesgo. En Derecho Civil el daño es la pérdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o a sus bienes lo cual genera la obligación de reparar al individuo afectado según el grado de perjuicio causado. Para efectos ambientales entenderíamos además que la reparación se debe extender a los daños producidos al sujeto naturaleza como tal, es decir, la reparación no se agota necesariamente en la afectación a la persona o a sus bienes.

Ahora bien, es innegable que la protección de la naturaleza constituye una especie de seguro de vida para la humanidad actual y las futuras generaciones. Este es el fundamento último del porqué se persigue la sanción a quienes producen daño ambiental y el porqué de la necesidad de reclamar la responsabilidad al contaminador por no haber cumplido con su deber de protección de nuestro ecosistema.

Por esta razón, el derecho ecuatoriano ha creado un ordenamiento jurídico en el cual la violación a los derechos de la naturaleza y de los seres humanos a gozar y beneficiarse de un ambiente sano se produce sin necesidad de que se deba previamente lesionar otro derecho fundamental de las personas como la vida o la integridad física. Es decir, la protección es sumamente amplia en beneficio del ambiente y la responsabilidad ambiental por ende, se verifica desde el momento mismo en que una actividad es nociva contra la naturaleza. Esta responsabilidad que se genera por el cometimiento de un daño al medio ambiente en el Ecuador se la ha determinado con rango constitucional como objetiva, según reza el segundo inciso del artículo 396 de nuestra Ley Suprema: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.” Ante esta responsabilidad el sujeto acepta

ser el actor de alguna actividad que en algún lugar y en algún momento causará daño a la naturaleza y al medio ambiente. La responsabilidad determinada en este artículo tiene dos aplicaciones: positiva y negativa.

La responsabilidad entendida como positiva se evidencia a través de certificados verdes otorgados a quienes han demostrado un esfuerzo por desarrollar actividades productivas de manera sustentable. Un ejemplo son los certificados ISO: 14000. Es decir, la responsabilidad en su aspecto positivo es el conjunto de acciones que los actores productivos que pueden llegar a producir un daño a la naturaleza y medio ambiente, han actuado con conciencia en la prevención de los impactos ambientales que puedan derivarse de su industria.

Por su parte la responsabilidad negativa es aquella que se genera por haber provocado un daño al ambiente y por consiguiente el Estado que tiene el deber de proteger su patrimonio natural, debe establecer controles y sanciones a sus responsables. De esta responsabilidad negativa, nacerá la responsabilidad objetiva del sujeto contaminante a fin de que sin necesidad de probar o no la culpabilidad sobre el daño, quien contaminó proceda a la reparación integral de los ecosistemas afectados, de las personas perjudicadas y de las comunidades que también sufrieron consecuencias nocivas. Axiomáticamente el Estado tiene el deber de garantizar a quienes reclaman tutela jurídica o administrativa para proteger sus derechos y los derechos de la naturaleza que han sido vulnerados por el daño ambiental, todos los mecanismos y facilidades para que dicha tutela sea efectiva, pero a su vez el Estado siempre tendrá el deber de proteger medio ambiente ex ante de cualquier evento contaminador.

En este contexto, la Declaración de Río de Janeiro en su principio 13 determina que:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Es decir, se impone este deber al Estado de perseguir a los responsables de causar daño ambiental.

Volviendo al artículo 396 de la Constitución- que declara la responsabilidad por daño ambiental como objetiva- se debe precisar que esta norma, además de determinar este tipo de responsabilidad, también prescribe que todo daño al ambiente además de las sanciones correspondientes implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las

personas y comunidades afectadas y que cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Es decir, en un solo artículo se consagran los principios de precaución, prevención y contaminador pagador – que además tiene estrecha relación con la responsabilidad objetiva. Finalmente, determina el mismo artículo, que las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales son imprescriptibles con lo que se deroga tácitamente, cualquier disposición legal, reglamentaria o en general de menor jerarquía normativa, que sea contraria a esta disposición y por tanto las acciones contempladas por ejemplo en la Ley de Gestión ambiental artículo 41 o en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas artículo 91 son imprescriptibles.

La responsabilidad por los daños ambientales por tanto, rebasa la esfera del daño patrimonial y subjetivo a un individuo en particular, e implica por tanto otorgar a los derechos del ambiente un grado de protección jurídica autónoma, como bien jurídico propio, susceptible de tutela jurídica por sí mismo, siendo la naturaleza sujeto de derechos según lo determinado en nuestra propia Carta Magna y por tanto ostentar la facultad para ser protegido y tutelado independientemente y sin respecto de persona alguna. En materia ambiental la responsabilidad subjetiva no funciona por lo que la doctrina y muchos sistemas jurídicos (como el nuestro desde la Constitución de Montecristi) acuden a la teoría de la responsabilidad objetiva también llamada de riesgo, frente a hechos derivados de la actividad industrial que, aunque no hayan sido causados por culpa, deben ser respondidos por alguien que ha obtenido provecho de la actividad dañosa. Por lo tanto se responde ante un hecho objetivo: el daño.

La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad.

Es importante desvelar la importancia que debe tener el daño para que genere responsabilidad ambiental. La ley de Gestión Ambiental como se dijo, define al daño ambiental como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos.” Esta definición es relevante para determinar responsabilidades ambientales. En esta línea, el daño ambiental es claramente verificable por ejemplo cuando es consecuencia de una acción

contraria al ordenamiento jurídico. Toda norma es imperativa y por tanto un modo de protección del medio ambiente es promulgar normas sobre descargas de contaminantes, límites máximos permisibles de emisiones, sobre requisitos ex ante para inicio de actividades con riesgo de contaminación, etcétera. Estas normas convierten a ciertas actividades productivas en lícitas, a pesar que contaminan, ya que están dentro de los parámetros permitidos de contaminación, lo que deriva en la consecuencia insoslayable que para que exista un daño ambiental se necesita que la actividad sobrepase los límites impuestos por la normativa ambiental o que expresamente se contravenga el ordenamiento jurídico.

La ex Corte Suprema de Justicia ahora Corte Nacional se ha manifestado al respecto diciendo que:

El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarbúricas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad.

En base a este razonamiento de la Corte Nacional de Justicia para determinar el alcance del daño ambiental, es importante separar su concepción del daño tradicional considerando que el primero, es decir el daño ambiental tiene ciertas especificidades que lo tornan único. El daño ambiental es un daño causado a un interés colectivo y difuso a su vez, difícilmente apreciable y cuantificable en relación a un sujeto determinado y cuya titularidad es común

de la sociedad, a diferencia del daño civil el cual constituye una afectación directa al patrimonio o integridad física de una persona determinada. Por esta razón, el daño ambiental puede ser un daño ecológico puro pero a su vez un daño civil por influjo medioambiental, cuando genera derecho a resarcimiento indemnizatorio a una persona natural o jurídica en concreto.

Los efectos generales que acarrea un daño ambiental son: la reparación que comprende de manera prioritaria la obligación de restablecer las cosas al estado que tenían antes de la generación del daño (reparación integral de la naturaleza y el medio ambiente) y la indemnización de daños y perjuicios causados a los sujetos que sufrieron consecuencias perniciosas por el daño pero también a aquellos sujetos que no se afectan directamente con el daño y por tanto la recomposición por se del daño no alcanza la protección de sus derechos por ejemplo una colectividad que no sea directamente afectada por un derrame pero si por las consecuencias de las actividades de limpieza o reparación. Ahora bien para analizar la responsabilidad como tal, es necesario esclarecer que la inobservancia de las obligaciones y deberes que tiene el Estado, consagrados en la Constitución, le acarrea responsabilidad por violar este imperativo de respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales en relación a la naturaleza y medio ambiente. De este modo, el daño ambiental también se vincula con el deterioro del ejercicio de derechos ambientales, que deben ser garantizados, respetados y protegidos por el Estado, es decir, el Estado deberá responder por los daños ambientales atribuibles a deficiencias en el cumplimiento de sus deberes de respeto, protección y garantía del medio ambiente y naturaleza, que incluyen obligaciones legislativas, administrativas y judiciales, orientadas a la preservación, conservación y control.

No obstante esta responsabilidad estatal no es excluyente ni exclusiva, sino, es concurrente con la responsabilidad de los particulares, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurren por acción u omisión en contra de las normas protectoras del medio ambiente. El Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Operaciones Hidrocarburíferas, al respecto determina quien son sujetos de control de sus normas y por tanto los obligados a su cumplimiento y también quienes serán responsables por su inobservancia: acciones u omisiones que pueden provocar daño ambiental y por tanto responsabilidad jurídica a estos sujetos de control.

La responsabilidad objetiva puede tener su origen tanto en acciones como omisiones como se dijo supra. El carácter de responsabilidad objetiva, significa que ésta es “la determinada legalmente sin hecho propio que constituya deliberada infracción actual del orden jurídico ni intencionado quebranto del patrimonio de los derechos ajenos.” Es decir, “los responsables de la afectación tienen la obligación de reparar el daño originado, es decir, deben responder de forma directa e inmediata, sin que

para ello exista previamente una categorización que determine los grados subjetivos de su responsabilidad.”

La responsabilidad objetiva implica por tanto, que la culpa del demandado se presume, y por consiguiente la prueba de la responsabilidad simplemente se centra en verificar la existencia o no del hecho que provocó el daño o incumplimiento de las normas ambientales como bien lo manifiesta la ex Corte Suprema de Justicia. Es decir, la responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa.

Sobre esta responsabilidad, el Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea señala que:

Diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental. Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma.

En materia de hidrocarburos, el Ecuador suscribió el Convenio sobre Responsabilidad Civil por contaminación de hidrocarburos, a su vez denunciado mediante Decreto Ejecutivo No. 690, publicado en Registro Oficial 206 de 7 de Noviembre del 2007.

De la responsabilidad objetiva, se derivan dos formas relacionadas: la responsabilidad frente al daño causado por efecto de la contaminación ambiental a personas físicas o jurídicas y sus bienes, a la colectividad o a la naturaleza como sujeto (responsabilidad administrativa, civil y penal); y la responsabilidad internacional de un Estado por contaminación ambiental que afecte al medio ambiente de otro Estado.

Dentro de la primera forma de responsabilidad, la responsabilidad administrativa tiene como primer aspecto la aplicación de sanciones administrativas ante conductas que produzcan daño al ambiente, soslayando así la acción judicial. De este modo, el Estado puede prevenir mediante mecanismos administrativos los impactos ambientales estableciendo de forma precautoria y remediadora la responsabilidad. Las sanciones que se pueden imponer son multas, clausuras y disponer la reparación del daño ambiental en tanto haya supuesto el incumplimiento de un deber jurídico de protección a la naturaleza. En este contexto, la Constitución de la República en el artículo 397, claramente determina que además de la sanción correspondiente el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño, las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los

procedimientos establecidos en la ley. Es decir, el artículo garantiza esta capacidad administrativa de multar y exigir reparación al causante del impacto, y de modo preventivo, imponer licencias ambientales, estudios de impacto ambiental y auditorías ambientales, principalmente en actividades de alto riesgo contaminante como la hidrocarburífera. Complementariamente la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 46 determina que:

Cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes medidas administrativas:

- a) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y,
- b) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días.

Pero la responsabilidad administrativa también significa el reclamo que se presenta a la administración para que imponga sanciones al funcionario público que por acción u omisión, contribuyo al daño ambiental. La propia Constitución en el citado artículo 397 prescribe que la responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. En esta misma línea, la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 44 determina que:

Cuando los funcionarios públicos, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, cualquier persona natural, jurídica o grupo humano, podrá solicitar por escrito acompañando las pruebas suficientes al superior jerárquico que imponga las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar.

El superior jerárquico resolverá la petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta en favor del peticionario.

En definitiva, la responsabilidad administrativa cuando se produce un daño ambiental es objetiva respecto a la potestad sancionadora del Estado cuando pretende una reparación e indemnización por el daño causado, pero es subjetiva cuando se pretende sancionar administrativamente al funcionario que por acción u omisión, es sujeto activo de dicho impacto.

En cuanto a la responsabilidad civil que se genera de la responsabilidad ambiental, es aquella obligación que surge de parte de la persona natural o jurídica, privada o pública, nacional o extranjera, que causó el impacto, de reparar e indemnizar a los perjudicados directos, que pueden ser un particular, el Estado propiamente y/o una colectividad determinada; y así reparar de forma integral (situación ideal) los efectos negativos producidos. Cabe destacar que si bien la naturaleza como sujeto no puede gozar de una

indemnización, si está amparada por su derecho de reparación íntegra y de regeneración de sus ciclos vitales, capacidad que se debe respetar y evitar conculcar.

La responsabilidad civil clásica requiere generalmente de un grado de dolo o culpa, mientras la responsabilidad ambiental, con su carácter de objetiva, no siempre precisa de los requisitos de que el daño sea cierto o determinado, personal y directo, pues se dan casos, en que el impacto es relativamente indeterminado por la influencia de valores superiores que tienen un significado distinto sobre el estado actual de la naturaleza para distintas personas lo que le da esa relativa indeterminación. Además, el impacto puede ser continuado en el tiempo, lo que le quita la característica de directo. Y definitivamente el daño ambiental causa un efecto difuso, es decir siempre afectará no solo a una persona determinada, sino, a varias.

No obstante, para efectos de la reclamación por responsabilidad civil, es necesario que aparte de existir un daño ambiental, el mismo sea atribuido a una persona determinada que es la que resarcirá. A esta persona se le atribuye el daño de forma objetiva lo que conlleva a que debe responder por el daño en sí mismo, objetivamente considerado (si hay daño hay responsabilidad, sin verificar culpa o dolo o grado, es decir el que contamina paga) ya que todo daño ambiental es antijurídico porque todo daño ambiental va a contravenir las normas de protección de la naturaleza y medio ambiente consagradas en la Constitución de la República, Leyes y normas inferiores siendo la principal en materia hidrocarburífera como se ha dicho, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador. Pero la falta de culpa no exime de verificar que exista causalidad. La causalidad tiene dos aspectos diferentes de los cuales se puede entender: causalidad material y causalidad jurídica.

La causalidad material, a diferencia de la jurídica, es el modelo que vincula la conducta humana al evento natural, derivándose este último de la precedente y presumiéndose de manera necesaria. La causalidad no subsiste ni se puede presumir en todos los casos en los que la conducta humana no produce o no va seguida de un evento natural, tal y como ocurre en los ilícitos o conductas delictivas comisivas u omisivas, en particular.

A modo de ejemplo, podemos mencionar el incumplimiento contractual y la omisión de los actos legalmente previstos y exigibles. La causalidad jurídica, a diferencia de la causalidad material o física a la que acabamos de aludir, representa, por su parte, el modelo dictado por el legislador relativo a la sucesión de los fenómenos en el ámbito del hecho jurídico descrito y su concurrencia ideal. En este supuesto el antecedente causal no está constituido por la mera conducta, sino por «el hecho», entendido como la unión entre los conceptos de conducta y de evento natural cuando se verifica este último, o

bien como conducta sin evento, cuando este último no se produce. En este caso, no hemos de entender el efecto en sentido natural en la medida en no producirse, sino que ha de entenderse en sentido jurídico, esto es, como una constante que se verifica en todo momento: el daño.

Considerando esta definición de Carnellutti sobre la causalidad *in latu sensu* el resultado dañoso debe ser producido por una conducta humana, sea de acción u omisión que resulte en un hecho antijurídico. Por ejemplo, el derrame de crudo siempre deviene de una actividad humana que puede ser de transporte, producción, almacenamiento o procesamiento, y por tanto siempre será atribuible a la empresa que tiene el deber jurídico de prevenir ese derrame. En este contexto, la causalidad existe siempre que el hombre por su accionar incurra en un acto antijurídico derivado de un deber u obligación jurídica, contrario al impacto que se produzca como consecuencia de un terremoto u otro contingente natural o caso fortuito, en el que el productor no tendría directamente la culpa. Sin embargo las empresas productoras suelen asegurarse contra estas vicisitudes contratando pólizas que además protejan derechos de terceros y garanticen la reparación del ambiente e indemnización correspondiente a dichos terceros.

Para efectos de la reparación e indemnización se debe distinguir que el daño como se dijo, puede afectar a sujetos determinados, sean personas naturales o jurídicas o colectividades, y también a una comunidad entera dado la característica de difuso de los derechos ambientales.

Cuando el daño se verifica en sujetos determinables se debe cuantificar los daños personales y patrimoniales a efectos de conseguir una indemnización. A su vez, cuando el sujeto es la comunidad entera y también sujetos determinados, es decir, en todos los casos, el resarcimiento pasa por la reposición o reparación del medio ambiente y de la naturaleza para lo cual se debe tratar de precisar el alcance del daño, aunque como se dijo en muchas ocasiones esta determinación no es posible, lo que acentúa el asunto que por ser el derecho y daño ambiental difuso o colectivo surge la imposibilidad de que el daño sea cierto, personal y directo, aunque lo puede ser para efectos resarcitorios patrimoniales.

Finalmente es de suma importancia anotar que uno de los efectos principales de la responsabilidad objetiva, es que la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recae sobre el gestor de la actividad o el demandado. Es decir se configura una inversión en la prueba que generalmente corresponde al actor cuando en procesos de naturaleza civil por ejemplo se pretende demandar el resarcimiento de un daño por la verificación de responsabilidad jurídica de un sujeto. No obstante en material ambiental en Ecuador, siempre la carga de la prueba en un proceso de tutela ambiental por daño recae sobre el demandado o sobre el gestor de las actividades contaminante surgiendo una suerte de responsabilidad solidaria entre el gestor

y cualquier otra persona a la que individualmente se le pueda imputar el daño. Son estos sujetos quienes deben probar que no han causado daño ambiental o en su defecto que el impacto ambiental es atribuible a un caso fortuito que no le correspondía evitar dentro de su deber jurídico de protección y precaución del medio ambiente. Art. 397 de la Constitución número uno "...La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado".

3.2.3 Legitimidad Activa para reclamar daño ambiental

La acción es un derecho subjetivo público derivado de norma constitucional (Derecho de petición consagrado en el artículo 66 número 23 de la Constitución de la República), el cual recae en toda persona física o jurídica o colectividad de ser el caso, siempre que posean capacidad procesal para ejercerla por sí misma, directa o indirectamente, o bien a través de sus representantes. Se dirige contra el Estado a través del órgano judicial que constitucionalmente ha sido embestido de potestad jurisdiccional, en el ejercicio precisamente del poder-deber jurisdiccional y es independiente del interés jurídico o el derecho subjetivo vulnerado o atacado, aún cuando la acción nazca en razón de tal violación. La acción es ejercida mediante la interposición de una demanda o una denuncia y queda satisfecha con la resolución de fondo, la cual concede o deniega el derecho debatido. En sede administrativa la acción se convierte en la facultad de ejercer el derecho de petición a los entes públicos administrativos ya sea para que se pronuncie sobre un hecho actualmente inexistente (por ejemplo cuando se requiere cierta actividad de la administración la cual aún no se ejecuta) o para que un acto administrativo que ha causado modificación en algún derecho, sea revisado por la propia administración.

Del ejercicio del derecho de petición (en genérico) y de acción (en concreto), se deriva la legitimación procesal.

La legitimación es la "consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso."

La legitimación para actuar dentro de un proceso deriva, según el esquema tradicional, de la titularidad de un derecho subjetivo o al menos de un interés legítimo vulnerado o atacado. La legitimación parte de un supuesto de pertenencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo. "El derecho subjetivo lleva implícita la facultad de exigir a otro o al Estado, incluso coactivamente, la satisfacción de los fines que le han sido asignados por el ordenamiento jurídico, entre otros, derechos a la salud, a un medio ambiente sano, etcétera." Es decir, el derecho subjetivo necesariamente debe ser la expresión de dos aspectos que confluyen unidos entre sí: una facultad de

exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia. Por su parte el interés legítimo es entendido como aquel que “es receptado por el ordenamiento jurídico como digno de tutela, aún en forma indirecta o refleja.” . En este caso se está frente a un simple interés cuando la norma jurídica objetiva no establece a favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigna solamente una situación cualquiera que puede aprovechar algún sujeto (como el derecho de vía por ejemplo).

La Constitución de la República es amplia en materia de legitimación activa respecto a la reclamación de reparación e indemnización por daño ambiental. El texto Constitucional señala varias opciones de legitimación activa, según el derecho que se pretende tutelar y el sujeto titular del mismo, tutelando tanto derechos subjetivos como intereses legítimos.

El artículo 71 de nuestra Carta Magna por ejemplo, concede la facultad a toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad para exigir a la autoridad pública (se entiende sea esta administrativa o judicial) el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Incluso la Ley Suprema profundiza el tema y propone al Estado como ente incentivador para que las personas protejan la naturaleza (hecho totalmente normal y que se garantiza en otras disposiciones de la propia Constitución), pero además para que promuevan el respeto a todos los elementos que forman el ecosistema, en consonancia con el principio de participación. En este sentido, una manera de promover este respeto es mediante el ejercicio del derecho subjetivo de acción, frente a una actividad que signifique impacto ambiental.

Concordante con el artículo 71 de la Ley Fundamental, el artículo 397 de la Norma Suprema determina que a fin de garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de sus interés directo, para obtener de ellos tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.

De lo prescrito en este artículo, se debe destacar que las acciones legales que se presenten en sede judicial o administrativas pueden ser planteadas por personas naturales o jurídicas, una colectividad o grupo humano pudiendo tener estas acciones naturaleza cautelar (acción de protección, actos preparativos y providencias preventivas) o de conocimiento (juicios indemnizatorios por daños y perjuicios como lo declara el artículo 72 inciso primero de la Ley Fundamental, acción de acceso a la información pública y acción popular por daño ambiental determinado en la Ley de Gestión Ambiental.) En este estudio no se analizará las características ni naturaleza o

fin de cada una de estas acciones, pero si se revisará la legitimidad activa de los sujetos que pueden ser afectados en el caso de un impacto o daño ambiental, ya sea a un derecho o bien propio, un derecho colectivo o difuso ora en representación de la naturaleza como sujeto de derechos. Aclaración esta última que parte del supuesto de que en todo daño al medio ambiente se crea una relación tripartita en cuanto los sujetos afectados por el mismo.

Vivir en un medio ambiente sano es un derecho cuya titularidad ostenta cada persona de manera individual, además también son titulares las colectividades o comunidades en cuanto su territorio debe ser respetado, por tanto es un derecho colectivo también, y finalmente, también puede ser un derecho difuso ya que no siempre se puede terminar cuáles son los miembros de la colectividad real y directamente conculcados, lo que se determina según las condiciones fácticas de la violación del derecho.

Para una mayor comprensión del asunto, es necesario remitirnos a las características de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos que produce que la violación al derecho fundamental de vivir en un medio ambiente sano o de conservación íntegra de la naturaleza, puede alcanzar a otros derechos como la vida, la salud, alimentación, etc., lo que implica importantes connotaciones procesales. Además es preciso entender que el medio ambiente y la naturaleza (como objeto) son bienes colectivos y no individuales, para lo cual se debe considerar que:

Una de las características de los bienes colectivos es que en ellos no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que si está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales, así por ejemplo en el bien jurídico patrimonio existe una total exclusión y rivalidad en lo concerniente al uso y disfrute de la posesión del patrimonio de una persona en relación a los demás que con él componen el grupo social. Lo que no sucede en los bienes colectivos, en la cual pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna. Así por ejemplo en el caso de la seguridad colectiva lo puede disfrutar cualquier vecino de una localidad. Además, estos bienes no son distributivos, es decir, que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo concreto.

Ahora bien, para analizar cada uno de los sujetos que gozan de legitimación activa, analizaremos brevemente lo que entendemos por legitimación activa.

La legitimidad activa es la aptitud que tiene la persona que ejerce su derecho subjetivo de acción para exigir del sujeto pasivo o demandado, el cumplimiento de la pretensión que reclama. Esta aptitud es la relación sustancial que se pretende existe entre el accionante y el interés sustancial en litigio o el objeto de la decisión reclamada.

Dentro de la legitimación es importante distinguir la legitimidad ad causam de los sujetos amparados por el ordenamiento jurídico para ejercer su derecho de acción en contra de un daño ambiental; de la legitimidad ad procesum.

La legitimidad ad causam no se identifica con la titularidad del derecho sustancial, por lo que el actor puede no ser necesariamente quien tenga el derecho. Es decir, la legitimidad de la causa no es condición de la acción sino del éxito de la pretensión. Esta legitimación no significa que la sentencia sea favorable. Una característica de la legitimación ad causam, es que cada parte la ostenta en razón de su situación personal, o de la colectividad o del sujeto o bien que se quiere proteger y por tanto es concreta para cada caso, lo que le transforma en elemento sustancial de la litis mas no del proceso. En definitiva, esta legitimidad es una calidad subjetiva especial que debe tener la parte en relación con el interés sustancial discutido, es decir con la pretensión por lo que se puede tener legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (verbigracia cuando se demanda indemnización por daño ambiental el accionante tiene legitimación por el solo hecho de creer ser merecedor de el resarcimiento indemnizatorio por causa del daño ambiental, pero puede que ese derecho no le asista por no haberle afectado el daño por lo que la sentencia resolverá esta cuestión de fondo, pero será adversa a su pretensión)

La legitimidad ad procesum por su parte, se refiere a la capacidad jurídica de las partes, es decir, es un presupuesto procesal y por tanto su falta constituye un motivo de nulidad que vicia el procedimiento. La falta de esta capacidad se la aprecia en los litigios o procesos administrativos relativos a daño ambiental, cuando quien comparece en representación de una colectividad o de una persona jurídica, no justifica su capacidad legal para actuar bajo esa representación. La legitimidad ad procesum por tanto no es la vinculación del sujeto con su pretensión, sino, la capacidad del sujeto para intervenir en un proceso determinado.

3.2.3.1 Legitimidad por la Naturaleza

Los derechos que la Constitución de la República reconoce a la naturaleza gozan de la calidad de autónomos, por lo que las acciones y garantías que protegen a los mismos, no necesitan de conexidad con otros derechos, para poder ejercerlos de forma inmediata, a pesar que todos los derechos humanos tienen la característica de interdependencia.

El texto Constitucional es bastante claro cuando se refiere a la legitimidad para reclamar tutela jurídica para la protección de los derechos de la naturaleza. En su artículo 71 inciso segundo determina que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Esta capacidad para exigir respeto y garantías de los derechos, se la puede ejercer sea en sede administrativa como en sede judicial en base al derecho de

petición consagrado en nuestra Carta Suprema, del cual se deriva el derecho de acción como se apuntó anteriormente.

El reclamo de daño ambiental a nombre de la naturaleza, debe propender la reparación, remediación, restauración y regeneración integral de su estado (efecto ex tunc), a las condiciones anteriores al impacto ambiental. Es decir, no se puede exigir indemnización a nombre de la naturaleza, porque el derecho que se pretende proteger y por tanto resarcir es el respeto a su existencia íntegra y mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos que se pueden alterar con la actividad contaminante. Sin embargo, la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 43 prescribe que el juez condenará al responsable de contaminar, al pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Las acciones que se pueden ejercer en contra de las personas que causen daño o amenaza de impacto ambiental, pueden tener, como se dijo, la característica de preventivas pero también pueden ser parte de un proceso de conocimiento. En las actividades hidrocarburíferas, se puede exigir acciones preventivas en sede administrativa, mediante auditorías ambientales, controles de emisión, control de disposición final de desechos, etcétera, según lo prescrito por la Ley de Gestión Ambiental y Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador. Incluso el Estado como sujeto titular también de esta legitimidad por la naturaleza, puede en base a su potestad de imperio, a través del Ministerio del Ramo, declarar la caducidad de contratos con empresas que reincidan en el cumplimiento del debido cuidado del medio ambiente en el desarrollo de sus actividades de acuerdo a lo determinado en el artículo 74 número 13 de la Ley de Hidrocarburos que establece como causal de caducidad la reincidencia en infracciones a la ley.

Considero que la protección no debería referirse solo a la reincidencia de infracción a la ley, que puede ser la ley ambiental en este caso, sino, que debe ser más amplia y determinarse dentro de la numeración del artículo, uno exclusivo a la contaminación ambiental que no haya sido reparada o prevenida, como causa de caducidad de su contrato.

La Ley de Gestión Ambiental, determina acción popular para denunciar la violación de normas de medio ambiente, sin perjuicio de la acción de protección. Esta norma legal, también alcanza a la naturaleza para proteger sus intereses como sujeto autónomo de derechos. Lo cual, nos conduce a aclarar que a pesar que nada dijera la Ley sobre acciones para vigilar el cuidado del medio ambiente, la norma Constitucional de todas formas sería totalmente oponible en virtud del principio de aplicación directa de las normas constitucionales, recogida en la misma Ley Fundamental.

“La acción popular es la acción jurisdiccional potencialmente concedida para todos y cada uno de los sujetos con capacidad procesal, donde el grado de

interés no se califica o dosifica, porque cualquiera puede impugnar el acto lesivo.” De esta definición de los tratadistas Trujillo, Quintana y Boleo, podemos deducir que la acción popular establecida en la Ley de Gestión Ambiental, es una acción prevista por el propio ordenamiento jurídico para tutelar bienes jurídicos de naturaleza común (derechos de la naturaleza y derecho a un medio ambiente sano) cuyo titular de este derecho subjetivo de acción para proteger el este bien jurídico violentado, puede ser cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, es decir, la posibilidad del ejercicio de la acción para su tutela se encuentra diseminada o esparcida en una generalidad de sujetos, pudiendo actuar cualquiera de ellos en representación propia y de los demás individuos afectados. Adicionalmente, al derivarse del propio ordenamiento jurídico, la acción popular es consecuencia de un interés objetivo consagrado por el mismo ordenamiento siendo los únicos requisitos para actuar al amparo de la acción popular en defensa de esos bienes comunes o colectivos: “la tenencia de capacidad jurídica, la existencia de una norma jurídica que lo habilite a accionar, y la violación o menoscabo al bien jurídico tutelado expresamente por el ordenamiento jurídico en forma objetiva.”

Cabe destacar que la acción popular tiene la característica de ser concurrente y no excluyente, en virtud de lo cual una misma persona puede invocar conjuntamente un interés legítimo o la titularidad de un derecho conculcado junto a la acción popular ya que lo que busca la acción popular es la tutela del medio ambiente mediante la observancia de la normativa ambiental e incluso su reparación integral de acuerdo al artículo 397 número 1 de la Constitución de la República, sin que proceda la pretensión de la restitución jurídica individualizada para lo cual sería necesario activar una vía procesal a fin de lograr se satisfaga una pretensión sobre el daño en concreto individual (indemnización por daños y perjuicios). Dicho de otra forma, el sujeto poseería una doble legitimación para actuar dentro de un proceso subjetivo como de uno objetivo. En ese sentido es importante aclarar que las dos acciones deben ser seguidas en procesos distintos, sin que la una sea residual respecto a la otra, es decir, se pueden activar las dos vías simultáneamente sin que se configure la institución de litis pendencia, pero siempre en dos procesos diferentes. Esta conclusión nace de la interpretación tanto del artículo 397, número 1 de la Constitución como de los artículos 41 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental. Así la Norma Suprema otorga la característica de pública y concurrente a la acción para obtener tutela jurídica en materia ambiental, concediendo la legitimidad activa para ejercerla a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano. Pero la aplicación de esta legitimación debe ser ejecutada observando la Ley de Gestión Ambiental (que aunque anterior a la Constitución no se opone a esta norma en este tema) que en su artículo 41 determina la acción popular para denunciar la violación

de las normas de medio ambiente, pero a su vez en el artículo 43 otorga legitimación a las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa para interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos. Por tanto, la acción popular tiene como fin sancionar el incumplimiento de las normas ambientales en un proceso judicial determinado y a su vez la reparación del medio ambiente (integrando la Constitución de la República con la Ley de Gestión Ambiental) y la acción del artículo 43 de la Ley Ibídem tiene como fin el resarcimiento de las personas y/o colectividades afectadas directamente por un daño ambiental o por el deterioro mismo del medio ambiente (acción resarcitoria).

Ahora bien, como determina la norma Constitucional, los particulares, sean personas naturales o jurídicas son legitimarios activos para proteger los derechos de la naturaleza toda vez que la legitimación activa para la defensa del ambiente corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular. A su vez, el Estado en cumplimiento de su deber de proteger el patrimonio natural también lo es, pero a través de ¿qué órgano? El Ministerio del Ambiente como dependencia pública rectora de la política ambiental puede proponer acciones para proteger los derechos de la naturaleza pero también cualquier entidad del sector público debido a que la protección del medio ambiente y la naturaleza forma parte de un interés difuso y un deber del Estado que tanto particulares como las propias instituciones estatales deben observar. El Defensor del Pueblo de acuerdo al artículo 2 de su Ley Orgánica, también tiene la facultad para patrocinar o promover una acción de protección que busque tutelar la naturaleza. La promoción consiste en el impulso de una causa por lo que siempre debe existir un requerimiento expreso al Defensor del Pueblo para que coadyuve en la acción de protección. Sin embargo, es importante recalcar que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 9, concede legitimación activa al Defensor del Pueblo, por su propia iniciativa por lo que considero en este caso que el Defensor del Pueblo en materia de garantías jurisdiccionales declaradas en la Constitución y la Ley recién citada, tiene plena facultad para ejercer las acciones de este tipo (y no solo promover su ejercicio) que protejan la naturaleza debido a que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es posterior a la Ley Orgánica de Defensoría del Pueblo. El Defensor del Pueblo puede en sede administrativa también, defender de oficio o a petición de parte los derechos del sujeto naturaleza.

Concluyendo, podemos advertir que la representación de la naturaleza puede corresponder a entidades públicas, personas naturales y jurídicas que tengan la finalidad de proteger sus intereses, siendo totalmente imprescindible que se

refuercen ciertos órganos públicos que coadyuvan en la gestión ambiental como la policía ambiental y la unidad de la Fiscalía General que persigue delitos ambientales. Pero principalmente, es insoslayable la obligación del Estado de crear organismos como defensores públicos a favor de la protección de la naturaleza y un OMBUDSMAN que canalice el ejercicio de la legitimación activa por la naturaleza y la impulse o ejerza directamente y eficazmente como en el caso de Brasil y así dar cumplimiento al artículo 399 de nuestra Ley Fundamental que ordena que el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, debe articularse a través de un Sistema Nacional Descentralizado (que debe estar formado por la Defensoría del Ambiente y demás instituciones públicas de la rama) de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.

3.2.3.2 Legitimidad por Derechos Difusos

La Constitución como quedó dicho prevé, que las acciones legales para tutelar el medio ambiente y la naturaleza pueden ser interpuestas por colectividades, comunidades, nacionalidades o grupo humano.

La mención a comunidades, nacionalidades se debe entender como una “agrupación unida por lazos específicos como lo son los pueblos indígenas y negros.” y una colectividad o grupo humano como una “agrupación de personas unidas por lazos precarios, respecto de una calidad que ostentan en la sociedad, como los jubilados, los estudiantes, los incapacitados, los abogados, etcétera, y que tienen derechos como integrante de esas colectividades.” Para los dos casos se debe justificar la representación legítima para comparecer a la protección de los derechos derivados del medio ambiente y naturaleza, en nombre de esa comunidad o colectividad.

Como se ha dicho a lo largo de este estudio, el derecho ambiental es un derecho colectivo, a parte de un derecho difuso y un derecho fundamental. Dentro de este parámetro el derecho colectivo puede ser violado tanto de manera individual como a toda la comunidad en su conjunto. En caso de que la afectación sea directa a un individuo de un derecho que se ha reconocido como colectivo, las acciones que se ejerzan en protección del medio ambiente o la naturaleza, pueden ser presentadas personalmente sin la necesidad de justificar su legítima representación de la colectividad. Lo contrario sucede cuando el accionante pretende impugnar una acción que conculque y agreda a toda la comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenece. En este caso, el peticionario deberá justificar su actuación a través de un instrumento público, en el que se especifique que la comunidad ha consentido que sea esa persona quien acude a defender los intereses derivados de su derecho comunitario.

Cuando los comparecientes son personas jurídicas o colectividades unidas por vínculos medios intrínsecos, la cuestión se resuelve más fácilmente ya que las

personas jurídicas siempre cuenta con un representante (persona natural) que pueda defender sus derechos. Las colectividades como comités, colegios de grupos de profesionales, etcétera, también suelen formalizar sus asociaciones nombrando una persona que los represente, pero en el supuesto que no se verifique esta representación, la solución opera como en el caso de las comunidades, pueblos o nacionalidades.

Cuando se concurre a proteger un derecho colectivo, se busca resarcir el daño que se ha efectuado al derecho per se, además (de ser posible) una indemnización en beneficio de la colectividad, verbigracia cuando una empresa petrolera produce un derrame de crudo en un territorio de propiedad ancestral de una comunidad, la reparación del daño es tanto a la regeneración del territorio como tal (es decir se repara la naturaleza) y además se debe indemnizar a la colectividad en su conjunto por el daño emergente, lucro cesante e incluso daño moral que como comunidad sufrió.

Ahora analicemos, como tal, la legitimidad por la violación del derecho difuso a vivir en un medio ambiente sano.

La Constitución ecuatoriana contempla: “Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo...” Respecto a la citada norma, el Tribunal Constitucional estableció que para el ejercicio de las acciones correspondientes en el campo ambiental, la legitimación activa es un aptitud que ostentan ciudadanos, grupos determinados y organizaciones sin necesidad de mostrar un interés personal y directo en el daño ambiental producido. Una consecuencia lógica del concepto mismo de derecho difuso, que recordaremos es aquel en el que no se puede determinar a priori quien es su titular, debido a que lo ostentan todas las personas.

Para dilucidar de mejor manera la cuestión sobre derechos difusos, es preciso remitirnos a un fallo de la Corte de Valparaíso que dispuso:

... el ambiente nos pertenece a todos, su dominio corresponde a la humanidad y, como tal, corresponde que todos los seres humanos vivan en un medio ambiente libre de contaminación, por lo que no se entiende que pueda ser derecho exclusivo de un individuo en cuanto a reclamar que exista un ecosistema equilibrado sobre el aire, el suelo, las aguas, la biodiversidad, la atmósfera, las especies bentónicas etc; ello porque su contenido especial la hace de interés colectivo. En efecto, la protección del medio ambiente no sólo es de interés de los que vivimos actualmente, sino también es de utilidad o provecho para la generaciones futuras, además que los bienes lesionados que se acusan tales como el suelo, el aire, recurso bentónicos, temperaturas de las aguas, no son susceptibles de apropiación individual... En definitiva, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es un derecho inherente al ser humano... de preocupación mundial que interesa a todos pues

afecta a una pluralidad de individuos que se encuentra en una misma situación de hecho, y cuya lesión no solo es perceptible en la esfera individual, de manera que son titulares todas las personas naturales o jurídicas que habitan en el mundo (el texto en negrilla y subrayado es mío) y que sufran una vulneración del derecho al medio ambiente libre de contaminación...

Ahora bien, existe una dificultad que la ley trata de resolver en cuanto a la legitimación de los derechos difusos. La peculiaridad de estos derechos impone que en apariencia se debería legitimar un representante de la colectividad, es decir, su comparecencia debería estar presidida de un acto formal materializado en un instrumento público que lo acredite como tal. Sin embargo, la colectividad es la humanidad en su conjunto, no un individuo determinado ni una colectividad en concreto sino todos. Por esta razón, la norma Constitucional posibilita que cualquier persona comparezca para pedir tutela del medio ambiente y en el caso de que varias acciones se pretendan ejercer por el mismo caso por diferentes personas o colectividades que busquen el mismo fin de tutela del ambiente, se deberá acumular las mismas en un mismo proceso, siempre que sea competente el juez en virtud de las reglas de distribución de la competencia de los servidores judiciales que ostentan jurisdicción. Esta competencia recae sobre el Presidente de la Corte Provincial del lugar donde se produzca la afectación ambiental según lo determinado en el artículo 42 de la Ley de Gestión Ambiental. Y en el caso de que el daño surta efecto en varias jurisdicciones son competentes todos los Presidentes de sus respectivas Cortes, pero ejercerá esa competencia quien la prevenga primero, pues a mi criterio, el daño no se lo puede dividir en despachos para su resolución, ni se lo puede apreciar o cuantificar íntegramente según sus efectos en cada lugar donde ocurra. Considero que a un mismo daño, se le debe dar una misma solución íntegra y completa.

Dentro de la protección de los derechos difusos, la Ley de Gestión Ambiental en su artículo 41 como se dijo concede acción pública o popular para denunciar la violación de las normas de medio ambiente. Esta acción se explica precisamente por la característica de difuso que el derecho a un ambiente libre de contaminación tiene.

Esta calidad de difuso del derecho se acentúa en el artículo 42 de la Ley Ibídem que garantiza que toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos, lo que implica que incluso si no es el actor principal de la causa, de igual forma se puede participar en la litis en calidad de coadyuvante. Esta acción popular incluso es recogida por el Código Civil en el artículo 2236 que establece que por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a

personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción. Claro que la disposición del Código Civil tiene una concepción de responsabilidad subjetiva por lo que si se remite a esa norma para reclamar el daño, se debe comprobar el grado de culpabilidad que condujo a la imprudencia o negligencia.

Las disposiciones de la Ley de Gestión Ambiental tienen que ser entendidas en relación a una acción popular y no en cuanto a una acción pública porque ésta acción es más bien la típica acción penal ejercida por el Estado a través de la Fiscalía General; por tanto la acción popular debe ser entendida incluso observando que la Constitución de la República estrictamente determina acción ciudadana para en forma individual o en representación de la colectividad, reclamar la violación de un derecho o incluso la amenaza de su afectación, ante una autoridad competente de acuerdo con la ley. La autoridad competente puede ser administrativa o judicial.

Si bien el Estado como se dijo en el punto anterior (respecto a la legitimidad por la naturaleza) tiene la capacidad para ejercer acción pública para requerir de los órganos judiciales tutela efectiva de los derechos de la naturaleza, en el caso del medio ambiente como derecho difuso, no ostenta esta calidad ya que los derechos asisten a los ciudadanos y no al Estado, que al contrario se embiste de facultades y competencias más no derechos; la excepción de comparecer a nombre de la naturaleza es porque este sujeto no puede ejercer sus derechos por sí mismo y por tanto necesita asistencia de quienes deben proteger su derecho (ciudadanos y Estado), para poder reclamar su cumplimiento, por tanto el Estado tiene un deber de proteger el medio ambiente y la naturaleza y de exigir su cuidado, más no ostenta un derecho difuso exigible ante sus propios órganos de sus distintos poderes.

La legitimación con la acción popular deriva en todo sujeto para que acuda ante los organismos jurisdiccionales a proteger los derechos que considere vulnerados. Esta acción es igual a la capacidad para ejercer las garantías jurisdiccionales que la ostenta cualquier persona que alega ser víctima de la violación de un derecho fundamental.

Para finalizar, es necesario apuntar que cuando se reclama un daño ambiental por afectar un derecho difuso, la pretensión debe ser la reparación del medio ambiente, mecanismos de limpieza de la contaminación y demás acciones que resarzan el daño al ambiente y por tanto no se persigue una indemnización por afectación al patrimonio o interés individual, ya que esa pretensión se la debe procurar mediante el ejercicio de acciones por daño ambiental, por sus propios derechos debido a que los derechos difusos son “preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trascienden el derecho subjetivo particular y extienden el campo de protección pública. Son, en definitiva, intereses plurindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa” No

obstante, el pago del diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización para reparar los daños y perjuicios ambientales, sin beneficiar a quien reclama tutela del derecho difuso que hemos analizado.

3.2.3.3 Legitimidad por derechos propios

Esta legitimidad para reclamar la reparación de daño, le corresponde aquel que lo ha sufrido. En este sentido, la Constitución determina en su artículo 397 número 1 que cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, puede ejercer las acciones legales o acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo (el subrayado me pertenece).

El daño ambiental puede afectar tanto al derecho difuso como a un derecho individual como se ha puntualizado. Estos daños aunque pueden estar vinculados son diferenciables. Es decir, a raíz del daño ambiental también se pueden producir daños a la vida o integridad física directa de una persona, o a su patrimonio, lo que se deberá considerar en un proceso de conocimiento a fin de fijar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, considero que al igual que para exigir reparación de una violación al derecho de la naturaleza o a un derecho difuso, en el caso de exigir el resarcimiento de un daño a título propio, la responsabilidad del contaminante es objetiva por lo que no se debería demostrar la culpabilidad del contaminante sino el daño que en efecto sufrió la persona que lo alega y el juez en base a ese análisis, determinará el monto indemnizatorio en base a las instituciones del lucro cesante y el daño emergente. Es importante precisar que lo que se busca con esta acción es la reparación del daño directo y una indemnización por el mismo (inciso segundo art. 43 Ley de Gestión Ambiental)

La legitimidad para actuar dentro del proceso por derechos propios deriva de la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo vulnerado (a diferencia que en el caso de un interés difuso que son de todos pues a todos compete su defensa y tutela) por lo cual se debe demostrar que ha existido una afectación directa.

Respecto a esto, la Ley de Gestión Ambiental sí establece el cumplimiento de estas condiciones: que se tenga un interés afectado y que el daño cause afectación directa.

Art. 43 Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos.

Esta acción la puede ejercer el ofendido o perjudicado por sí mismo, quien es la persona que pretende ser titular del derecho afectado por el acto

contaminante. Sobra decir entonces, que no se puede proponer una acción indemnizatoria alegando derecho ajeno ya que se carecería de legitimidad.

Por intermedio de apoderado es otro mecanismo para ejercer esta acción. El apoderado es la persona que posea poder suficiente otorgado legalmente para iniciar acciones a favor de su mandante, siempre que en el poder conste que el apoderado que puede ser un abogado bajo procuración, tiene plena facultad para interponer acciones judiciales o administrativas en general, a favor del poderdante.

Considero también que a través de un agente oficioso se puede proponer acciones en contra de un daño ambiental que ha perjudicado a una persona en concreto, siempre que se compruebe la imposibilidad de comparecencia del afectado directo y además el impedimento de nombrar un apoderado que lo haga por su persona. La actuación del agente oficioso debe en todo caso ser ratificada por la persona por quien se obró.

Respecto a las personas jurídicas, cuando se conculque un derecho directo que afecte el patrimonio u otros derechos de estas personas, quien debe comparecer a su reclamo debe ser el representante legal de la misma o quien tenga legitimidad suficiente para hacerlo, debidamente justificada.

Finalmente es importante repetir que según el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, las acciones que busquen resarcimiento e indemnización por daños y perjuicios en contra de acciones u omisiones que afectan por daño ambiental, deben ser propuestas por personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por unos intereses comunes y afectados directamente por el daño. Es decir, se podría interpretar que los individuos por si solo por ejemplo, no podrían interponer acciones resarcitorias. Sin embargo, la Constitución en el artículo 397 número 1 reconoce legitimación activa a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano para 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. Por tanto el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental en concordancia y armonía con la Constitución de la República debe ser aplicado e interpretado de manera amplia, porque determina un medio procesal para reclamar el resarcimiento de un derecho conculcado y en consecuencia tanto las personas naturales, como jurídica, como grupos humanos, como colectividades pueden interponer acciones de daños y perjuicios para defender sus intereses legítimos particulares.

3.2.4 Intangibilidad de áreas naturales protegidas

Este tema tiene en la actualidad gran impacto debido al asunto relacionado con la iniciativa Yasuní-ITT.

La intangibilidad de áreas naturales protegidas es una garantía que nuestro ordenamiento jurídico, en rango constitucional, prevé en beneficio de los:

espacios continentales y/o marítimos del territorio nacional expresamente reconocidos y declarados como áreas naturales protegidas, incluyendo sus categorías y zonificaciones para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

Estas áreas constituyen patrimonio del Estado, son de dominio público, deben conservarse inalterado y se clasifican según el artículo 67 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre en: parques nacionales, reserva ecológica, refugio de vida silvestre, reservas biológicas, áreas nacionales de recreación, reserva de producción de fauna y área de caza y pesca.

La Constitución de la República protege las áreas que se señalan en el párrafo anterior en su artículo 397 número 4. En esta norma se expresa el compromiso del Estado de garantizar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas, prohibiendo incluso la tradición de tierras o la concesión de las mismas a personas naturales o jurídicas extranjeras (art. 405 inciso segundo de la Constitución). Determina también que el manejo y administración de estas áreas estará a cargo del Estado. Adicionalmente, el artículo 407 de la norma *Ibidem*, prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles. No obstante concede la facultad excepcional al Presidente de la República, previa declaración de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, para llamar a consulta popular y preguntar al soberano sobre la pertinencia o no de realizar actividades extractivas de recursos no renovables como el petróleo. Esta facultad debe ser regulada con cuidado, ya que la discrecionalidad que otorga la disposición, puede significar el concurso de iniciativas políticas con fines exclusivamente económicos disfrazadas de interés nacional que protejan el medio ambiente pero que en el fondo no busquen una explotación sustentable de los recursos naturales que se pretendan extraer. Considero, que la consulta popular debería ser no opcional, sino, un requisito sine qua non, para que sea el soberano quien decida sobre el destino de su patrimonio natural, considerando siempre que la motivación de cualquier acto administrativo o normativo que comprometa estas zonas, debe observar los compromisos internacionales alcanzados por el Estado, al momento de suscribir tratados y acuerdos que protegen la biodiversidad.

Jurídicamente la intangibilidad se refiere, in latu sensu, a la imposibilidad de desconocimiento mediante leyes posteriores, de todas aquellas garantías que protegen un derecho, que en este caso específico, recae sobre las áreas naturales protegidas, como patrimonio del Estado y de la naturaleza.

Esta característica de intangible, otorga a estas áreas el derecho a conservarse como en la actualidad se presentan en el mundo, es decir, no se pueden tocar y por tanto se debe respetar y mantener su esencia y significado.

En Ecuador las zonas intangibles son los espacios protegidos de excepcional importancia cultural y biológica en los cuales no puede realizarse ningún tipo de actividad extractiva debido al valor que tienen para las generaciones presentes y futuras. Por tanto, estas zonas no pueden destinarse a la actividad hidrocarburífera, ni minera ni de extracción de recursos forestales etcétera, que pongan en riesgo el mantenimiento de su valor y estabilidad cultural y desarrollo biológico, no obstante de lo prescrito en el artículo 7 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador, que como se dijo ahora debe seguir el trámite propuesto en la Constitución de la República artículo 407.

En este contexto, el Parque Yasuní es un territorio rico en diversidad biológica, cultural pero también minera e hidrocarburífera, razón por la cual nace la iniciativa Yasuní.

Esta propuesta tiene su origen en el campo ITT en el cual:

El potencial petrolero del bloque alcanza, de acuerdo a estimaciones recientes, 846 millones de barriles recuperables de crudo pesado. La explotación petrolera de este campo supondría la producción de aproximadamente 107.000 barriles diarios durante 13 años, y luego los pozos entrarían en su fase declinante por doce años adicionales. Aunque las reservas probadas del campo ITT alcanzan 944 millones de barriles, existen reservas posibles adicionales de 1.530 millones, cuyo valor permanece incierto debido a que no se ha realizado prospección sísmica 3D.

La Iniciativa Yasuní-ITT implica el compromiso internacionalmente vinculante de Ecuador para mantener indefinidamente bajo tierra las reservas petroleras del campo ITT. De esta forma se evita la emisión a la atmósfera de 407 millones de toneladas métricas de CO₂, que se producirían por la combustión del petróleo extraído. El valor real de las emisiones evitadas es mayor si se incluyen los efectos de la deforestación asociada directa e indirectamente a la extracción petrolera, las emisiones de la explotación y la construcción de infraestructura, el metano originado en la ganadería en áreas colonizadas, y otras fuentes.

La iniciativa funciona a través de un fideicomiso que el Estado ecuatoriano alcanza con el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), para la recepción y uso de las contribuciones internacionales en apoyo a la Iniciativa Yasuní-ITT.

El PNUD recibe y administra los fondos de los contribuyentes a la Iniciativa y los entrega al Estado ecuatoriano para proyectos destinados exclusivamente a los objetivos definidos, que tienen relación con el Plan Nacional del Buen Vivir y que serían aquellos que con una supuesta extracción del petróleo, se

podrían cumplir. La iniciativa tiene acogida porque se protege la biodiversidad del Yasuní, la cual es una de las más grandes del mundo en razón especies-territorio y además porque se contribuye a contrarrestar los efectos del cambio climático mediante la conservación de un pulmón natural de la humanidad.

Con la Iniciativa Yasuní, el Ecuador crea un paradigma para el cuidado de sus 40 áreas naturales protegidas lo que significa un avance en su consolidación de país mega diverso. Además se garantiza el cumplimiento de tratados internacionales, de los cuales el Ecuador es parte y los ha ratificado como son el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención Ramsar sobre Humedades de Importancia Internacional o la Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad en la que se protege monumentos naturales considerados patrimonio de la humanidad.

La iniciativa Yasuní por tanto es el punto de partida de lo que debe suponer una sostenible administración de áreas naturales protegidas, las cuales son intangibles. La norma constitucional crea el campo jurídico para que estas zonas sean respetadas íntegramente y se evite la presencia destructiva del ser humano y en beneficio, se respete el uso tradicional de las comunidades nativas y el desarrollo ecológico y biológico normal de las especies que la habitan procurando que el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, consagrado en el artículo 405 de la Norma Suprema efectivamente garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas.

3.2.5 Consulta Previa

La consulta previa puede ser analizada desde diversas perspectivas que tienen como punto de partida el derecho de los ciudadanos, dentro de un estado democrático, de participar en la toma de decisiones de carácter general que involucren intereses nacionales o según el caso, incluso regionales, locales o distritales.

No obstante, en materia ambiental, es un ejercicio del principio de participación de los ciudadanos dentro de la gestión ambiental, lo que reduce el análisis de esta institución a dos ámbitos bien definidos: la consulta previa para la ciudadanía en general como mecanismo de protección del derecho difuso a un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; y como derecho fundamental de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, a ser consultado sobre el destino de las actividades que se desarrollen dentro de sus territorios ancestrales. Es decir la consulta previa no se trata solo de prevenir impactos negativos sino también de establecer mecanismos de participación de los pueblos en los beneficios de esos proyectos (hidrocarbúricos en este caso) pero además la fuerza de las normas que la reconocen significa un medio para viabilizar la participación y constituyen también, mecanismos preventivos de tensiones y conflictos. El

Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador, al respecto en su artículo 88 prescribe que: Con la finalidad de vigilar que en el desarrollo de las actividades hidrocarburíferas no se afecte al equilibrio ecológico y a la organización económica, social y cultural de las poblaciones, comunidades campesinas e indígenas asentadas en las zonas de influencia directa de tales actividades, la Subsecretaría de Protección Ambiental definirá y coordinará los mecanismos de participación ciudadana en la vigilancia y el monitoreo de las actividades hidrocarburíferas.

La Constitución de la República, contiene en el artículo 57 número 7 y en el artículo 398, las disposiciones relativas a este derecho de la ciudadanía que garantiza su participación en la definición y realización de proyectos que puede afectarle cultural o ambientalmente.

El primer artículo que se cita, garantiza el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para ser consultados mientras que el artículo 398 por su parte reconoce el derecho a toda la comunidad para ser consultada sobre cualquier decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente. El mecanismo de Consulta de la comunidad en general es ratificado en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, aunque para el caso de la consulta a los pueblos indígenas, no existe una ley que regule este derecho.

El derecho internacional también ha desarrollado la materia a través de instrumentos como el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, ó la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y principalmente, la Declaración de Río de Janeiro de 1992 que es la génesis de este mecanismo como se lo concibe hoy en día.

El principio 10 de esta última Declaración Internacional consagra que:

En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Esta disposición de Río, determina ya ciertas características de actualmente son parte de la consulta previa, como el derecho a la información para a partir de esta ser consultados o la garantía de acceso a los procedimientos judiciales y administrativos como herramienta de fiscalización.

Nuestra Ley Suprema ahonda más en el alcance de la Consulta previa y prescribe como se mencionó anteriormente, en su artículo 57 en materia de pueblos indígenas, que se reconoce y garantiza su derecho a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. El momento oportuno es previo al momento de aprobación de inicio de la actividad productora, es decir, la consulta previa debe formar parte de los Estudios de Impactos Ambientales y a su vez constituir un requisito para la obtención de la licencia ambiental, instrumentos definidos en la Ley de Gestión Ambiental y en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador.

Ahora bien, el artículo 57 número 7 de la Norma Constitucional abarca el primer ámbito de la consulta previa: derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre planes y proyectos que puedan menoscabar o alterar su integridad cultural, territorial, social o económica. Este derecho es de insoslayable cumplimiento y respeto cuando se pretenda, dentro del territorio sobre el cual desarrollan su vida ancestral estos pueblos y comunidades, realizar actividades de extracción de recursos no renovables, cuya forma de ejecución, indudablemente representa una seria alteración al entorno en el cual se materializa la actividad. Un impacto que además no debe ser medido únicamente sobre parámetros ambientales, sino también, bajo consideración de aspectos culturales de estas nacionalidades y pueblos indígenas, es decir, no se pueden utilizar los mismos mecanismos de consulta para una comunidad indígena que para una comunidad mestiza ya que los derechos que se tutelan en relación a los pueblos indígenas tienen una categoría diferente a las de los pueblos mestizos, por la vulnerabilidad histórica de los primeros y además por el tratamiento jurídico mismo que se les ha otorgado en el Derecho Internacional. Además, como se ha dicho, la realidad indígena reviste aspectos socio –culturales, económicos y territoriales que obedecen a una lógica de vida de estas comunidades, la cual es muy distinta a la mestiza. Es importante a su vez señalar que la Constitución además dispone que los pueblos además de ser consultados, sean partícipes de los beneficios que los proyectos reporten. Beneficios que pueden tener el carácter de económico, de infraestructura, educación bienes o servicios, los cuales deberán ser definidos en una ley que como se dijo no existe.

Sin embargo, a pesar de la carencia de ley sobre este tema el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes determina en sus artículos 7 y 15 lo siguiente:

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una

indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Principios y garantías que por estar determinados en un Tratado Internacional ratificado por el Ecuador, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y deben ser observados imperativamente como todas las normas jurídicas de nuestro derecho, en un rango normativo superior a una Ley Orgánica u Ordinaria.

Respecto a la ciudadanía en general, la consulta previa es un proceso público obligatorio orientado a la protección ambiental que busca dirigir las actividades con riesgo de impacto ambiental, según la decisión que el pueblo sugiera. El término sugerir se refiere precisamente al carácter no vinculante que en Ecuador se le ha dado a este mecanismo, no obstante la disposición del artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental que determina que el incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 (398) de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos. Esta declaración legal sin embargo se opone a la prescripción Constitucional que subsume la expresión de los pueblos y la ciudadanía a la decisión administrativa del mismo Estado. Es decir, la consulta previa es un requisito previo para la ejecución de un proyecto que cause impacto ambiental, pero no alcanza aún la categoría de derecho cuya observancia debería ser obligatoria e inevitable.

Ahora bien, el sujeto obligado a realizar la consulta previa, sea la del artículo 57 (pueblos indígenas en actividades de extracción de recursos no renovables como los hidrocarbúricos) ora la del 398 (para la ciudadanía en general) es el Estado en concordancia con la manifestación expresa que al respecto hace el artículo 398 de la Constitución. Así, la institución del Estado responsable de realizar esta consulta, es el Ministerio del Ambiente de acuerdo a las competencias determinadas en la Ley de Gestión Ambiental que otorga a esta Cartera de Estado la rectoría del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental en concordancia con el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarbúricas en el Ecuador, en materia de explotación de este tipo de recursos no renovables. No obstante, a pesar de lo dispuesto en estas normas, en la práctica se da el caso que quienes han realizado la consulta bajo delegación del Estado mismo han sido empresas especializadas en la prestación de este servicio de encuesta y sistematización de consultas o en su defecto han sido los propios sujetos ejecutores de la actividad productiva quienes a su vez, han transmitido los datos arrojados de la consulta y han canalizado esta información hacia las entidades competentes.

Los sujetos consultados por su parte, como se ha manifestado, son la ciudadanía en general o los pueblos y nacionalidades indígenas sobre los cuales se establezca una afectación directa o indirecta por el proyecto que se

pretende llevar a cabo. La legitimidad de las personas que actúen en nombre de estas colectividades, debe ser justificada, ya que la consulta previa es el mecanismo mediante el cual su opinión será escuchada dentro de la realización de estas actividades. En este sentido, se puede manejar la consulta a través de comités barriales, autoridades indígenas designadas según sus usos y costumbres, representantes que ostenten esa calidad según asambleas comunitarias y registradas en un instrumento público, etcétera.

La consulta en su ejecución debe ser lo más amplia posible y reunir a todos estos representantes de diversos grupos o territorios a fin de que se consideren todos sus derechos y se garantice que los criterios ciudadanos sean tomados en cuenta de forma integral y no marginal o discriminatoria. Los resultados que arroje la consulta, como se dijo, no son vinculantes, lo que no obsta al Estado de su obligación de valorizar según los instrumentos internacionales y la ley, las opiniones vertidas en ella.

A fin de garantizar una correcta valorización, la consulta debe contemplar aspectos como la característica del proyecto, la información total sobre el mismo y los beneficios y perjuicios relacionados, especificar el grado y métodos de participación de la ciudadanía en la ejecución mismo de la actividad, identificar la representación de la comunidad ante la actividad, definir los puentes que se utilizarán como instrumentos de diálogo y así garantizar la pluralidad lingüística, y demás consideraciones que beneficien a los consultados.

Una cuestión de vital importancia radica en que los resultados de la consulta se ajusten a las declaraciones e instrumentos internacionales y que la ley contemple métodos de sistematización justa de la información que de ella resulte. Estos métodos deben garantizar que al menos la consulta sea oportuna en el tiempo, es decir estrictamente previa a la ejecución del proyecto de la actividad productiva, que sea proporcional en cuanto a la valorización del daño a la comunidad y al ambiente con respecto a la actividad que se realizará, se debe tomar en cuenta el derecho propio de las comunidades indígenas y de la naturaleza como sujeto de derechos y finalmente se debe garantizar que la información obtenida de la consulta sea la referencia para el control de las autoridades ponderando el desarrollo económico de la nación y el derecho de los pueblos, comunidades y ciudadanía afectados.

Para concluir podemos advertir que la consulta previa en sus dos aristas (tanto para pueblos y comunidades como para la ciudadanía en general) debería constituir un proceso consistente y sistemático para lograr identificar el alcance e impacto socio-ambiental y cultural de un proyecto, plan o programa y a su vez ser la herramienta que permita que los pueblos y los ciudadanos conozcan con precisión los beneficios económicos y sociales que se derivarán de la ejecución de una actividad productiva determina, el significado nacional y local tanto de los impactos que puedan devenir de la misma así como de los

logros económicos que se puedan alcanzar y principalmente para que se ubique con precisión los riesgos ambientales y las consecuencias nocivas como beneficiosas que puedan causar sobre el desarrollo de de otras actividades alternativas, por ejemplo el turismo o el aprovechamiento de la biodiversidad. Más aún en la actividad petrolera, se debe medir el alcance que tienen los impactos de esta industria en forma directa y las repercusiones indirectas que se producen en un territorio determinado que modifican parcial o integralmente el espacio local y que frecuentemente están acompañadas de colonización, deforestación, asentamientos poblacionales, cambios en la economía local, etcétera. En definitiva la práctica y ejecución de la consulta previa debe comprender un elemento de un conjunto de medidas enfocadas a garantizar a toda la población del Estado, el manejo sustentable y sostenible de sus recursos ecológicos, de su economía y de su desarrollo social.

3.2.6 Interés público de preservación y conservación del medio ambiente

Dentro de un Estado Social de Derecho se perfilan y adquieren conformación propia una nueva clase de intereses, los llamados intereses difusos y colectivos, que reclaman reconocimiento y garantías normativas adecuadas, que posibiliten y legitimen a sus titulares en el reclamo de una tutela gubernamental (ejecutivo, legislativo y judicial) efectiva. Nuestra Constitución de la República declara a nuestro Estado, no solo como social de derechos, sino, como constitucional de derechos y justicia en el cual los derechos adquieren una relevancia preeminente sobre cual potestad o facultad pública de la administración. Derechos fundamentales entre los cuales se encuentran el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos.

En base a esta consideración, es menester dilucidar, en torno a ciertas figuras jurídicas que se dan en el marco de nuestro ordenamiento jurídico actual, las garantías y prescripciones normativas que emergen con miras a alcanzar una protección más amplia y efectiva de derechos difusos, en especial aquellos relacionados con el medio ambiente.

En este contexto resultan operantes figuras como: interés directo, interés público, interés colectivo, interés legítimo y derecho subjetivo, las cuales deben guardar una armonía coherente en busca de una aplicación, cumplimiento, respeto, goce, ejercicio y garantía por parte de la administración y de los propios ciudadanos que favorezca una interpretación que pueda abrir vías procesales judiciales y administrativas para la salvaguarda de los titulares de intereses difusos y colectivos sobre sus derechos consolidados por el ordenamiento jurídico a partir de estos intereses. Así, se garantiza la defensa de los bienes jurídicos considerados valiosos y que en sí, concretan la existencia del grupo humano, como la calidad del aire, la conservación del hábitat ecológico, la protección del suelo y el agua y

en definitiva la tutela del medio ambiente, indispensable para el adecuado desarrollo humano.

Nuestra Constitución de la República no es ajena a este anhelo y ha previsto en materia de protección del medio ambiente, en su artículo 400 que sea el Estado quien ejerza soberanía sobre la biodiversidad y declara también de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes (especies animales y vegetales, suelo, aire y tierra), en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país. Incluso es de interés público, la preservación y conservación del ambiente en su conjunto según el artículo 14 inciso segundo, lo que confiere un carácter amplio a este interés que trasciende de la protección de ciertas especies y recursos, a un amparo total y general del medio ambiente y la naturaleza.

Con el fin de entender el alcance de la protección al medio ambiente que estos artículos determinan, es necesario establecer lo que un interés significa en el ámbito jurídico- normativo.

Cuando hablamos de interés, nos referimos a una categoría subjetiva, en tanto que determina la acción de los individuos en su quehacer social. Así, de conformidad con las acepciones contenidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el interés se define como “la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración” Esta definición, implica esa naturaleza subjetiva de apreciación del individuo entorno al interés, que se da en la estructura psicológica respecto de un algo, esto es, existe una inclinación hacia un objeto que estimamos, individualmente, valioso o que nos importa. No obstante, a pesar de que el interés se proyecta con mayor énfasis en lo individual, no es excluyente su aplicación en el ámbito de lo colectivo. El propio Diccionario de la Lengua Española, nos refiere al interés colectivo como: “Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”. Con estas definiciones podemos a priori ubicar que el interés se concibe como una cuestión subyacente en la relación de varios individuos en sociedad que, primero en lo individual y después en conjunto, determinan respecto de una situación de orden moral o respecto de un bien material como idóneos para satisfacer una exigencia o para colmar una carencia o necesidad.

Como se sabe, estas necesidades o exigencias no siempre adquieren una relevancia jurídica que puedan convertir al interés en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. La ciencia del Derecho regula la alteridad de los individuos en sociedad y reconoce, protege y garantiza el goce y ejercicio de los derechos subjetivos de las personas los cuales son facultades o prerrogativas que necesariamente deben significar una relación trascendente en sociedad que los ubique en posición de una situación jurídica. Es decir, no todo interés de los individuos o la colectividad es jurídico y por tanto protegido por el ordenamiento positivo ya que existen también intereses

religiosos, morales, políticos, económicos, culturales que no siempre serán jurídicos.

En virtud de esta consideración, es un interés jurídico relevante aquel que el legislador constituyente o el legislador ordinario, han valorado como tal y por tanto se ha protegido mediante normas sustantivas o adjetivas positivas. Intereses que mediante un ejercicio axiológico y sociológico se los jerarquiza y consagra como derechos susceptibles de tutela por parte del Estado.

Ahora bien, los intereses que el legislador ha calificado como bien jurídico o derecho en cuanto sea difuso o colectivo, siempre será un interés general en el primer caso y colectivo en el segundo. Este carácter plural sin embargo, no siempre precisa que el interés general ora el colectivo sea público aunque las tres clases de interés siempre denotan e implican la búsqueda de solidaridad social, de un consenso, el ir más allá de las opciones y de los conflictos.

El interés colectivo se refiere a comunidades unificadas, más o menos determinables en cuanto a sus componentes, esto es, se determina en función de la inclinación en su satisfacción de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, percibido de manera unificada, por tener dicho grupo características y aspiraciones comunes.

Un interés colectivo por tanto puede ser representado y pretendido por un comunidad unida por lazos arraigados e intrínsecos como el pueblo indígena, o por un grupo humano unificado para conseguir un fin como una asociación o una asamblea de ciudadanos, etcétera. El interés difuso por su parte, al igual que los derechos de este tipo, son fines que pretenden un grupo mayor de población, indeterminado, cuya protección y respeto beneficia no solo a una persona o colectividad determinada, sino a todos los individuos que se pretenden asistidos por el mismo, en cuanto es homogéneo e indivisible y por tanto procuran su defensa y protección. En otras palabras, el interés difuso que también puede ser un interés colectivo o individual con sus particularidades, constituye el género del interés y los demás son las especies del mismo. En Ecuador es un interés difuso y por tanto pertenece a todos los ecuatorianos, el cuidado del medio ambiente. La Ley de Gestión Ambiental en su glosario de definiciones manifiesta claramente las características de homogeneidad e indivisibilidad del interés difuso: “Interés Difuso.- Son los intereses homogéneos y de naturaleza indivisible, cuyas titulares son grupos indeterminados de individuos ligados por circunstancias comunes.”

En cuanto al interés general podemos decir que es aquel que une a un grupo de personas totalmente amplio que buscan alcanzar un fin específico y propio de ese grupo y por tanto esa necesidad o exigencia trasciende y prevalece sobre el interés individual y de colectividades menores. En este sentido se puede decir, que es interés general del Estado ecuatoriano su soberanía, desarrollo, erradicación de la pobreza y cuidado y protección del medio ambiente. El interés general por tanto no solo ocupa al Estado y sus

instituciones, sino también a los ciudadanos que formamos parte de esta forma de organización social. En este sentido el interés colectivo propiamente dicho no tendría la calidad de general pues el vínculo que agrupa a individuos alrededor de un interés colectivo, puede ser ora lazos intrínsecos de la misma o un fin común de una colectividad determina. En el primer caso estamos frente al interés de una comunidad indígena o pueblo ancestral cuya cultura, historia, nación los une y define con sus particularidades, prácticas, usos, costumbre e intereses propios. En el segundo caso podemos ubicar a colectividades unidas por aspectos más bien precarios pero que a su vez poseen ciertos rasgos característicos, fines e intereses comunes entre sí, que los unen, por ejemplo los abogados, los gremios, los homosexuales, etcétera. El interés público por su parte constituye finalidades concretas que deben realizar los entes públicos, en beneficio de la sociedad y que forman parte de su potestad de regulación, ordenamiento y control social. El interés público puede no ser general, e incluso tener la característica de sectorial, pero al igual que el interés general siempre es oponible y preeminente al interés privado.

Este interés público debe ser precedido de un deber jurídico expresado en una norma que dará sustento a la actuación pública que debe obedecer al principio de legalidad. De esta forma, cuando un interés público se fundamente en un deber como el del Estado de proteger su patrimonio natural, su cumplimiento no solo es obligatorio, sino exigible y los medios que se destinen a su consecución, mientras se ajusten a derecho, siempre serán legítimos y motivados.

En este contexto, la declaración de los artículos 14 y 400 de la Constitución impone una obligación del Estado de satisfacer un interés público y además general, a pesar que el texto Constitucional en los artículos citados prescriba de forma literal un interés público y no general, no obstante considero que en virtud que la protección del ambiente es un deber y fin del Estado, su protección debe ser lo más amplia posible y por tanto la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, no solo forman parte de la política y actividad pública de las instituciones del Estado, sino también, un deber ciudadano determinado en la propia Constitución.

Finalmente, las acciones que ejecuten los entes públicos amparadas en el ordenamiento jurídico, que puedan conculcar intereses privados o colectivos pero que beneficien al interés general y público de conservación de la biodiversidad, justificarán siempre la invocación de interés público que se haga, por así manifestarlo nuestra norma Suprema. Es decir, el espíritu de la norma constitucional es legitimar las acciones de las entidades públicas que puedan limitar derechos de particulares, pero que en virtud de un interés público de protección del medio ambiente, beneficien a su conservación y protección.

3.2.7 Mecanismos no contaminables de producción

El artículo 408 de la Constitución de la República establece la obligación del Estado de garantizar que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

Esta garantía irreductiblemente tiene relación al uso de tecnologías limpias en actividades productivas contaminantes como es el caso de la hidrocarbúfera. Pero su alcance no se agota en este uso, sino, los mecanismos tienen que ver también con la acción gubernamental administrativa y reguladora que obliguen a los actores de las actividades productivas, de consumo y uso de recursos, a preservar el medio ambiente. En otras palabras, la norma impone al Estado ejercer un control que permite priorizar el cuidado del medio ambiente en cuanto sea posible, en las actividades mencionadas que forman parte del desarrollo económico del país. Jurídicamente, los principios preventivos y de precaución son los lazos unidos a esta disposición constitucional.

Es importante destacar, que la norma constitucional adquiere mayor relevancia en las actividades extractivas, productivas, almacenadores, de transporte y comercialización de recursos no renovables como es el caso del petróleo, en cuanto la ejecución y desarrollo de estas actividades son las que causan más impacto ambiental y por tanto deben someterse a controles más exhaustos de calidad y a mayores requisitos para poder proceder a su actividad.

El uso de mecanismos técnicos no contaminables de producción, el cumplimiento de mecanismos normativos de prevención de la contaminación, los procedimientos de control sobre las actividades que suponen un alto riesgo de impacto ambiental establecidos en normas como el Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarbúferas en el Ecuador, están orientados a la prevención de las causas de contaminación desde el momento previo a la puesta en marcha misma de la actividad riesgosa, logrando beneficios, tales como ayudar a prevenir ciertas situaciones que serían capaces de causar problemas al medio ambiente, a los miembros de la comunidad, como a las personas involucradas en la actividad contaminante en sí.

Nuestra legislación, contempla ciertos mecanismos y requisitos tendientes a preservar el ambiente bajo un criterio ex ante como los planes y estudios de impacto ambiental, o instrumentos administrativos como la licencia ambiental la cual es otorgada siempre que se cumplan exigencias impuestas por el Estado a los ejecutores de las actividades de riesgo contaminante. En fase de ejecución, las auditorías ambientales, los límites máximos permitidos, el manejo de residuos sólidos peligrosos y no peligrosos, los eco etiquetados, las certificaciones ISO, las normas INEN, manejo de productos químicos, control

de emisiones, permisos de funcionamiento, etcétera, constituyen las herramientas a través de las cuales se puede mitigar los impactos ambientales. Lo que se busca con el cumplimiento y observancia de todos estos mecanismos, es cuantificar y cualificar parámetros en base a los cuales se debe desenvolver una actividad.

La Ley de Gestión Ambiental, recoge estos instrumentos y determina otros que permitan la aplicación efectiva de las normas ambientales garantistas de una naturaleza impoluta y un medio ambiente ecológicamente equilibra y sano, en sus artículos 33, 34 y 35.

Entre estos instrumentos, se encuentran además las contribuciones y multas destinadas a la protección ambiental y uso sustentable de los recursos naturales, así como los seguros de riesgo y sistemas de depósito, los mismos que podrán ser utilizados para incentivar acciones favorables a la protección ambiental.

La ley *Ibídem* además premia a los actores productivos que cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias mediante incentivos económicos para las actividades productivas que se enmarquen en la protección del medio ambiente y el manejo sustentable de los recursos naturales.

El Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador, establece incluso un fondo de rehabilitación ambiental como mecanismo de recuperación de los sectores contaminados por esta actividad. Artículo 18:

Los ingresos provenientes de la comercialización del crudo intemperizado, esto es los hidrocarburos sujetos a procesos de degradación natural provenientes de piscinas, derrames y otros procesos de recuperación relacionados con actividades de remediación medio ambiental, que una vez tratado se reinyecte a un oleoducto principal, constituirán el Fondo de Rehabilitación Ambiental que será distribuido según lo dispone el Acuerdo Ministerial No. 081 publicado en el Registro Oficial No. 199 del 21 de Noviembre de 1997, cuyo objeto será cubrir los costos de las actividades de remediación ambiental en el sector hidrocarburífero, los gastos de fiscalización, control y análisis físico-químicos de laboratorio, realizados u ordenados por parte de la Subsecretaría de Protección Ambiental, así como su fortalecimiento institucional.

Pero sin lugar a dudas, lo que la norma constitucional pretende alcanzar e imponer, es la preservación de los recursos naturales mediante el uso de tecnologías limpias, como bien lo estipula el artículo 15 de la Ley Suprema inciso primero: El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto.

Las tecnologías limpias reducen el costo que las externalidades relacionadas con el medio ambiente representan en una actividad productiva, es decir las

industrias que realicen un adecuado programa de prevención de la contaminación mediante la utilización de tecnologías limpias, podrán evitar que se incrementen los costos por la erradicación de los desechos, elevar su eficiencia industrial, mantener o aumentar su nivel de competitividad, mejorar las condiciones ambientales y del lugar de trabajo, asegurar su seguridad y la de su comunidad y mantener una adecuada y correcta imagen corporativa cumpliendo de este modo con el imperativo constitucional del artículo 408.

En definitiva con la tecnología limpia lo que se alcanza es que al ser aplicada no se altere el equilibrio ecológico, se conserve y maneje los recursos naturales sosteniblemente y se reduzca la contaminación a parámetros razonables que permitan que el desarrollo de las actividades productivas sean beneficiosas tanto económica como socio-ambientalmente.

3.2.8 Recursos naturales no renovables como Patrimonio inalienable e imprescriptibles del Estado

Los recursos no renovables como se dijo, son aquellos cuya tasa de regeneración en el tiempo requiere el transcurso de millones de años y por tanto se consumen definitivamente al momento de su uso. Generalmente se producen en el subsuelo y su extracción y aprovechamiento requiere de procesos productivos costosos compensados por su valor comercial cuando concurren al mercado como productos finales.

El aprovechamiento de estos recursos debe estar orientado a la modificación de patrones y de consumo, a efectos de no malgastarlos y de ser posible reaprovecharlos (reciclarlos o reutilizarlos). Dentro de este tipo de recursos los hay reutilizables como los metales recuperables; y también no reutilizables como los minerales de roca, los combustibles fósiles, las fuentes geotérmicas y los metales no recuperables. El uso no sostenible de los combustibles fósiles no solo afecta al agotamiento de la fuente productora, sino a su vez, tienen lugar a una serie de efectos en la biosfera como son el calentamiento global y la lluvia ácida que obedecen, en gran medida, a la quema de estos combustibles.

Estos recursos, que son parte de los recursos naturales del Estado, son patrimonio inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, es decir, de todos. El artículo 408 de la Constitución de la República los consagra como tal al prescribir que son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, los recursos naturales no renovables, y en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zona marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. La norma además determina que la explotación de estos bienes procederá sólo en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la propia Constitución, por lo que en

defensa del medio ambiente y la naturaleza, tendríamos legitimación para exigir el cumplimiento de la protección ambiental constitucional, incluso antes de la ejecución de la actividad, si existe una presunción fundada, de que se violan principios como el preventivo o precautorio por citar un ejemplo.

Ahora bien, el alcance de esta propiedad exclusiva del Estado sobre su patrimonio natural no renovable, contiene varias cuestiones:

Primero, que la propiedad, usufructo, uso y goce de estos recursos corresponde únicamente al Estado, quien ostenta el dominio de los mismos. No se puede trasladar ni transmitir mediante sucesión (criterios civilistas) o ceder su soberanía (propiedad) bajo ninguna circunstancia ni concepto. Tampoco pueden acceder estos recursos a territorio extranjero o ser reclamados por ocupación.

Segundo, el usufructo de los mismos corresponde al Estado, quien los puede compartir pero nunca renunciar ni ceder o transferir y siempre según las condiciones que en base a su imperio, imponga. De este modo, dado que las actividades para su extracción requieren de grandes inversiones que no pueden ser financiadas por el mismo Estado, se puede contratar la extracción y refinación de los mismos pero siempre y cuando los beneficios de este aprovechamiento por parte de las empresas que explota los recursos, no sea en ningún caso superior al del Estado. En la actualidad por ejemplo, las empresas dedicadas a la extracción hidrocarburífera, mantienen relación con el Estado, en virtud de un contrato de prestación de servicios y no de participación, con lo cual se pretende que el beneficio mayoritario de la explotación de estos recursos, incrementa prioritariamente el erario nacional y no únicamente el patrimonio privado de las empresas inversoras.

Tercero, que el Estado tiene plena facultad para terminar unilateralmente el contrato o revocar la concesión de explotación de los recursos no renovables, si no se cumple y reitera en infracciones a los principios ambientales establecidos en la Constitución, ley y reglamentos; y tiene además, plena facultad para exigir su cumplimiento, ejercer control y auditar económica, administrativa y ambientalmente a las empresas con las que contrató o a las que concesionó, en observancia a lo dispuesto en la Ley de Hidrocarburos artículo 74.

La calidad de inalienable, imprescriptible e inembargables de este patrimonio otorga un grado de protección incluso más alto.

El patrimonio del Estado es una emanación misma de su personalidad, constituye una universalidad que abarca no solo los bienes adquiridos, sino también en potencia los bienes a adquirir en el futuro. Este conjunto de bienes están sometidos a una supremacía única sobre los mismos, sin respecto a otro determinado Estado, u organización internacional. Es decir, al Estado no se lo puede despojar de su patrimonio, porque es parte de su ser mismo, tampoco se lo puede desconocer o apropiar, y en consecuencia solo el propio Estado

impera sobre su propio patrimonio, el cual además forma un todo, compuesto pero indivisible. El entendimiento de que los recursos no renovables, son patrimonio del Estado, es esencial para dilucidar las características que el legislador Constituyente les ha otorgado:

Inalienabilidad: Esta calidad de los recursos no renovables, concede plena soberanía sobre los mismos al Estado, respecto a terceros Estados, personas naturales o jurídicas extranjeras e internacionales, e incluso sobre sus propios asociados quienes no pueden reclamar para suyo la propiedad de los mismos. La inalienabilidad es una característica que impone al dominio del Estado, la prohibición de renunciar los bienes que conforman su patrimonio. Los recursos no renovables no pueden por tanto ser extraídos del patrimonio del Estado, sino que pertenecen irreductiblemente a él, pero a su vez su afectación o destino debe obedecer a intereses que favorezcan el bienestar general de los ciudadanos del Estado. Esta característica además, protege a los recursos naturales, no solo de una apropiación indebida por parte de terceros ajenos al Estado, sino que establece un régimen de prohibiciones para los funcionarios públicos que a través de sus actos o contratos vulneren soterrada o manifiestamente la propiedad que sobre este patrimonio tiene el Estado, y garantiza que esos actos serán considerados como nulos.

Imprescriptibilidad: La prescripción puede ser considerada bajo dos aspectos que el derecho civil ha desarrollado: como medio de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído dichas cosas durante cierto tiempo y verificándose que ese hecho (la posesión) cumpla con los requisitos legales; y como modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto tiempo determinado en el ordenamiento jurídico. La Norma Suprema lo que garantiza en el tema de los recursos naturales no renovables, es que ninguna persona nacional o extranjera, natural o jurídica, u organización internacional o Estado ajeno, pueda alegar, en base a la posesión de un recurso natural no renovable, o del territorio donde se encuentra, prescripción adquisitiva de dominio sobre el mismo. La propiedad de estos recursos siempre pertenecerá al Estado y ni aún el transcurso del tiempo puede despojar de su propiedad a éste.

Pero la imprescriptibilidad de estos recursos se refiere únicamente a esta limitación de adquirir el dominio de los mismos por verificarse el hecho de la posesión, ya que en cuanto al modo de extinguir acciones o derechos, no puede verificarse debido a que sería contrario a un orden donde impere la seguridad jurídica. Es decir, el Estado, dependiendo de la jurisdicción a la cual someta su controversia, siempre deberá actuar en base a las normas procesales que determinen la extinción de las acciones, cuando someta un pleito que involucre recursos no renovables.

Criterio que la norma Constitucional lo determina con claridad, al determinar únicamente que la propiedad, es decir su derecho de dominio, soberanía, del Estado, es imprescriptible sobre los recursos no renovables.

Inembargables: El embargo es una medida judicial coercitiva (apremio real) mediante la cual se despoja de un bien a una persona a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria. En derecho civil en base al principio general de prenda, todos los bienes del patrimonio de una persona que la ley no prohíba como tal, son susceptibles de embargo. El Código de Procedimiento Civil prevé al crédito, bienes inmuebles, o muebles como objetos de embargo.

La calidad de inembargable de un bien la determina el ordenamiento jurídico que puede tanto detallar expresamente un bien como inembargable, o a su vez establecer circunstancias que los convierta en tal. Así, en general son inembargables los bienes de dominio público como las riveras, los ríos, los nevados, las carreteras, el espacio aéreo, etcétera que pertenecen a todos los habitantes de la nación y por ende su uso beneficia a todos. Los recursos no renovables que forman parte del subsuelo y por tanto constituyen un bien de dominio público también gozan de esta característica de inembargables.

La disposición constitucional lo que busca con esta declaración, es proteger nuestros recursos no renovables (sobre todo hidrocarburíferos y mineros) de medidas judiciales o arbitrales que puedan comprometer la propiedad del Estado sobre los mismos, o peor aún su permanencia como parte del patrimonio del Estado. Es decir, en un virtud de un proceso internacional de arbitraje, ora contencioso administrativo, o constitucional, etcétera, sometido a nuestra jurisdicción en contra del Estado, que tenga como objeto de la litis una obligación de carácter patrimonial, pecuniario o crediticio; bajo ningún concepto la autoridad arbitral o judicial podría dictar el embargo de recursos no renovables, a fin de garantizar el cumplimiento de dicha obligación, dado la protección y calidad de inembargable que el artículo 408 otorga a los mismos.

3.2.9 Expropiación de bienes como medida de manejo sustentable del medio ambiente

La potestad de imperio que ostenta el Estado, como forma de organización social sometida a un poder público que regula las relaciones de los individuos que voluntariamente han cedido facultades y libertades a fin de concretar una convivencia social justa, solidaria, libre y organizada, permite a la autoridad expresar su gestión gubernamental mediante actividades como el servicio público o construcción de obras públicas que benefician a los ciudadanos, y a su vez, forman parte de políticas de desarrollo orientadas a satisfacer las exigencias impuestas por los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Como parte de esta potestad, y en base al paradigma del bien común y bienestar social, la expropiación surge como una facultad de la autoridad

para limitar el derecho individual de propiedad, a fin de salvaguardar el efectivo goce de los derechos asistidos a la colectividad.

Nuestra Norma Suprema en su artículo 323, en base a este criterio de protección de un fin superior, ha previsto la facultad del Estado, con el objeto de ejecutar planes de manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Así, la expropiación es una institución jurídica más, tendiente a la protección y manejo sustentable del medio ambiente.

En nuestro país, la expropiación es regulada en varios cuerpos normativos entre los que se encuentra la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Código de Procedimiento Civil, Ley de Aguas, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Ley de Hidrocarburos, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, etcétera. La referencia a estas normas legales se debe a que las instituciones del Estado, no ostentan la facultad genérica para expropiar a pesar que la Constitución en el artículo 323 manifieste que la potestad es del Estado. De hecho, esta competencia de expropiación debe estar conferida de forma expresa en la ley, en concordancia al artículo constitucional que hemos señalado que dispone que la expropiación se realizará de acuerdo a la ley. De este modo, la facultad no puede estar conferida en un reglamento, en virtud de lo cual se debe respetar la reserva de ley de atribuir esta capacidad de expropiar. Las normas secundarias lo que podrían regular procedimientos de manera complementaria a lo descrito en la ley.

La expropiación es según Dromi, el “instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única”

Esta definición tiene elementos de la prescripción constitucional la cual también considera que la indemnización se realizará previa a una justa valoración del bien, aspecto que analizaremos más adelante.

La declaratoria de expropiación es un acto administrativo que resulta de un procedimiento de igual naturaleza emanado de la institución expropiante. Como acto administrativo, es susceptible de ser impugnado en sede jurisdiccional contenciosa-administrativa no obstante de que el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo prohíba, lo que contraviene la disposición constitucional del artículo 76 número 7 letra m) que concede y garantiza el derecho de las personas en defensa de sus derechos de recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. Al versar la expropiación sobre un derecho

fundamental como la propiedad, y ser un acto que emana de un procedimiento administrativo de actos interlocutorios y que se expresa en una resolución o manifestación de la voluntad administrativa de igual naturaleza; considero que es impugnabile en sede administrativa. Aspecto importante cuando comparamos esta institución con las limitaciones puras del derecho público a los derechos las cuales son de naturaleza general, como por ejemplo la restricción de circulación en áreas protegidas o zonas de seguridad nacional; mientras que la expropiación es un acto singular y concreto aunque puede también ser plural pero siempre a sujetos determinados. Las limitaciones, no obstante, al ser expresadas en declaraciones que constituyen acto administrativo o normativo son susceptibles de recursos subjetivo de plena jurisdicción u objetivo de anulación, además de los métodos de control constitucional determinados en el Código Político.

Ahora bien, la constitución determina dos aspectos fundamentales que componen la expropiación: la utilidad pública y/o el interés social.

La utilidad pública es una noción estrechamente vinculada con la obra pública y el servicio público. Existe utilidad pública cuando el Estado pretende ya sea la construcción, mejoramiento o modificación de una obra pública o la renovación material, mejoramiento o inserción de una actividad de servicio público. Esto limita a la expropiación a la esfera de los bienes inmuebles ya que los bienes muebles, al menos en el caso de ser fungibles pueden ser adquiridos según las modalidades contractuales previstas en la ley para tal efecto.

El interés social por su parte, es una ampliación al concepto de utilidad pública mediante el cual se contemplan otros aspectos sociales, económicos, culturales y por supuesto ambientales, que orientan la finalidad de la expropiación hacia un horizonte un tanto intangible con respecto a lo palpable de una obra o un servicio público (por establecer una analogía con la utilidad pública).

No existe en la legislación una definición puntual sobre utilidad pública e interés social, a pesar que en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Ley de Hidrocarburos (por citar dos normas, la una de carácter general y la otra especial relacionada con nuestro estudio) existen referencias a los términos que analizamos. El artículo 4 de la segunda ley citada, prescribe como utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención, transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la Ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria.

En materia ambiental, la Ley de Gestión Ambiental no contempla la institución de la expropiación, sin embargo, normas especiales según la

materia como la Ley de Aguas si lo hacen. Es importante en este punto destacar, que en materia del medio ambiente, se persigue un interés general, social, al procurar la protección y conservación del medio ambiente, por tanto la justificación más común del fin de la expropiación es en efecto este interés social, aunque se pueden dar también casos en que el fin sea una obra o servicio público. Pero además con miras a la protección del medio ambiente y naturaleza, pueden acaecer casos en los cuales la expropiación no sea un acto administrativo negociado o indemnizado, sino, un acto sancionatorio por incumplir normas ambientales que mitiguen la contaminación o la erradiquen. En estos casos, la expropiación procede siempre y cuando exista una resolución motivada (como en todo caso de expropiación) que justifique el acto evitando así cualquier intento de arbitrariedad o liberalidad de la administración.

Ahora bien, los bienes que son expropiables generalmente son los bienes inmuebles, como se manifiesta la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 58 que exclusivamente regula la expropiación de bienes de esta naturaleza. Los bienes muebles como se dijo tienen su propio régimen jurídico de adquisición determinado en la misma ley, incluso para aquellos únicos en el mercado o de único proveedor que se deben adquirir según la Ley y el Reglamento de Contratación Pública. No obstante, en materia ambiental se puede considerar que por representar un interés social su conservación y preservación, se podría expropiar toda clase de bienes y derechos con excepción de aquellos de índole personal (derechos fundamentales y personales), en el evento que el particular no acceda a transferir su dominio a favor del Estado, siguiendo los procedimientos contractuales determinados en la ley. De hecho un antecedente de expropiación de bienes muebles encontramos en la Ley de Patrimonio Cultural en lo relativo a bienes patrimoniales arqueológicos o coloniales por citar unos ejemplos.

Por otra parte, el sujeto pasivo de la expropiación es el titular del dominio sobre el bien expropiado, y, el sujeto activo de la expropiación, como se sabe, es el Estado a través de sus instituciones, que pueden ejercer esta atribución a favor suyo propiamente o a favor de terceros. Esta facultad la ostenta por ejemplo el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, de acuerdo a la Ley de Hidrocarburos:

Art. 91 A petición de una empresa contratista o de PETROECUADOR, podrá el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, expropiar a favor de PETROECUADOR, para que ésta ceda su uso a la empresa interesada, terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de PETROECUADOR.

Los requisitos para la expropiación por parte del Estado son los siguientes:

- El carácter de “utilidad pública” o de “interés social (declaratoria genérica)
- La atribución de expropiar
- La competencia para la declaratoria
- La declaratoria para el caso concreto expedida por el órgano competente (declaratoria específica)

La autoridad competente para declarar utilidad pública o interés social es la máxima autoridad de la entidad que hace uso de esta institución jurídica. Esta declaración debe ser motivada como todo acto administrativo, motivación en la que debe constar el fin y el proyecto específico que se beneficiará del acto expropiatorio. Esta declaratoria puede además ser revocada a discreción de la misma entidad cuando sea nociva para el ciudadano.

El precio de avalúo del bien puede ser determinado ya sea mediante arreglo directo con la entidad o mediante juicio expropiatorio ante juez civil y al tenor de las disposiciones de la ley civil adjetiva.

La Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 58 determina que perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social (requisito de procedibilidad para la negociación indispensable e insoslayable), se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa (90) días. Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona. El precio que se convenga no podrá exceder del diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

Por el contrario, si no se negocia un precio, el Código de Procedimiento Civil regula el juicio expropiatorio. En este no se decidirá cuestiones como el acto administrativo, la motivación, el fin, la utilidad pública o interés social, sino solo el precio del bien y de ser el caso, reclamos de terceros interesados (acreedores, arrendatarios, etc.), ya que los demás aspectos son de competencia del Tribunal Contencioso Administrativo.

Este juicio de expropiación se lo tramita ante el juez civil competente en razón del territorio donde se encuentra el bien, y es necesario que la institución pública que pretende expropiar el bien, consigne el valor del avalúo del bien, caso contrario de no hacerlo en el plazo de tres meses desde la última notificación, el juez a petición de parte declarará sin lugar la expropiación.

Entre la negociación y el juicio se debe observar la disposición de la norma constitucional respecto a determinar un valor justo al bien para lo cual se deben considerar el daño emergente, el lucro cesante (ya que es una indemnización según el art. 323 de la Constitución), y valores abstractos

como la proyección de utilidad del bien, relación histórica del propietario etcétera siempre sin exceder los límites de la racionalidad y sana crítica que en todo caso determinarán las partes en el caso de negociación, o el juez en el caso de juicio.

Finalmente, el artículo 804 del Código de Procedimiento Civil contempla la institución de retrocesión en virtud de la cual si la cosa expropiada no se destina al objeto que motivó la expropiación o en su defecto se destina a la consecución de un diferente objeto del previsto originalmente; ó no se iniciaren los trabajos dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y a través del mismo proceso judicial (el valor que debe ser establecido se lo determinará según el poder adquisitivo que significaba a la época de expropiación el monto fijado para tal efecto).

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE Y NATURALEZA

Resulta imprescindible dentro de la presente investigación realizar un análisis en el marco del Derecho Comparado, sobre el tratamiento que diferentes Constituciones otorgan a la protección al Medio Ambiente y la Naturaleza.

Y es precisamente la protección del ambiente uno de los objetivos que ha tenido mucho protagonismo en los últimos tiempos por parte de los Estados. Este interés se ha logrado plasmar en las distintas Constituciones y por ende en las disposiciones legales internas, que buscan en función de los informes científicos que demuestran el enorme impacto que han provocado sobre el ambiente las actividades de desarrollo económico y el debate alrededor de la necesidad de buscar alternativas que modifiquen la dinámica del desarrollo interno de los países, de tal forma que se controle la contaminación a gran escala que está provocando la explotación de recursos naturales no renovables y su utilización indiscriminada.

En algunos países se ha producido la discusión acerca de la necesidad de que el Estado se involucre directa, responsable y solidariamente en la protección del ambiente. Dicha requisitoria a una intervención estatal suele estar planteada desde la perspectiva del ambiente como un derecho humano. Esta perspectiva es fundamental, ya que conecta directamente el concepto de Estado Democrático de Derecho con la noción de derechos humanos, siendo aquél el Estado donde rigen estos derechos y donde toda la acción estatal termina realizándolos.

La lucha por el reconocimiento del ambiente como un derecho humano tiene una historia de unos 25 años, periodo en el que la doctrina especializada ha venido propugnando su reconocimiento en los ámbitos nacional e internacional, lo cual ha encontrado un escollo proveniente, principalmente, de la dificultad de definir el carácter de tal derecho.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece claramente que “toda persona tiene el derecho a un nivel adecuado de vida que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, establece, directamente, el carácter del ambiente como un requisito indispensable para el adecuado desarrollo de la persona. La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, de Estocolmo-1972, establece que es un derecho del hombre gozar de las “condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”. Como contrapartida a este derecho, la misma Declaración reconoce el “deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”. En la Reunión Mundial de Limoges, de 1990, se

recomendó que el derecho del hombre al ambiente fuera reconocido a nivel nacional e internacional y que los Estados tengan el deber de garantizarlo. La Carta de Derechos Ambientales y Obligaciones de Individuos, Grupos y Organizaciones, adoptada en Ginebra en 1991, se manifiesta en el mismo sentido: “Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un ambiente adecuado para su salud y bienestar y la responsabilidad de protegerlo para el beneficio de la presente y de futuras generaciones”. La Cumbre de Río de Janeiro, de 1992, consolidó la evolución de este derecho al señalar que todos los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. En la Declaración de Vizcaya (Bilbao; Seminario Internacional sobre Derecho al Ambiente; 1999) se deja clara la condición de derecho humano que tiene el ambiente, indicándose que se relaciona con el respeto a la dignidad de todo ser humano; se ratifica el derecho a un ambiente sano y equilibrado y la responsabilidad pública y de organizaciones internacionales de protegerlo, velando por el uso racional de los recursos naturales y el impulso de modelos de producción y uso que conduzcan a un desarrollo sustentable; se subraya la necesidad de transparencia de todos los procesos de toma de decisión en ámbitos públicos en temas ambientales (reconocimiento del derecho a la participación, al acceso a la información y el derecho a la información).

En el derecho comparado puede notarse que ya muchos países han reconocido el derecho fundamental al ambiente, aun cuando en muchos casos no se trata de un reconocimiento directo en la Constitución, sino de un desarrollo jurisprudencial que construye esta protección constitucional -como en Italia-; o sea, se reconoce el derecho al ambiente a partir de otros derechos constitucionales ya establecidos en el texto, lo que le deja un simple carácter subsidiario.

La Constitución Política de la República Federal de Alemania hasta 1994 tampoco reconocía directamente un derecho fundamental al ambiente; en esa fecha, mediante una enmienda constitucional basada en la jurisprudencia, se estableció el deber del estado de proteger las condiciones naturales indispensables para la vida como parte de su responsabilidad con las generaciones futuras. En Europa destaca, especialmente, el reconocimiento constitucional al ambiente que se hace en la Constitución de Portugal de 1976, donde se estipula el deber del estado de proteger los derechos fundamentales. Establece que es un requisito para la protección de la herencia cultural de los portugueses defender la naturaleza y el ambiente, así como la preservación de los recursos naturales.

La Constitución de Brasil de 1988 establece otro hito fundamental: no solo varios de sus artículos se refieren a un ambiente adecuado sino que el 225 proclama que el ambiente es un derecho perteneciente a las generaciones

presentes y futuras y establece la “evaluación de impacto ambiente como algo con carácter obligatorio.”

En Costa Rica, en 1994 fue reformado el artículo 50 de la Constitución Política para que incluyera el derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado, el cual era, por así decirlo, un paradigma en la discusión ambiental en Occidente, paradigma que partía, falsamente, de que las relaciones ecosistémicas son equilibradas y de que la relación del humano con la naturaleza, entonces, también debía serlo. El derecho a un ambiente sano y equilibrado fue un importante paso en el reconocimiento de lo ecológico como un importante aspecto del desarrollo constitucional de los derechos de las personas en Costa Rica y en el mundo, pero era un primer paso muy limitado, ya que otras interacciones, sobre todo de carácter económico, estaban quedando fuera del lente del legislador constituyente y del legislador ordinario.

Por lo anterior, el proyecto de reforma constitucional que presentó el ex Presidente Costarricense, Abel Pacheco, al Congreso contemplaba en su artículo 75 un reconocimiento amplio de un derecho humano a un ambiente físico, biológico, cultural, económico, social y humano ecológicamente sostenible. Esto es el reconocimiento de los diversos factores que están profundamente interrelacionados en los conflictos ambientales. No se trata solo de las interacciones entre las especies y los ecosistemas, sino también de las cuestiones culturales y físicas, que tienen un papel trascendental en la comprensión de los problemas relacionados con la conservación del ambiente y en generar prácticas para un desarrollo ambiental sostenible.

La dificultad para el reconocimiento de un derecho constitucional al ambiente radica, especialmente, en la confusión entre el reconocimiento del derecho y la necesidad de su protección. En efecto, una cosa es reconocer el derecho y otra proveer para su efectiva realización y protección.

Los parámetros son tan complejos como el mismo objeto de la protección. La ecología ha advertido que el ambiente no es algo equilibrado, sino que en éste constantemente se producen interacciones incontrolables desequilibrantes, y que, entonces, es mucho más razonable pensar en términos de sostenibilidad de los procesos que de equilibrio. El reconocimiento del derecho fundamental al ambiente no puede ser, pues, a un ambiente equilibrado sino a uno sostenible, y su sentido debe ser preservar la vida y las condiciones en que ésta se haga posible, abarcando la vida de otros seres y las condiciones en que otros derechos se realizan; en suma, se trata de un verdadero estado ambiental, como una superación del estado social.

El Estado que protege el ambiente no puede ser un Estado que actúa únicamente reconociendo el derecho, sino que debe tener una actividad consistente para su tutela. Junto a este carácter positivo y activo del estado de velar por las condiciones de mantenimiento del ambiente, existe un

componente de solidaridad ineludible, que es precisamente uno de los contenidos de la expresión, universalmente aceptada, de desarrollo sostenible. El concepto de sostenibilidad alude a un tipo de desarrollo que satisface y cubre las necesidades de hoy sin poner en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Un desarrollo de tal naturaleza presupone que habrá que encontrar equilibrio entre tres diversos polos o perspectivas: intereses ecológicos, intereses sociales e intereses económicos. La protección del ambiente, la solidaridad y la eficiencia económica son, en otras palabras, las tres más importantes dimensiones del concepto de sostenibilidad. Por supuesto que encontrar un equilibrio entre ellas es muy difícil y muchas medidas individualizadas de los poderes públicos difícilmente podrán tomarlas en cuenta siempre. Sin embargo, resulta decisivo para este proyecto de implementar el en rango constitucional el concepto de desarrollo sostenible que esto se persiga como una política estatal y privada. La observancia del concepto de desarrollo sostenible hace que las máximas constitucionales no sean meramente declarativas sino que tengan un sentido práctico inmediato. Por ejemplo, cualquier medida legislativa que no tome en cuenta la realización de esta sostenibilidad o que no imponga el deber de una adecuada y efectiva política de gestión ambiental, podría ser considerada inconstitucional.

Los países deben adoptar como un interés público prevalente el aire, el agua, el subsuelo, el suelo, la diversidad biológica y sus componentes, así como sobre los hidrocarburos, los minerales, los recursos energéticos, costeros, marinos, el mar patrimonial, la zona marítima de exclusión económica y las áreas protegidas de la nación. Así, se pudiera alcanzar en base a prescripciones constitucionales ampliar la dimensión de tutela, pasando del reconocimiento de un derecho fundamental del ambiente a un deber del Estado de proteger de manera sostenible todos los recursos con los que cuenta el país. Este deber se extiende, también a todos los habitantes.

No es posible impulsar un reconocimiento de esta magnitud si no se toma en cuenta importantes actividades científicas dirigidas a utilizar el patrimonio bioquímico y genético. Estos recursos deben explotarse respetando las reglas de una efectiva gestión ambiental, que no es precisamente un concepto jurídico indeterminado, sino todo un conocimiento técnico y científico que puede abrir las puertas a un mejor uso de esos recursos y a disminuir los impactos negativos en el ambiente.

La ética de un mejor uso del ambiente no puede alcanzarse solo con políticas públicas y con la asunción de deberes y responsabilidades de todos aquellos que intervienen en la explotación del ambiente; también resulta indispensable la educación de las generaciones por venir, para que ellas comprendan la magnitud de la tarea que se está asumiendo.

A partir del año 1994 tomaron fuerza las reformas constitucionales en los países que suscribieron la Declaración de Río de Janeiro de 1992. En este sentido fue importante que los países empezaran por reconocer la existencia de un derecho fundamental al ambiente, fracasando desgraciadamente en un acercamiento a un criterio de “equilibrio” que no se sostiene en el conocimiento científico actual ni en las posibilidades reales de una interpretación jurídica coherente. Es decir, una nueva constitución del ambiente exige que se establezcan con claridad los conceptos de responsabilidad ambiental y de sostenibilidad y que se establezca las tres dimensiones problemáticas del fenómeno del ambiente, lo cual se está tratando de alcanzar en la actualidad, de tal manera que las políticas públicas así como las decisiones de los particulares queden planteadas en un programa político dirigido a las generaciones futuras.

Las Constituciones con el paso del tiempo, han empezado a contemplar la creación de una institución científica pública que aportará a los Estados los criterios que se requieren para el establecimiento de políticas ambientales. Pero además han desarrollado en sus textos imperativos que contemplan el derecho del ciudadano a actuar contra los actos que pongan en peligro los derechos contemplados en las Constituciones y a reclamar por los daños ocasionados; siendo estas acciones de carácter público. Pero además como un gran avance se ha terminado aceptando el criterio de responsabilidad amplia para las personas físicas y jurídicas y el principio de in dubio pro natura, lo que permitirá tanto a las Salas Constitucionales como a los tribunales ordinarios hacer un uso más extensivo de esta importante regla interpretativa.

La evolución del derecho ambiental nos conduce a replantearnos las políticas del Estado y de los particulares en el ámbito del ambiente desde la perspectiva de su sostenibilidad, lo que no implica llevar a un adecuado equilibrio las interacciones del ambiente –por las razones ya expuestas-, pero sí llevar a un adecuado equilibrio constitucional las decisiones en cuanto al ambiente y los factores sociales, culturales, económicos y biológicos en juego. El ambiente es un verdadero derecho humano que se articula con el derecho a la protección de la dignidad y con el derecho al desarrollo; es, en suma, el verdadero puente entre los derechos humanos de la primera con los de la tercera y cuarta generaciones. En tal sentido, no solo hacen un acople sistémico incluido en cualquier Constitución, sino que son la única forma de comunicar sistemas complejos que hasta el momento se está tratando de escuchar y comprender.

Ahora bien, partiremos del análisis de afinidad territorial, en la cual se visualiza que la región Andina posee de forma común un patrimonio natural que incluye sectores con una amplia biodiversidad y cuya conservación está entre las mejores del planeta, con una gran cantidad de ecosistemas que han sido debilitados por la explotación de recursos lo que ha generado la pérdida y

puesta en peligro de fauna y flora única en el mundo, contaminación de sus elementos esenciales y una forma muy cómoda de subsistencia basada en la explotación del recurso sin la remediación y sin la búsqueda de medidas alternativas que mitiguen el impacto producido.

Sin embargo, en los últimos años se ha fortalecido una corriente de conservación de los recursos naturales a través de proyectos de compensación económica, como el mercado del carbono a propósito del Protocolo de Kyoto y otras formas de compensación económica por conservación –ejemplo, la iniciativa Yasuní en el Ecuador-. Esta preocupación por desarrollar procesos económicos de desarrollo sostenibles ha sido puesta de manifiesto en forma más notable en algunas de las reformas constitucionales que se han venido generando en la región Andina a propósito del establecimiento de gobiernos progresistas con tendencias de izquierda como ha sucedido en los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia. A excepción de Colombia y Perú, donde la tendencia del desarrollo del derecho ambiental sigue siendo de la época del 90, que se caracteriza por ser bastante declarativa pero poco eficaz, en razón de su contraste con el régimen de desarrollo económico.

Por otra parte, en España se constata un importante desarrollo en la legislación ambiental, vinculada a la forma de organización política y económica de la Unión Europea que exige controles y restricciones, sobre todo en las importaciones y en la necesidad de que los Estados Partes asuman obligaciones concretas para reducir sus emisiones de CO₂ a la atmósfera y aporten al desarrollo sustentable. Hecho que sin embargo no se demuestra en las empresas que con esta nacionalidad contratan en los países de la región andina.

Prestar interés a las manifestaciones del constitucionalismo ambiental en los países Andinos, en donde sus sociedades son cada vez más sensibles a los problemas que causa la degradación del ambiente, constituye un interesante emprendimiento, sobre todo si además tomamos en cuenta que la mayoría de nuestros países son económicamente dependientes, en muy alto grado, de la explotación de los recursos naturales y se muestran con elevados niveles de pobreza. Resulta válido destacar que en el último cuarto del siglo XX, 14 de los veinte países de la región se dieron nuevas Constituciones, que de diversas maneras, han procurado incorporar las modernas preocupaciones de la comunidad internacional, lo que ha permitido, que en ellas, figure un importante número de disposiciones que se refieren a la protección del medioambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, observándose semejanzas en la redacción e incorporación del derecho ambiental en los respectivos textos constitucionales. Tal es el caso de las constituciones políticas de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México y Venezuela.

En este sentido es importante recalcar que los principales cambios constitucionales relativos al medio ambiente que se observan en las modernas constituciones políticas pueden simplificarse en:

- El establecimiento del deber del Estado de protegerlo.
- La extensión del deber a la sociedad en su conjunto autorizándose restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales;
- Incorporación del derecho a un medio ambiente adecuado junto con los demás derechos fundamentales y a garantizar su ejercicio.
- Establecimiento del vínculo entre el medio ambiente y el desarrollo, prescribiéndose que la economía debe orientarse hacia un modelo de desarrollo sostenible;
- Reconocimiento de bases constitucionales en temas específicos que serán desarrollados por la legislación ambiental

Toma vital trascendencia en los textos constitucionales la incorporación dentro de los principios del derecho ambiental del denominado desarrollo sostenible. Concepto que a raíz de la emisión del informe Brundtland se enriquece en la medida que vincula una estrecha relación entre desarrollo y ambiente

A nivel mundial, los países han asumido dentro de sus actividades económicas, el principio de sustentabilidad, basada en la definición mundialmente aceptada proporcionada dentro del Informe Brundtland en 1972, en relación a la región andina, toda la legislación que se ha desarrollado gira alrededor de la noción del desarrollo sustentable. La Declaración de Santa Cruz de la Sierra, emitida en Bolivia el 7 de diciembre de 1996, expresa:

Reafirmamos que el ser humano tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, por lo que constituye en centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Es necesario que las estrategias de desarrollo incorporen la sustentabilidad como elemento indispensable para lograr de manera equilibrada, interdependiente e integral los objetivos económicos, sociales y ambientales.

De esta forma se amplía el reconocimiento de este modelo sostenible y se lo incluye en los textos constitucionales americanos como Guatemala de 1985 y Brasil 1998. La Constitución peruana de 1993 prescribe que el Estado “promueve el uso sostenible de sus recursos naturales”. En el caso de la Constitución venezolana de 1999, la mención al desarrollo sostenible aparece en el Artículo 128: “El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana” así mismo debe recalcar que la Constitución venezolana incluso

concede a la sostenibilidad ambiental como un derecho y obligación intergeneracional, entendiéndose como tal el beneficio presente y de lo futuro. La Constitución boliviana coloca entre los fines del estado: “promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futura.”

Así mismo, el artículo 33 de la Constitución de Bolivia establece: “las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.” Adicionalmente, el artículo 342 de la misma Constitución prescribe: “Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente”, pero no se menciona dentro del capítulo de los derechos ambientales, la prevención y precaución como principios de aplicación constitucional.

Frente a estos alcances encontramos situaciones totalmente disímiles como el caso peruano, en donde no se han iniciado procesos de reforma constitucional amplios como en los otros países analizados, pero sobre todo porque la visión histórica del desarrollo económico en el Perú ha estado siempre matizada por la idea de la explotación de los recursos acelerada y con poca presencia y control del Estado.

Del texto constitucional peruano encontramos que el artículo 69 determina: “El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada”. La Constitución Peruana por ejemplo, no contiene ninguna disposición que haga mención al tema de la prevención y precaución como principios rectores del derecho ambiental a nivel constitucional. Apenas se refiere a que el Estado establecerá políticas ambientales. Esta falta de previsión constitucional ha conllevado a que los aspectos relacionados a impedir impactos sobre el ambiente mediante los principios de prevención y precaución sean determinados mediante Ley.

En España, la mención del desarrollo sostenible se encuentra dentro de las normas establecidas por la Comunidad Europea. Así dentro del artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea, operada por el Tratado de la Unión Europea estableció que “la Comunidad Europea tendrá por misión (...) un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente”, para con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam establecer como objetivo autónomo la promoción de “un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente”. Este último objetivo, se encuentra dividido por

la doctrina y la jurisprudencia europea, que tratan de complejizar sus alcances y sus consideraciones; mientras que autores como Kramer consideran que es propiamente un objetivo. Asimismo, el artículo 2 del Tratado de Unión Europea contiene otras referencias que están relacionadas con el desarrollo sostenible cuando indica que “el desarrollo (...) sostenible de las actividades en el conjunto de la Comunidad” y “el crecimiento sostenible y no inflacionista”.

En el caso venezolano su constitución aborda también el principio de prevención cuando en su artículo 129 manifiesta: “todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas.”

En la Constitución colombiana encontramos las siguientes disposiciones que regulan el medio ambiente:

Artículo 79.- Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80.- El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

De cuyo contenido se puede observar la determinación del derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano, con el valor agregado de la participación comunitaria en la toma de decisiones que puedan afectarlo.

Adicionalmente y en concordancia con lo anterior se verifica el deber del Estado en proteger la diversidad ambiental enmarcada en su integralidad. Pero sobre todo el deber de planificar la utilización de los recursos naturales de una forma sustentable.

A partir de los años cincuenta, concretamente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, las normas constitucionales expedidas por diferentes países van ampliando su concepción sobre el medio ambiente, cuando establecen que es función importante del Estado, el velar por la protección del ambiente, y que todos los habitantes tengan el derecho a vivir en ese medio ambiente sano.

Para Raúl Brañes, citado por Armando Soto Flores en su obra: Bases Constitucionales del Derecho Ambiental Mexicano y Derecho Comparado; en América Latina se pueden encontrar los siguientes principios de un modo común:

- a. El desarrollo sostenible;
- b. El deber del estado y de la sociedad de proteger el medio ambiente;
- c. El deber de proteger ciertos componentes específicos del medio ambiente, como la flora, la fauna, el patrimonio genético, la diversidad biológica, etcétera;
- d. La regulación de ciertas actividades como los residuos peligrosos, las sustancias y actividades peligrosas, el impacto ambiental, etcétera;
- e. La protección del patrimonio cultural;
- f. El derecho a un medio ambiente adecuado y las garantías de este derecho;
- g. El deber de ciertos funcionarios, como el defensor del pueblo o el Ministerio público, de accionar en defensa de los intereses ambientales;
- h. La responsabilidad por el daño ambiental;
- i. El derecho de participación de la sociedad, y
- j. El derecho a información.

Sobre el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, adecuado para su desarrollo, encontramos las disposiciones constitucionales en Nicaragua, artículo 60, artículo 7 de la Constitución de Paraguay, artículo 2 de la Ley Fundamental peruana, artículo 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.

La Constitución Argentina manifiesta en su artículo 41:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

La Constitución de Costa Rica en su artículo 50 dispone:

El estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

Un análisis del Derecho ambiental alemán nos ofrece el ejemplo de un sistema jurídico afín al español, donde prima la intervención administrativa, la noción de acto administrativo, una distinción clara entre sanciones administrativas y penales, así como un ámbito especializado de control jurisdiccional. Pero lo más importante del modelo alemán, al objeto de marcar sus diferencias con lo que he llamado .modelo reparador, reside en la prioridad que se atribuye a la noción de ilícito. La comisión del ilícito desencadena una batería de medidas legales que difícilmente podrá detener el autor, atrayendo a las autoridades administrativas y judiciales en la consecución de una respuesta jurídica. La Administración no actúa de forma militante como gestora de unos poderes reparadores, buscando el acuerdo con los actores industriales y la más eficaz respuesta que concilie el interés de todas las partes. Al contrario, la Administración ejecuta un programa legislativo que, una vez aplicable, requiere una respuesta por parte de un número muy importante de poderes públicos. Las consecuencias prácticas de este modelo son, sin embargo, sumamente sorprendentes: la aplicación de los tipos penales resulta escasa, las sanciones administrativas no se caracterizan por su elevada cuantía, y el resarcimiento civil tampoco alcanza las dimensiones que hemos visto en el caso estadounidense.

En definitiva, a pesar de tratarse de un modelo centrado en el ilícito y la sanción, el carácter represivo del mismo no resulta tan contundente como uno esperaría. Esta realidad es la que está forzando un cambio de enfoque por parte de las Administraciones y el Legislador, hasta el punto de haber contribuido a que el Derecho ambiental alemán se acerque a fórmulas más flexibles de intervención. Aunque resulte paradójico, el Derecho estadounidense ha vivido una lenta pero imparable progresión hacia el ámbito sancionador, especialmente el penal, mientras que el Derecho continental europeo se acerca gradualmente hacia los instrumentos blandos que tantos resultados han dado en la práctica estadounidense.

CONCLUSIONES

Con las consideraciones doctrinarias y dogmáticas analizadas en los apartados precedentes de esta investigación podemos concluir:

1. La titularidad de los derechos relativos al Medio Ambiente y a la Naturaleza, en base a la investigación realizada, la podemos definir como tripartita, siguiendo la orientación dogmática que nos induce a considerar que los conceptos de medio ambiente y naturaleza, si bien se complementan no son sinónimos por antonomasia, es decir la naturaleza ostenta derechos en relación con el medio ambiente, porque es una parte que lo constituye pero no la única. De allí que la naturaleza sea un sujeto propio de derechos.

2. Serán sujetos en relación a los derechos a vivir en un medio ambiente sano, en primer lugar: la humanidad en su conjunto, sustentada en la calidad de derecho difuso y porque per se puede reclamar la protección al medio ambiente, las garantías jurídicas y administrativas que establezcan los mecanismos necesarios para el mantenimiento de su equilibrio ecológico, libre de contaminación; y, porque el impacto y daños ambientales afectan de forma general a todos los miembros de la humanidad.

3. Por otro lado las comunidades y colectivos, sustentados en el derecho a permanecer en sus territorios ecológicos y mantenerlos inalienados de elementos externos que se contrapongan a sus prácticas ancestrales de conservación y explotación sostenible de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, pero sobre todo el derecho a proteger sus prácticas de manejo de la biodiversidad y su entorno natural. A tal punto que gozan de la prerrogativa constitucional de consulta previa, libre e informada sobre planes y programas relacionados con sus recursos naturales no renovables que puedan afectarles ya sea ambientalmente como culturalmente.

4. Finalmente, será sujeto de derecho el ser humano como individuo en su relación con la sociedad y el Estado, de tal manera que en atención a su derecho al buen vivir puede demandar el cumplimiento de las normas de protección ambiental, el resarcimiento de los daños producidos al medio ambiente que surtan una afectación directa a sus bienes jurídicos o a su patrimonio personal.

5. Por otro lado, se debe considerar que la normativa constitucional acogiendo la teoría ecocéntrica, ha reconocido a la naturaleza como sujeto titular de derechos, específicamente el respeto de su existencia integral, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y

procesos evolutivos; y, a su restauración en caso de que la acción humana los altere.

6. Nuestra Constitución marca un referente normativo, al considerar a la naturaleza sujeto de derechos, apartándose de la doctrina clásica que únicamente concebía al ser humano como sujeto. Esta consideración implica que la naturaleza deba ser asumida como una unidad y quien tendrá la legitimidad del ejercicio de acciones será un defensor de la naturaleza, constituido institucionalmente como parte del Estado a través del organismo que tiene la competencia de designación de órganos de control por su peculiaridad de ejercicio de poder directo y participación ciudadana.

7. Así mismo, la Constitución innova jurídicamente la institución de la responsabilidad objetiva, cuando a diferencia de la concepción clásica que consideraba imprescindible la existencia de prueba de culpabilidad o dolo para que se articule el resarcimiento, determina que basta la existencia del daño ambiental (causalidad) para que se genere el deber jurídico de reparación, restauración y resarcimiento a los sujetos afectados (particulares, colectividades y la naturaleza misma) sin considerar el grado de culpa o dolo del afectante.

8. En cuanto a la legislación hidrocarburífera, establece principios elementales de protección ambiental, regula mecanismos de control para su desarrollo, pero carece del desarrollo de las instituciones y derechos nuevos que la legislación ha consagrado, como la restauración integral por daño ambiental de los ecosistemas afectados, tampoco se garantiza la institución de la reserva constitucional de los derechos de la naturaleza que nos dicta que estos derechos tienen la característica de inalienables e imprescriptibles, pues no reconoce estas características en cuanto a las acciones para reclamar su violación.

9. Las normas así mismo, no consideran la responsabilidad objetiva, el parámetro de consulta previa en los términos constitucionales, y las acciones para ejercer la titularidad de los derechos de la naturaleza se encuentran circunscritas al simple desarrollo de la acción popular para reclamar daño ambiental, la misma que por sus requisitos y peculiaridades se aleja de la amplitud del ejercicio de la legitimidad establecida en la Constitución.

10. El proceso de adecuación de las normas de inferior jerarquía a los preceptos constitucionales, se entiende como progresivo, pero que no puede desvincularse de su urgencia y pertinencia. No se puede establecer un sistema normativo que mantenga un marco diametralmente opuesto o por lo menos

incompleto con respecto a sus contenidos de aplicación legal. La construcción debe contar con la participación de los diversos sectores involucrados de tal forma que tenga la legitimidad de ser la expresión de la voluntad de la comunidad y la confianza de que su contenido es la respuesta a los requerimientos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Andaluz Westreicher, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima, Proterra, segunda edición, 2006.
- Armijo Sancho, Gilbert. *Tutela Constitucional del Interés Difuso*. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, 1999.
- Betancor R., Andrés. *Instituciones del Derecho Ambiental*. Madrid, Editora La Ley, 2001.
- Bidart Campos, German. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, Primera Reimpresión, 2005.
- Brañes, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. México DF, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental- Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., Décimo Sexta Edición, 2003.
- Campos Acevedo, Jairo. *Cátedra de derecho administrativo, general y colombiano*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Carnelutti, Francesco. *Il reato e il danno*. Padova, 1926.
- Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *La legitimación para obrar y la defensa procesal de los derechos de incidencia colectiva. Derecho Ambiental*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1996.
- Guaranda Mendoza, Wilton. *Estudio comparado de Derecho Ambiental- Ecuador, Perú, Bolivia, España*. Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2009.

- Guaranda Mendoza, Wilton. *Instrumentos Jurídicos para la Protección y Defensa de los Derechos Ambientales aplicados a las actividades Hidrocarburíferas*. Latacunga, Comunicaciones INREDH, 2009.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Civitas Ediciones, Séptima Edición, 2005.
- Hernández Martínez, María del Pilar. *Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- Jiménez Meza, Manrique. *La Legitimación Administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos: Procedimiento administrativo, tributario y contencioso administrativo*. Madrid, Editorial Investigaciones Jurídicas, Segunda Edición, 1998.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos del derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005.
- Oyarte Martínez, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Fundación Andrade & Asociados-Fondo Editorial, Primera reimpresión, 2006.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Pérez Camacho, Efraín. *Derecho Ambiental. Introducción*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Reátegui Sánchez, James. *Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales*. Publicado en Medio Ambiente y Derecho, Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla, 2004.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito, Editora Nacional, 2002.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito, Ediciones Legales, Cuarta Edición.

- Sarmiento, Daniel. *La Responsabilidad Ambiental en la Perspectiva Comparada*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- Soto Flores, Armando. *Bases Constitucionales del derecho ambiental mexicano y comparado en Temas Selectos de Derecho Ambiental*. Coordinadoras María del Carmen Carmona Lara y Lourdes Hernández Mesa, México D.F., Universidad Autónoma de México-Procuraduría General de Protección del Ambiente, 2006.
- Trujillo, Quintana y Bolea. *Comentarios a la Ley de lo Contencioso – Administrativo*. Madrid, Editorial Santillana, 1965.

Normas:

- *Acuerdo Ministerial N° 14 de 4 de marzo de 2009*, publicado en Registro Oficial N° 554, de 23 de marzo de 2009.
- *Constitución de la República del Ecuador*, publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre del 2008.
- *Decreto Ejecutivo N° 1040* publicado en Registro Oficial N° 332 de 8 de mayo de 2008.
- *Decreto Ejecutivo N° 1630* publicado en Registro Oficial N° 561 de 1 de abril de 2009.
- *Ley de Gestión Ambiental*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 418 del 10 de septiembre del 2004.
- *Ley de Hidrocarburos*, publicada en el Registro Oficial N° 711 del 15 de noviembre de 1978.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 052 del 22 de octubre del 2009.
- *Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social*, publicada en el Registro Oficial N° 175 de 20 de abril de 2010.
- *Reglamento Sustitutivo al Reglamento Ambiental para las Actividades Hidrocarburíferas en el Ecuador*, Decreto Ejecutivo N° 1215 publicado en el Registro Oficial N° 265 de 12 de febrero de 2001.

Instrumentos Internacionales:

- *Carta Mundial de la Naturaleza*, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 37/7.
- *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, adoptada en [Nueva York](#) el [9 de mayo](#) de [1992](#).
- *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1989.
- *Convenio sobre Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos*, denunciado mediante Decreto Ejecutivo No. 690, publicado en Registro Oficial 206 de 7 de Noviembre del 2007.
- *Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Acceso de los Recursos Genéticos*, Cartagena, 02 de julio de 1996.
- *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*, Estocolmo, Junio 1972.
- *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sustentable*, aprobada en la 17ª sesión plenaria de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable de Johannesburgo, celebrada el 4 de septiembre de 2002.
- *Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.
- *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa*, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789.
- *Declaración de Río de Janeiro, Brasil, sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, dada en La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro, Brasil del 3 al 14 de junio de 1992.
- *Declaración de Santa Cruz de la Sierra*, emitida en Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible, Santa Cruz de la Sierra del 7 de diciembre 1996.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- *Declaración y programa de acción de Viena*, dada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena. 14 al 25 de junio de 1993.
- *Pacto de San José de Costa Rica*, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 1969.

Resolución:

- *Resolución 1409-2007-RA* del 02 de octubre de 2008 del Tribunal Constitucional, actual Corte Constitucional.

Internet:

- Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel, Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil- Partes Preliminar y General*. Dislexia Virtual, Tomo Primero, <http://reforzamientos.com/subesube/archivos/Tratado-de-derecho-civil-Alessandri-Somarriva-Vodanovic.pdf>: 2011.
- Banco Central del Ecuador. *Estadísticas* <http://www.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/SectorReal/Previsiones/IndCoyuntura/CifrasEconomicas/cie201007.pdf>: 2011
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Antropocentrismo*. <http://buscon.rae.es/draeI/>: 2011.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Naturaleza*. <http://buscon.rae.es/draeI/>: 2011.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. *Petróleo*. <http://buscon.rae.es/draeI/>: 2011.
- Hurd Nixon, James. *Economía Sustentable*. http://www.revistafuturos.info/futuros_6/futuro_ds_2.htm: 2011
- Ruiz Ruiz, Ramón. *La Ponderación en la Resolución de Colisiones de Derechos Fundamentales. Especial Referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española*. <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero10/3-10.pdf>. : 2011.

- Stutzin, Godofredo. *Un Imperativo Jurídico. Reconocer Derechos a la Naturaleza*. <http://opsur.files.wordpress.com/2010/10/imperativo-ecologico.pdf>. 2010.
- Wikipedia. *Programa 21*. http://es.wikipedia.org/wiki/Programa_21: 2011.
- Wikipedia. *Servicio Natural*. http://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_natural: 2010.
- Yasuní. *Una iniciativa para la vida*. <http://yasuni-itt.gob.ec/>: 2010